

Berlin, im Januar 2012
Stellungnahme Nr. 11/2012

abrufbar unter
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

**durch den Ausschuss für Gefahrenabwehrrecht
und den Ausschuss Strafrecht**

zum

**Entwurf eines Gesetzes zu einer rechtsstaatlichen
und bürgerrechtskonformen Ausgestaltung
der Funkzellenabfrage als Ermittlungsmaßnahme**

Mitglieder des Ausschusses für Gefahrenabwehrrecht:

Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam (Vorsitzende)
Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Matthias Dombert, Potsdam
Rechtsanwalt Sönke Hilbrans, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt am Main
Rechtsanwältin Kerstin Oetjen, Freiburg

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Thomas Marx

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht:

Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt
Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt/Main
Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin
Rechtsanwalt Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München
Rechtsanwalt Dr. Gerson Trüg, Freiburg

Zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Tanja Brexl

Verteiler:

- Bundeskanzleramt
- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz

- Deutscher Bundestag - Rechtsausschuss
- Deutscher Bundestag - Innenausschuss

- Arbeitsgruppen Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft
- Justizministerien der Länder
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
- Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
- Landesdatenschutzbeauftragte
- Innenausschüsse der Landtage
- Rechtsausschüsse der Landtage

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Freien Berufe
- Gewerkschaft der Polizei (Bundesvorstand)
- Deutsche Polizeigewerkschaft im DBB
- Verd.di, Recht und Politik
- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

- Vorstand und Landesverbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV
- Strafrechtsausschuss des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Süddeutsche Zeitung
- Berliner Zeitung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die polizeiliche Praxis der Funkzellenabfrage, wie sie insbesondere im Zusammenhang mit Demonstrationen am 19.02.2011 in Dresden öffentlich bekannt wurde, ist der Anlass für zwei Gesetzentwürfe, mit denen die Regelungen des § 100g StPO geändert werden sollen. Der Gesetzentwurf der LINKEN, Drucksache 17/7335, sieht die Abschaffung von § 100g Abs. 2 S. 2 StPO vor, der Gesetzentwurf der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen, Drucksache 17/7033, sieht eine Beschränkung der Eingriffsvoraussetzungen sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht vor.

Der Deutsche Anwaltverein nimmt dazu durch die Ausschüsse für Gefahrenabwehrrecht und Strafrecht wie folgt Stellung:

1.

Die Vorschrift des § 100g StPO geht zurück auf § 12 FAG. Durch das Gesetz vom 20.12.2001 zur Änderung der Strafprozessordnung, BGBl I 3879, wurde § 12 FAG durch die §§ 100g und 100h StPO ersetzt. Ein Auskunftsverlangen der Strafverfolgungsbehörden war auf Verbindungsdaten begrenzt. Im Gesetzgebungsverfahren wurde der Vorschlag, auch Mobiltelefone im Stand-By-Betrieb mit der Funkzellenabfrage zu erfassen, wegen der Intensität des Eingriffs abgelehnt, die Erstellung nachträglicher Bewegungsprofile war damit ausgeschlossen (Meyer-Goßner StPO § 100g Rn. 5).

Durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24 EEG fand § 100g Abs. 2 S. 2 StPO die heutige Gestalt. Seither ist die Erfassung aller Verkehrsdaten nach § 96 Abs. 1 TKG möglich. Die im Gesetz gleichfalls vorgesehene Erhebung von Verkehrsdaten nach § 113a TKG hat das Bundesverfassungsgericht durch Urteil vom 10.03.2010, Az.: 1 BvR 256/08, für verfassungswidrig erklärt. Damit können die bei den Telekommunikationsunternehmen vorhandenen Daten wie die Telefonnummer, der Standort eines Mobilfunkgeräts im Stand-By Betrieb, der Beginn und das Ende von Telefonverbindungen, die in Anspruch genommenen Telekommunikationsdienste sowie die angerufenen Telefonnummern ermittelt werden.

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Dieser Vereinfachung liegt der allgemeine Gedanke zugrunde, dass Verkehrsdaten, die der Dienstanbieter für seine Zwecke erheben darf, auch – unter den vorgesehenen engen Voraussetzungen – von den Strafverfolgungsbehörden erhoben werden dürfen.“ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/5846, S. 51

2.

Strafprozessuale Eingriffsbefugnisse knüpfen typischerweise an einen individualisierten Verdacht an und ermächtigen differenzierend nach der Schwere des Eingriffs und des Tatvorwurfs zu Grundrechtseingriffen gegenüber dem Beschuldigten.

Ein individualisierter Zugriff auf Verkehrsdaten einzelner Beschuldigter wird über § 100g Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 100b Abs. 2 StPO ermöglicht. In dem Antrag auf Übermittlung der Verkehrsdaten ist mindestens die Rufnummer oder eine andere Kennung des Anschlusses anzugeben, soweit möglich auch Name und Anschrift des Beschuldigten.

Über einen solchen individualisierten Zugriff auf Verkehrsdaten hinaus ermöglicht § 100g Abs. 2 S. 2 StPO einen Zugriff auf Verkehrsdaten ohne individuelle Zuordnung. Nach § 100g Abs. 2 StPO können alle Verkehrsdaten in einem bestimmten Gebiet und für einen bestimmten Zeitpunkt erhoben werden, sofern es um Ermittlungen wegen einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“ geht und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Auf der Grundlage dieser Bestimmung ist es möglich, alle Mobilfunknummern festzustellen, die sich im Bereich einer oder mehrerer Funkzellen eines Netzbetreibers befinden. Denn jedes Mobiltelefon muss sich in der Funkzelle eines Netzbetreibers anmelden, damit überhaupt Mobilfunkverkehr mit diesem Mobilfunkgerät stattfinden kann. Das Mobiltelefon bucht sich laufend neu in die jeweilige Funkzelle ein. Diese Daten fallen an, ohne dass eine Verbindung zu anderen Teilnehmern aufgebaut wird. Es reicht aus, dass das Telefon nur eingeschaltet ist.

Über eine Abfrage der Bestandsdaten bei den jeweiligen Mobilfunkunternehmen ist die Feststellung der Identität der Inhaber dieser Anschlüsse möglich.

Die Reichweite möglicher Funkzellenabfragen spricht der Gesetzgeber in den Entschädigungsregelungen zu § 23 Abs. 1 JVEG an. Neben der Abfrage einzelner

Funkzellen (Entschädigung für das Telekommunikationsunternehmen i. H. v. 30,- €) werden auch Entschädigungssätze für Abfragen sämtlicher Funkzellen in einem Gebiet mit einem Radius von 45 km festgesetzt.

Damit können Verkehrsdaten von einer erheblichen Zahl Betroffener erhoben werden. Im Zusammenhang mit dem Demonstrationsgeschehen im Februar 2011 in Dresden wurden auf diese Weise durch mehrere Mobilzellenabfragen 138.630 Verkehrsdaten und, gestützt auf eine weitere Maßnahme, weitere 896.072 Datensätze erhoben.

Die Datenerhebung nach § 100g Abs. 2 S. 2 StPO richtet sich dabei nicht gegen einen einzelnen Beschuldigten um einen bestehenden Verdacht zu überprüfen, vielmehr gestattet § 100g Abs. 2 S. 2 StPO die Erhebung von Verkehrsdaten bereits im Vorfeld eines insoweit konkretisierten Verdachts. Die Maßnahme dient erst der Gewinnung eines konkretisierten Verdachts.

3.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet es, die Zulassung besonders intensiv in Grundrechte eingreifender Maßnahmen von einschränkenden Voraussetzungen abhängig zu machen. Diese Aufgabe muss der Gesetzgeber selbst erfüllen und darf sie nicht an den im Einzelfall den Eingriff anordnenden Richter oder Staatsanwaltschaft delegieren, weil die Entscheidung über den Umfang der Zulassung strafprozessualer Grundrechtseingriffe zu den wesentlichen Entscheidungen im Sinne der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts zählt,

vgl. BVerfGE, 61, 260 (275); 77, 170 (230 f.).

Die Möglichkeit des Zugriffs auf Verkehrsdaten ohne individualisierte Zuordnung hängt nach § 100g Abs. 2 S. 2 StPO im Wesentlichen davon ab, ob der Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung besteht. Soweit die Datenerhebung davon abhängig ist, dass die Erforschung des Sachverhalts aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre, dürfte dieser Voraussetzung wenig praktische Relevanz zukommen.

Das Merkmal einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“ wird üblicherweise in der Weise verstanden, dass damit solche Delikte gemeint sind, die den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit in der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Es soll insoweit nicht so sehr auf den abstrakten Charakter des

Straftatbestandes, sondern auf die Art und Schwere der jeweils konkreten Tat gemäß der Verdachtslage bei Anordnung der Maßnahme ankommen,

vgl. BR-Dr 74/90 S. 79, BR-Dr 74/1/90 S. 149.

Die Bedeutung dieses Abgrenzungsmerkmals dürfte eher auf rechtspolitischem Gebiet liegen, wie dies ein Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 29.04.1998, BR-Drs. 389/98, S. 6, mit folgenden Worten zum Ausdruck brachte: „Zur Steigerung der Akzeptanz erfolgt allerdings eine Beschränkung auf Straftaten von erheblicher Bedeutung, wobei zur Klarstellung Beispiele genannt werden.“

Soweit zur Konkretisierung des Begriffs der Straftaten von besonderer Bedeutung auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO verwiesen wird, der Beispiele von Straftaten von erheblicher Bedeutung aufführt – wie im Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgesehen – gewährleistet dies praktisch keine hinreichende Begrenzung der Eingriffsbefugnisse. Denn im Katalog des § 100a sind auch die Straftaten gegen die öffentliche Ordnung nach den §§ 129 - 130 StGB enthalten, mithin solche Straftaten, bei denen die Tatbestände nicht an eine individuelle Rechtsgutsverletzung anknüpfen, sondern an die potentiell gefährlichen Strukturen und Organisationen,

vgl. Niehaus, Katalogstrafatensysteme als Beschränkungen strafprozessualer Eingriffsbefugnisse, S. 220.

Vom Eingriffstatbestand sind damit auch Täter erfasst, die nicht selbst schwerer Rechtsverletzungen verdächtig sind. Die auf diese Weise erlangten Erkenntnisse über Straftaten, die nicht im Katalog enthalten sind, dürfen selbst dann verwertet werden, wenn sich der Verdacht der kriminellen Vereinigung nicht bestätigt und insoweit noch nicht einmal Anklage erhoben wird. Die Einbeziehung des § 129 StGB gewinnt ihre praktische Bedeutung vor allem aus dem Umstand, dass im Rahmen des Ermittlungsverfahrens auch die begangenen Einzelstraftaten aufgeklärt werden, die nicht notwendig ihrerseits Katalogstrafatensysteme des § 100a StPO sind. Die Einbeziehung des § 129 StGB ermöglicht es mithin, ausgehend von einem Verdacht einer kriminellen Vereinigung Straftaten aufzuklären, die nicht zum Katalog des § 100a Abs. 2 StPO gehören und den Verdacht der Straftaten nach § 129 StGB alsdann fallen zu lassen. Die Funkzellenabfragen in Dresden bezogen sich zu einem wesentlichen Teil auf solche Ermittlungsverfahren nach § 129 StGB. Deshalb ist der Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen unzureichend, § 100g Abs. 2 S. 2 StPO auf Katalogstrafatensysteme zu beschränken.

Dieses geringe Maß an tatbestandlicher Konkretisierung, man könnte auch von einer „Scheintatbestandlichkeit“ sprechen, erweist sich als Voraussetzung für Eingriffe in die Grundrechte von mehreren zehntausend Bürgerinnen und Bürger als höchst problematisch.

4. Verhältnismäßigkeit

§ 100g Abs. 2 S. 2 StPO zielt auf den Zugriff auf Daten von Bürgerinnen und Bürger weit im Vorfeld eines individualisierten Verdachts gegen einzelne Beschuldigte. Sie verfolgt den Zweck, einen solchen individuellen Verdacht durch massenhafte Datenerhebung erst zu gewinnen. Diese massenhafte Datenerhebung unterscheidet die Funkzellenabfrage vom Einsatz der IMSI Catcher nach § 100i StPO. Beim Einsatz von IMSI Catchern wird eine Funkzelle simuliert, um z.B. die Rufnummer eines Verdächtigen zu ermitteln. Daten Dritter werden beim IMSI-Catcher nur während der Dauer des Messeinsatzes gespeichert und danach ohne weitere Bearbeitung und Prüfung unverzüglich und unwiderruflich gelöscht, BVerfG, 2 BvR 1345/03 vom 22.8.2006. Bei der Funkzellenabfrage ist die Datenerhebung dem gegenüber mangels individualisierten Verdachts von vornherein auf die Daten einer erheblichen Zahl von Bürgerinnen und Bürgern gerichtet.

Damit stellt die Maßnahme einen Grundrechtseingriff von hoher Intensität dar. Betroffen ist im Falle eines Verbindungsaufbaus das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG. Soweit die Kennung eines Mobilfunkgeräts im Stand-By Betrieb erfasst wird, liegt ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, vor. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1, 43). Das Grundrecht dient dabei auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, der entstehen und zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen kann, wenn für den Einzelnen nicht mehr erkennbar ist, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Betroffen können auch weitere Grundrechte sein wie das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG.

Es handelt sich bei der Funkzellenabfrage zudem um einen verdachtslosen Grundrechtseingriff mit großer Streubreite. Grundrechtseingriffe, die durch eine große Streubreite gekennzeichnet sind, bei denen also zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, weisen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf. Jeder Einzelne ist bei einem

verdachtslosen Eingriff in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben hat, wie das Bundesverfassungsgericht etwa in seiner Entscheidung zur polizeirechtlichen Rasterfahndung festgestellt hat,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.04.2006, Az.: 1 BvR 518/02.

Die Funkzellenabfrage begründet für die Personen, in deren Grundrechte sie eingreift, zudem ein erhöhtes Risiko, Ziel weiterer behördlicher Ermittlungsverfahren zu werden. Auf diese Gefahr, die mit der Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 2 S. 2 StPO verbunden ist, hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung ausdrücklich hingewiesen:

„Von Gewicht ist hierbei auch, dass unabhängig von einer wie auch immer geregelten Ausgestaltung der Datenverwendung das Risiko von Bürgern erheblich steigt, weiteren Ermittlungen ausgesetzt zu werden, ohne selbst Anlass dazu gegeben zu haben. Es reicht etwa aus, zu einem ungünstigen Zeitpunkt in einer bestimmten Funkzelle gewesen oder von einer bestimmten Person kontaktiert worden zu sein, um in weitem Umfang Ermittlungen ausgesetzt zu werden und unter Erklärungsdruck zu geraten.“,

vgl. BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, Az.: 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 und 1 BvR 586/08.

Das Bundesverfassungsgericht spricht damit neben dem Risiko, weiteren Ermittlungen ausgesetzt zu sein, auch den Gesichtspunkt an, dass die Betroffenen unter „Erklärungsdruck“ geraten. Es wird also praktisch Sache der Betroffenen, sich zu rechtfertigen, ob und weshalb sie sich an einen bestimmten Ort aufgehalten haben.

Von solchen Eingriffen können Einschüchterungseffekte ausgehen, die zur Beeinträchtigung bei der Ausübung von Grundrechten führen. Ein solcher einschüchternder Effekt geht bereits von der Möglichkeit aus, Objekt staatlicher Eingriffe zu werden.

Wer damit rechnen muss, dass der Staat den eigenen Aufenthaltsort bereits aufgrund des mitgeführten Mobilfunkgerätes jederzeit feststellen kann, wird vielleicht darauf verzichten, ein solches Mobilfunkgerät mit sich zu führen und damit von seinem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG Gebrauch zu machen.

Wer damit rechnen muss, dass die Teilnahme an einer Versammlung durch eine Funkzellenabfrage behördlich registriert wird und ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seiner Grundrechte aus Art. 8 Abs. 1 GG verzichten.

Diese vom Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil vom 15.12.1983, Az.: 1 BvR 209/03, geäußerte Befürchtung erweist sich angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten mehr als berechtigt.

Durch die Funkzellenabfrage während einer Versammlung wird quasi eine durch die Mobilfunknummern ermittelte „Anwesenheitsliste“ der Demonstrationsteilnehmer erstellt. Jeder Teilnehmer an einer Versammlung trägt sich durch das Einschalten seines Mobilfunkgerätes in eine Anwesenheitsliste ein, auf die die Strafverfolgungsbehörden über § 100g Abs. 2 S. 2 StPO Zugriff nehmen können. Durch Funkzellenabfragen können Bewegungsprofile ermittelt werden, indem mehrere Ergebnisse von Funkzellenabfragen miteinander abgeglichen werden. Durch den Abgleich von Funkzellenabfragen bei Versammlungen können die Mobilfunkgeräte der Anwohner herausgefiltert werden und aufgrund der Schnittmenge beider Datenmengen die Personen identifiziert werden, die sich an beiden Veranstaltungen eingefunden haben. Hinzu kommt die Heimlichkeit der Maßnahme, die es für den Bürger unkalkulierbar macht, wann er mit einem Eingriff in seine Grundrechte zu rechnen hat. Diese Heimlichkeit der Maßnahme erhöht die Intensität des Grundrechtseingriffs.

Auf dem Spiel stehen hier nicht nur individuelle Entfaltungschancen des Einzelnen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist, wie das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Volkszählungsurteil vom 15.12.1983, a. a. O., betont hatte.

Die massenhafte, verdachtsunabhängige Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten im Rahmen einer Funkzellenabfrage lehnt der Deutsche Anwaltverein aus diesen Gründen ab. Wir begrüßen daher den Vorschlag im Gesetzentwurf der Fraktion der Linken, § 100g Abs. 2 S. 2 StPO zu streichen. Der Vorschlag der Grünen, die Voraussetzungen für eine Funkzellenabfrage zu erhöhen, weist zwar in die richtige Richtung, vermag aber massenhafte Grundrechtseingriffe nicht wirksam zu verhindern. Eine gravierende Beeinträchtigung der Voraussetzungen, Straftaten aufzuklären, ist mit der Abschaffung von § 100g Abs.2 S.2 StPO nicht verbunden. Denn die Möglichkeit einer individualisierten

Funkzellenabfrage gem. § 100g Abs. 1 StPO, bei der Daten über bestimmte Verdächtige erhoben werden, besteht auch nach der Streichung von § 100g Abs. 2 S. 2 StPO fort.