

Gutachterliche Stellungnahme

zu dem 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

- BT-Drucksache 17/7033 -

sowie

zu dem 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)

- BT-Drucksache 17/7335 -

von Ulf Buermeyer
Richter am Landgericht Berlin

ulf@buermeyer.de

Berlin, den 1. Februar 2012

I. Zusammenfassung der Thesen*

1. Die nichtindividualisierte Funkzellenabfrage (FZA) kann in bestimmten Konstellationen ein **kriminalistisch wertvolles Ermittlungsinstrument** sein.

2. Zugleich birgt jede nichtindividualisierte FZA die **Gefahr erheblicher Eingriffe** in Grundrechte. Sie greift mit außergewöhnlicher Breite **in Individualrechtsgüter nicht verdächtiger Personen** ein. Außerdem werden je nach den Umständen des Einzelfalls Grundrechte in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt, die auch im Interesse der Allgemeinheit gewährt sind, etwa **Pressefreiheit und Versammlungsfreiheit**.

3. Daher bedarf die nichtindividualisierte FZA einer praktisch wirksamen **verfahrensrechtlichen Einhegung**, die geeignet ist, einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen Gemeinschafts- und Individualrechtsgütern in jedem Einzelfall zu gewährleisten. Dies ist ein **Verfassungsgebot** (Gebot des Grundrechtsschutzes durch Verfahrensgestaltung).

4. Da aber auch eine wirksame **Strafverfolgung ein hohes rechtsstaatliches Gut** darstellt, sollte die Abschaffung der Maßnahme erst erwogen werden, wenn sich erweist, dass deren grundrechtskompatible Ausgestaltung nicht umsetzbar ist.

5. Die derzeit geltende StPO gewährleistet eine grundrechtssensitive Anwendung der Ermächtigungsgrundlage in § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO allerdings eher zufällig, nämlich nur dann, wenn der jeweilige Entscheider über das ausdrückliche gesetzliche Prüfprogramm hinaus weitere rechtliche Prüfungen – insbesondere zur Verhältnismäßigkeit – vornimmt. Dies ist unzureichend, da die **ermittlungsrichterliche¹ Kontrolle** je nach den Umständen des Einzelfalls **von unterschiedlicher Tiefe und Präzision** gekennzeichnet sein kann. Klare Tatbestandsmerkmale auch zur Frage der Verhältnismäßigkeit hingegen würden die Anwendung des Gesetzes im Einzelfall erleichtern.

* Der Verfasser dankt *Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.* (Universität Mannheim), *Prof. Dr. Matthias Jahn* (Universität Erlangen), Regierungsdirektor *Dr. Stefan Sinner* (Berlin) und Rechtsanwalt *Thomas Stadler* (Freising) für wertvolle Hinweise zu einer früheren Fassung dieser Stellungnahme.

¹ Der Begriff des Ermittlungsrichters wird in dieser Stellungnahme aus Gründen der besseren Lesbarkeit für Richterinnen und Richter gleichermaßen verwendet. Ebenfalls aus Gründen der Lesbarkeit wird nicht stets aufs Neue darauf hingewiesen, dass der grundsätzliche Richtervorbehalt in den hier in Rede stehenden Fällen durch eine Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft gemäß § 100g Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 2 StPO durchbrochen ist. Dies ist allerdings wesentlich, da deren Entscheidungen mangels richterlicher Unabhängigkeit und angesichts der engen persönlichen Einbindung der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in die laufenden Ermittlungen eine strukturell geringere Gewähr für eine unbefangene Abwägung der widerstreitenden Interessen bieten als richterliche Entscheidungen.

6. Es empfiehlt sich daher, die **ermittlungsrichterliche Entscheidung** durch Normierung eines konkreteren Prüfungsprogramms zu **strukturieren und anzuleiten**. Dies würde die bereits heute gebotene Abwägung gesetzlich verankern und damit effektuieren. Eine **materielle Einschränkung des Anwendungsbereichs der nichtindividualisierten FZA wäre damit kaum verbunden**.

7. Vor dem Hintergrund der bisher nicht ausgeschöpften gesetzgeberischen Möglichkeiten erscheint der Gesetzentwurf auf BT-Drucks. 17/7335 - **Abschaffung der nichtindividualisierten FZA – derzeit verfrüht**.

8. Der Gesetzentwurf auf **BT-Drucks. 17/7033** erscheint **grundsätzlich geeignet, das ermittlungsrichterliche Prüfprogramm zu strukturieren und somit die Effizienz der Kontrolle zu steigern**. Wünschenswert wäre ein ausdrücklicher Hinweis auf die stets zu prüfende Frage, ob von der anzuordnenden Maßnahme die Beeinträchtigung von Gemeinschaftsgütern zu erwarten ist, insbesondere wegen eines „chilling effects“ auf Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG. Auch die im selben Gesetzentwurf vorgesehene **Berichtspflicht** erscheint als Grundlage der Evaluation geeignet, ob die Anwendung der Maßnahme den Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen wahrt.

10. Der im Gesetzentwurf auf BT-Drucks. 17/7033 vorgeschlagene **nachgelagerte Richtervorbehalt bei Zweckänderungen** (§ 477 Abs. 2 StPO) erscheint geboten, da die Weiterverarbeitung von Daten, die unter Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG erhoben wurden, ihrerseits einen Eingriff in dieses Grundrecht darstellt.

II. Technischer und kriminalistischer Hintergrund

Die nichtindividualisierte Funkzellenabfrage verfolgt das Ziel, Daten über Mobilfunkendgeräte zu erheben, die innerhalb eines gegebenen Zeitfensters mit einer Mobilfunk-Sendeeinheit (sog. BTS²) kommuniziert haben. Die nichtindividualisierte FZA gem. § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO richtet sich damit im Unterschied zum Regelfall der Abfrage von Verkehrsdaten gem. § 100g Abs. 1 StPO, bei der auch die individualisierenden Angaben gem. § 100b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO gemacht werden müssen, gegen eine prinzipiell **im Voraus unbestimmte Zahl von Personen**, die sich mit einem aktiven Mobilfunkendgerät im Empfangsbereich der jeweiligen BTS aufgehalten haben.

Übermittelt werden seitens der Provider insbesondere die weltweit eindeutigen Kennungen der Endgeräte, die sog. IMEI,³ sowie der verwendeten SIM-Karten, die sog. IMSI⁴. Daneben können aber auch eine Reihe weiterer Umstände der Telekommunikation im Sinne des Art. 10 Abs. 1 GG, nämlich der genaue Zeitpunkt, die Art der Kommunikation (Telefonie, SMS, MMS oder Interneteinwahl), die Richtung der Kommunikation (ankommend oder abgehend), ggf. die Dauer der Verbindung in Sekunden, die A-Nummer (Rufnummer des Teilnehmers in der Zelle), die B-Nummer (Rufnummer des Angerufenen) sowie je nach Netzbetreiber auch die B-IMEI sowie die B-IMSI (IMEI und IMSI des Kommunikationspartners) übermittelt werden. **Insbesondere soweit Daten zum Kommunikationspartner (B-Daten) erhoben werden, geht dies weit über die Angaben hinaus, die zur Ermittlung der in der Funkzelle anwesenden Personen notwendig wären (erweiterte Funkzellenabfrage).**

Daneben werden üblicherweise präzise Angaben zu den jeweiligen Funkzellen gemacht: Während die Anordnungen gem. § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO i.V.m. § 100b Abs. 1 StPO in der Regel nur eine Adressangabe enthalten – etwa: „die die X-Straße 15 in 08150 Y abdeckenden Funkzellen“ – präzisieren die Netzbetreiber dies in ihren Auskünften in der Weise, dass sie den Location Area Code (LAC), die Cell-ID, den Zeitraum der Auskunft, den genauen Standort des Sendeanlage (Geokoordinaten) und den Antennentyp (Rund- oder Richtstrahler, ggf. mit Hauptstrahlrichtung in Grad) angeben.

Aus kriminalistischer Perspektive ist die nichtindividualisierte FZA in Kombination mit der Auswertung der so erhobenen Daten insbesondere zur **Konkretisierung eines Anfangsverdachts gegen Unbekannt auf konkrete Personen** von Interesse. Hierzu werden die bei einer Funkzellenabfrage erhobenen Daten gezielt mit anderen Daten – ggf. auch aus

² Base Transmitting Station.

³ International Mobile Equipment Identifier.

⁴ International Mobile Subscriber Identity.

weiteren nichtindividualisierten FZA – abgeglichen („Funkzellenauswertung“).⁵ Erst durch diese Aggregation lässt sich aus der Vielzahl von Daten von Endgeräten bzw. SIM-Karten ein zahlenmäßig überschaubarer und somit polizeilich überhaupt handhabbarer Satz von Endgeräten und Nutzern herausfiltern, die dann wiederum als Ermittlungsansatz genutzt werden können. Regelmäßig wird etwa im Nachgang zum Herausfiltern einiger IMEI- und IMSI-Nummern eine - keinem Richtervorbehalt unterliegende - Bestandsdatenabfrage beim Diensteanbieter gemäß §§ 112 Abs. 2 und 4, 113 Abs. 1 TKG veranlasst, um auf konkrete Personen zu schließen, gegen die weitere Ermittlungsschritte unternommen werden können.

Daneben können einmal erhobene Funkzellendaten aber auch relevant werden, um einen später⁶ auf eine bestimmte Person konkretisierten **Tatverdacht zu erhärten** (nämlich wenn sich ihr auch TK zur fraglichen Zeit am fraglichen Ort zuordnen lässt) **oder auch abzuschwächen** (falls dies nicht möglich ist). Die nichtindividualisierte FZA gleicht somit teilweise den Umstand aus, dass aufgrund der derzeit nicht geregelten **so**.

„**Vorratsdatenspeicherung**“ bestimmte Verkehrsdaten beim Provider möglicherweise nicht mehr vorhanden sein können. Denn mittels nichtindividualisierter FZA können Verkehrsdaten für einen bestimmten Ort und einen bestimmten Zeitraum auch ohne individualisierten Tatverdacht einstweilen gesichert werden, um sie zu einem späteren Zeitpunkt – zu dem die Daten wegen Ablaufs der Speicherfrist beim Diensteanbieter nicht mehr vorhanden wären – mit zwischenzeitlich gewonnenen weiteren Erkenntnissen der Ermittlungsbehörden abzugleichen. In dem soeben geschilderten Nebeneffekt der nichtindividualisierten FZA dürfte auch der Grund dafür liegen, dass **in der Praxis regelmäßig erweiterte FZA (also unter Abfrage auch der Daten des B-Teilnehmers) durchgeführt** werden, obwohl dies für den unmittelbaren Zweck (Aggregation, s.o.) gerade nicht erforderlich ist. Dies wirft die Frage der **Verhältnismäßigkeit der erweiterten FZA** auf: Stattdessen dürfte auch eine Anweisung an den Provider, die B-Daten zu einer nichtindividualisierten FZA einstweilen nicht zu löschen, rechtlich zulässig sein – nämlich als deutlich mildere **Minusmaßnahme gegenüber der erweiterten FZA „auf Vorrat“**.

Ein **klassischer Beispielfall** für die Anwendung der nichtindividualisierten FZA wäre eine Serie von bewaffneten Banküberfällen,⁷ bei der die Täter praktisch keine verwertbaren Spuren hinterließen. Hier könnten die Ermittlungsbehörden jeweils unmittelbar nach der Tat eine nichtindividualisierte FZA für die Funkzellen veranlassen, die die Geldinstitute abdecken. Die so

⁵ Vgl. auch *Henrichs/Wilhelm*, Funkzellenauswertung Teil 1, Die Kriminalpolizei Heft 3/2010, <http://www.kriminalpolizei.de/articles,funkzellenauswertung,1,275.htm>, sowie *dies.*, Funkzellenauswertung Teil 2, Die Kriminalpolizei Heft 6/2010, www.kriminalpolizei.de/articles,funkzellenauswertung__teil_2,1,286.htm.

⁶ Jedenfalls noch nicht zum Zeitpunkt der nichtindividualisierten FZA, da andernfalls eine individualisierte Abfrage gemäß § 100g Abs. 1 StPO durchgeführt würde, die nicht auf bestimmte Funkzellen beschränkt ist und daher - bei bereits individualisierten Beschuldigten - weitergehende Erkenntnisse ermöglicht.

⁷ Regelmäßig strafbar als besonders schwere räuberische Erpressung gem. §§ 250 Abs. 2, 253, 255 StGB.

erhobenen Listen von IMEI- und IMSI-Nummern könnten dann nach solchen Nummern abgeglichen werden, die in mehreren oder allen Listen enthalten sind. Dies wiederum würde zumindest einen ersten Ermittlungsansatz generieren.

Die nichtindividualisierte FZA **darf allerdings** in ihrem kriminalistischen Wert – ebenso wie etwa die sog. IP⁸-Adresse – **auch nicht überschätzt werden**. Vor allem ist daran zu denken, dass der Aufenthalt eines Endgeräts innerhalb eines bestimmten Bereichs auch zu mehreren tatrelevanten Zeitpunkten zufällig vorkommen kann. Außerdem sind die Möglichkeiten der Funkzellenabfragen auch Straftätern zunehmend bewusst, was dazu führen dürfte, dass insbesondere organisiert vorgehende Täter immer weniger eingeschaltete Mobilfunkgeräte mit sich führen dürften, soweit dies nach dem jeweiligen *modus operandi* möglich ist. Weitere kriminalistische Probleme ergeben sich aus der **relativ unzuverlässigen Zuordnung zwischen SIM-Karte bzw. Endgerät und Nutzer**: Zwar sieht § 112 Abs. 1 TKG vor, dass Diensteanbieter zu den von ihnen ausgegebenen SIM-Karten die persönlichen Daten ihrer Vertragspartnern zu erheben haben. Doch werden insbesondere sog. Prepaid-Karten oft weitergegeben; außerdem sind die erhobenen Daten nicht unbedingt zuverlässig, z.B. weil Anbieter bei der Freischaltung von SIM-Karten im Internet beliebige Phantasieangaben akzeptieren, solange nur die Adresse automatisch verifiziert werden kann. Für die Zuordnung von **Endgeräten und Nutzern** gibt es gar keine systematisch geführten Datenbanken.⁹

Strukturelle Grenzen der nichtindividualisierten FZA liegen auch in **technischen Details** der Mobilfunknetze begründet. Jedes aktive Mobilfunk-Endgerät verfolgt zwar laufend die Empfangsfeldstärke der Funkzellen in der Umgebung und wählt aufgrund bestimmter vom Netzbetreiber festgelegter Parameter diejenige Zelle aus, in der es „auf Empfang“ bleibt. In aller Regel wird jedoch der Wechsel der gerade „zuständigen“ Mobilfunkzelle dem Mobilfunknetz **nicht** mitgeteilt, sofern das Endgerät nicht aktuell zur Kommunikation verwendet wird. Vielmehr meldet sich ein Mobilfunkgerät beim Netz nur in drei Fällen:

- wenn es zur Kommunikation verwendet werden soll, etwa weil der Nutzer telefonieren will,
- wenn eine vom Netzbetreiber festgelegte Zeitspanne (der sog. Timer T3212), typischerweise eine bis mehrere Stunden,¹⁰ abgelaufen ist (sog. PLU¹¹),

⁸ Internet Protocol.

⁹ Zwar muss gem. § 111 Abs. 1 Nr. 5 TKG in Fällen, in denen neben einem Mobilfunkanschluss auch ein Mobilfunkendgerät überlassen wird, die Gerätenummer dieses Gerätes gespeichert werden. Dies identifiziert aber allenfalls den ersten Nutzer dieser Geräte. Im Übrigen werden Endgeräte frei und anonym behandelt.

¹⁰ Die aktuellen Werte werden seitens der Mobilfunkbetreiber nicht offiziell bekannt gegeben und können sich auch gelegentlich ändern. Nach Messungen des Mobilfunk-Spezialisten *Norbert Hüttisch* verwendet T-Mobile einen T3212-Wert

- wenn das Endgerät in den Bereich einer Funkzelle wechselt, die zu einer anderen Funkzellengruppe (Location Area, kurz LA) gehört.

Eine **Location Area** wiederum bezeichnet eine Gruppe von typischerweise einigen Dutzend BTS, die gerade zu dem Zweck logisch zusammengefasst sind, dass die Endgeräte dem Netz möglichst selten einen Wechsel der Funkzelle mitteilen müssen, was wiederum Energie spart und so die Standby-Zeiten der Geräte verlängert. Eine LA umfasst innerhalb dicht besiedelter Gebiete typischerweise einen Radius von einigen Kilometern, auf dem Lande auch deutlich größere Gebiete, typischerweise mit einem Durchmesser von 25 km bis 100 km. Dies kann vom jeweiligen Netzbetreiber weitgehend frei¹² festgelegt werden.

Das bedeutet in der Praxis, dass sich eine Person mit einem Endgerät über längere Zeit (je nach Netz eine Stunde bis 12 Stunden) im Umkreis der gesamten LA frei bewegen kann, ohne dass das Funknetz hiervon etwas erfährt.

Anders liegt dies nur, sofern das Gerät auch tatsächlich kommuniziert hat, weil in diesem Fall eine ganz bestimmte BTS zur Kommunikation verwendet wird. Hat sich also ein Endgerät zu einem bestimmten Zeitpunkt in einer bestimmten Funkzelle gemeldet und einen Datensatz generiert, der mittels FZA abgerufen werden kann, so kann aus diesem Datensatz allein nur sehr grob auf den Aufenthaltsort des Geräts in den nächsten Stunden geschlossen werden. Anders liegt dies bei aktiver Kommunikation mit dem Gerät sowie in der Praxis vor allem bei den immer weiter verbreiteten internetfähigen Geräten („Smartphones“), sofern sie so eingestellt sind, dass sie dauerhaft eine Internet-Verbindung bereithalten („always online“): Da sie dafür praktisch durchgehend eine Verbindung zu einer Funkzelle unterhalten müssen, kann hier tatsächlich mit relativ großer Sicherheit auf einen Aufenthaltsort innerhalb einer bestimmten Funkzelle (und nicht nur innerhalb einer Location Area) geschlossen werden.

von 6 Stunden, Vodafone von einer Stunde, Eplus von 12 Stunden und O2 von 4 Stunden, vgl. <http://www.telefontreff.de/showthread/t-215311.html>.

¹¹ Periodic Location Update.

¹² Da die Funkzellen-Nummer ein 16-bit-Wert ist und innerhalb einer LA eindeutig sein muss, können nicht mehr als 65536 (2¹⁶) BTS zu einer LA zusammengefasst werden.

III. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

1. betroffene Güter von Verfassungsrang

Eine nichtindividualisierte FZA greift gezielt und unmittelbar in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ein (**Fernmeldegeheimnis**). Vom Schutz des Fernmeldegeheimnisses sind nicht nur die **Kommunikationsinhalte**, sondern auch die näheren **Umstände der Telekommunikation** erfasst: Dazu gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Endeinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.¹³ Auch insoweit darf der Staat grundsätzlich keine Kenntnis nehmen, denn die Nutzung des Kommunikationsmediums soll vertraulich möglich sein.¹⁴ Es soll vermieden werden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Telekommunikation unterbleibt oder verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass staatliche Stellen sich in die Kommunikation einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen.¹⁵ Die freie Kommunikation, die Art. 10 Abs. 1 GG schützen will, leidet jedoch, wenn zu befürchten ist, dass der Staat entsprechende Kenntnisse verwertet.¹⁶ Daher umfasst der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG sämtliche mit Hilfe von TK erfolgenden Übermittlungen von Informationen, unabhängig davon, wer Betreiber der Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen ist.¹⁷ Schließlich endet der Schutz des Grundrechts nicht mit der erstmaligen Erhebung durch den Staat, sondern erstreckt sich auch auf **alle weiteren Informations- und Datenverarbeitungsprozesse**, die sich an die Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen anschließen und in denen Gebrauch von den erlangten Kenntnissen gemacht wird.¹⁸

Funkzellenabfragen greifen erheblich in den Schutzbereich dieses Grundrechts ein,¹⁹ da sie stets Umstände der Telekommunikation umfassen. In den Fällen der erweiterten Funkzellenabfragen, in denen auch Daten zum B-Teilnehmer erhoben werden, liegt dies auf der Hand, da staatliche Stellen exakte „Kenntnisse über Kommunikationsbeziehungen“ im Sinne der obigen Rechtsprechung erhalten.

Doch auch wenn lediglich Daten zum sogenannten A-Teilnehmer erhoben werden, gilt letztlich nichts anderes. Zwar hat eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts in der **Entscheidung**

¹³ BVerfGE 67, 157, 172; 85, 386, 396; 107, 299, 312 f.; 113, 348, 365.

¹⁴ BVerfGE 107, 299, 313; vgl. auch BVerfGE 100, 313, 358.

¹⁵ BVerfGE 107, 299, 313.

¹⁶ BVerfGE 113, 348, 365.

¹⁷ BVerfGE 107, 299, 313.

¹⁸ BVerfGE 113, 348, 365.

¹⁹ Ebenso SK-Wolter § 100g StPO Rn. 49.

zum sog. IMSI-Catcher²⁰ die Anwendung des Art. 10 Abs. 1 GG insoweit konkretisiert, als automatisierte Sende- und Empfangsvorgänge ohne unmittelbar menschlich veranlassten Informationsaustausch nicht in den Schutzbereich fallen.²¹ Doch stellt dies die Eröffnung des Schutzbereichs im Falle der nichtindividualisierten FZA aus mehreren Gründen nicht in Frage: Im Falle des Einsatzes eines IMSI-Catchers richtet sich die Maßnahmen gegen eine bereits **konkret bekannte Person** (§ 100i Abs. 1 StPO) und erlaubt dann die Bestimmung der IMEI ihres Mobilfunkendgerätes (Nr. 1 Alt. 1), der IMSI ihrer SIM-Karte (Nr. 1 Alt. 2) oder ihres Aufenthaltsortes (Nr. 2). Das Erkenntnisinteresse ist im Falle der Nr. 2 auf einen Ort und damit nicht auf einen Kommunikationsinhalt oder –umstand gerichtet, was diese Maßnahme klar aus dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ausscheidet²² – und sich bei der nichtindividualisierten FZA gerade anders verhält. Die nichtindividualisierte FZA richtet sich weiterhin gegen **alle Personen** innerhalb eines bestimmten Gebietes, die **namentlich noch nicht bekannt** sind. Vor allem aber ist der Einsatz des IMSI-Catchers primär gerade nicht auf die Erhebung der Umstände *menschlicher* Kommunikation, sondern lediglich der *organisatorisch-technischen* „Kommunikation“ zwischen Mobilfunkgerät und IMSI-Catcher gerichtet, während die **nichtindividualisierte FZA stets und bestimmungsgemäß zumindest auch die Umstände unmittelbar menschlich veranlassten Informationsaustauschs** – etwa SMS, Anrufe, Internetverbindungen – mit erfasst. Damit liegt die zentrale tatsächliche Voraussetzung der IMSI-Catcher-Entscheidung – nämlich ein nicht menschlich veranlasster Informationsaustausch²³ – gerade nicht vor. Schließlich fehlt es auch an der weiteren Voraussetzung für das Ausscheiden aus dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG, dass die Daten unmittelbar durch Strafverfolgungsbehörden ohne Einschaltung von Diensteanbietern erhoben werden müssen.²⁴

Je nach den Umständen des Einzelfalls können jedoch auch weitere Grundrechte beeinträchtigt werden. Dies gilt insbesondere für die **Versammlungsfreiheit** (Art. 8 GG). Sie umfasst zunächst das Recht, das Recht, Versammlungen zu veranstalten, vorzubereiten, abzuhalten und an solchen teilzunehmen sowie das Recht, Ort, Zeitpunkt und Thema der Veranstaltung einschließlich des Zugangs zu ihr grundsätzlich selbst zu bestimmen.²⁵ Daneben **gewährleistet das Grundrecht aber auch Freiheit von staatlicher Datensammlung bei Demonstrationen**, da hiervon ein „Einschüchterungseffekt“ („chilling effect“) ausgehen kann, der Bürgerinnen und Bürger davon abhalten kann, ihre Meinung kollektiv kundzutun. In den Worten des BVerfG:

²⁰ BVerfG 2 BvR 1345/03 – Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. August 2006, BVerfGK 9, 61 = NJW 2007, 351.

²¹ BVerfG (s.o. Fn. 20), Rn. 57.

²² BVerfG (s.o. Fn. 20), Rn. 56.

²³ BVerfG (s.o. Fn. 20), Rn. 57.

²⁴ Vgl. hingegen für den Fall des IMSI-Catchers BVerfG (s.o. Fn. 20), Rn. 62.

²⁵ Hömig, GG, 9. Auflage 2010, Art. 8 GG Rn. 2.

*„Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die **Teilnahme an einer Versammlung** oder einer Bürgerinitiative **behördlich registriert wird** und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. **Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl**, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist“²⁶ (Hervorhebung vom Verfasser).*

Diese 1983 im „Volkszählungsurteil“ entwickelte Rechtsprechung hat das BVerfG erst 2009 nochmals bekräftigt.²⁷ Die Gewährleistung der **Versammlungsfreiheit ist daher auch bei der Entscheidung über eine nichtindividualisierte FZA** zu berücksichtigen: Die Bedeutung des Gemeinwohlbelangs der effektiven Strafrechtspflege wird durch die Beeinträchtigung des ebenfalls auch im Interesse der Allgemeinheit gewährleisteten Versammlungsfreiheit relativiert, zumindest soweit bewusst oder gar gezielt Teilnehmer einer Versammlung erfasst werden.

Weiterhin sind Fernwirkungen der staatlichen Erhebung von Telekommunikationsdaten auch auf die **Freiheit der Presse** sowie die Arbeit von **Abgeordneten** und **Seelsorgern** zu befürchten, weil alle diese Berufsgruppen darauf angewiesen sind, dass der Staat ihre Kommunikation weder nach ihren Umständen – insbesondere Kommunikationspartnern – noch nach ihren Inhalten zur Kenntnis nehmen kann. Das Vertrauen darauf ist Teil einer rechtsstaatlichen Ordnung und steht unter verschiedenen Aspekten unter dem Schutz der Verfassung,²⁸ wiederum ebenso im Interesse der Allgemeinheit wie im Interesse der Grundrechtsträger. Insoweit gilt für die Güterabwägung das zur Versammlungsfreiheit Ausgeführte analog.

2. Maßstäbe für die Güterabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung

Aus dem skizzierten verfassungsrechtlichen Rahmen lassen sich die folgenden Fragen ableiten, die für die Verhältnismäßigkeit der nichtindividualisierten FZA im Einzelfall maßgeblich sein können und damit Gegenstand der ermittlungsrichterlichen Prüfung sein müssen:

²⁶ BVerfGE 65, 1, 43.

²⁷ BVerfGE 122, 342, 369 – „Bayerisches Versammlungsgesetz“ – zur gemeinwohlschädlichen Einschüchterung von Demonstrationsteilnehmern durch Videoaufnahmen einer Versammlung.

²⁸ Insbesondere Art. 5 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG.

- **Wie viele** Personen werden von der Maßnahme voraussichtlich betroffen sein?²⁹
- **Wie intensiv** werden die erfassten Personen voraussichtlich betroffen sein? Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass die – bestimmungsgemäße – **Heimlichkeit** der Maßnahme das Gewicht der Grundrechtseingriffe ebenso verschärft wie die Tatsache, dass § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO regelmäßig **nahezu ausschließlich** die Kommunikationsumstände von Personen erfasst wird, die hierfür **keinerlei Anlass gegeben** haben.³⁰
- **Wie viele Verkehrsdaten** werden voraussichtlich erhoben werden? Zur Nachtzeit etwa werden dies deutlich weniger als tagsüber sein.
- **Welche Verkehrsdaten** werden erhoben, insbesondere: Soll eine **erweiterte FZA** ausgeführt werden, bei der auch Angaben zum B-Teilnehmer erhoben werden? Kommt ein Einfrieren der B-Daten beim Diensteanbieter als milderes Mittel in Betracht?
- Liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass bei der Tat ein **Mobilfunkgerät benutzt oder zumindest mitgeführt** wurde? Ist dies nicht aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen, so zieht dies die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme in Zweifel,³¹ weil dann Verkehrsdaten gleichsam „ins Blaue hinein“ erhoben werden, ohne dass die konkrete Eignung der Daten zur Förderung der Strafverfolgung hinreichend wahrscheinlich ist.
- Wird die Maßnahme voraussichtlich auch Teilnehmer einer **Versammlung** (Art. 8 GG) in spezifischer Weise erfassen?
- Im welchem Maße wird die Maßnahme voraussichtlich die Kommunikation von **Seelsorgern, Journalisten, Abgeordneten** oder **Rechtsanwälten** in spezifischer Weise erfassen?

IV. Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Änderungen im Einzelnen

1. Zum Gesetzentwurf auf BT-Drucksache 17/7335

Der Gesetzentwurf sieht eine vollständige Abschaffung des Ermittlungsinstruments der nichtindividualisierten FZA vor.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre diese **Abschaffung möglich**. Die – sehr engen und bisher nur im Ausnahmefall für Regelungen des materiellen Strafrechts erfüllten – Anforderungen des

²⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313, 376.

³⁰ Zum Tatsächlichen vgl. BT-Drucks. 16/5846, Seite 55; zur verfassungsrechtlichen Konsequenz BVerfGE 100, 313, 380 sowie BVerfGE 107, 299, 321.

³¹ LG Stade StV 2005, 434; SK-Wolter § 100g StPO Rn. 49.

Bundesverfassungsgerichts an die Aktivierung des sog. Untermaßverbots³² werden offenkundig nicht erreicht. Die Abschaffung des Instruments ist allerdings verfassungsrechtlich **nicht geboten**, da eine verfassungsrechtlich tragfähige Handhabung möglich sein dürfte.³³

Insbesondere aus der Sicht der **Strafrechtspflege** erscheint der vollständige Verzicht auf das Instrument der nichtindividualisierten FZA jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfrüht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine verfassungsrechtlich tragfähige Abwägung der beteiligten Rechtsgüter auch im Einzelfall erzielt werden kann. Dies wäre gegenüber der Hintanstellung der Strafrechtspflege vorzugswürdig, da verfassungsrechtlich eine Abwägung der widerstreitenden Individual- und Gemeinwohlinteressen geboten ist.³⁴

2. Zum Gesetzentwurf auf BT-Drucksache 17/7033

a) Synopse der in BT-Drucksache 17/7033 vorgeschlagenen Änderungen

Derzeitige Fassung des § 100g StPO³⁵	§ 100g StPO idF der BT-Drucksache 17/7033
<p>(1) Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass jemand als Täter oder Teilnehmer</p> <p>1. eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere eine in § 100a Abs. 2 bezeichnete Straftat, begangen hat, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht hat oder durch eine Straftat vorbereitet hat oder</p> <p>2. eine Straftat mittels Telekommunikation begangen hat,</p> <p>so dürfen auch ohne Wissen des Betroffenen Verkehrsdaten (§ 96 Abs. 1, § 113a des</p>	<p>(unverändert)</p>

³² BVerfGE 88, 203, Leitsatz 6 sowie S. 254 ff.

³³ Siehe sogleich die Stellungnahme zum Entwurf auf Drucksache 17/7033.

³⁴ BVerfGE 100, 313, 376.

³⁵ in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198) sowie des Urteils des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2010 – 1 BvR 256/08 – („Vorratsdatenspeicherung“), das gem. § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft hat (Entscheidungsformel siehe BGBl. 2010 I S. 272).

<p>Telekommunikationsgesetzes) erhoben werden, soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erforderlich ist. Im Falle des Satzes 1 Nr. 2 ist die Maßnahme nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Die Erhebung von Standortdaten in Echtzeit ist nur im Falle des Satzes 1 Nr. 1 zulässig.</p>	
<p>(2) § 100a Abs. 3 und § 100b Abs. 1 bis 4 Satz 1 gelten entsprechend. Abweichend von § 100b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 genügt im Falle einer Straftat von erheblicher Bedeutung eine räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.</p>	<p>(2) § 100a Absatz 3 und § 100b Absatz 1 bis 4 Satz 4 gelten, auch in Fällen des § 477 Absatz 2 Satz 2 und 3, entsprechend. Abweichend von § 100b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 genügt im Falle einer in § 100a Abs. 2 bezeichneten Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung eine räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Die Anordnung ergeht schriftlich. In der Begründung sind einzelfallbezogen darzulegen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die für die Beurteilung der Erheblichkeit der Straftat bestimmenden Tatsachen, 2. Ausführungen zur räumlichen und zeitlichen Bestimmung der Telekommunikation, 3. Ausführungen dazu, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre und 4. Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit, insbesondere zur Betroffenheit Unbeteiligter.
<p>(3) Erfolgt die Erhebung von Verkehrsdaten nicht beim Telekommunikationsdiensteanbieter, bestimmt sie sich nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs nach</p>	<p>(unverändert)</p>

den allgemeinen Vorschriften.	
<p>(4) Über Maßnahmen nach Absatz 1 ist entsprechend § 100b Abs. 5 jährlich eine Übersicht zu erstellen, in der anzugeben sind:</p> <p>1. die Anzahl der Verfahren, in denen Maßnahmen nach Absatz 1 durchgeführt worden sind;</p> <p>2. die Anzahl der Anordnungen von Maßnahmen nach Absatz 1, unterschieden nach Erst- und Verlängerungsanordnungen;</p> <p>3. die jeweils zugrunde liegende Anlassstrafat, unterschieden nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und 2;</p> <p>4. die Anzahl der zurückliegenden Monate, für die Verkehrsdaten nach Absatz 1 abgefragt wurden, bemessen ab dem Zeitpunkt der Anordnung;</p> <p>5. die Anzahl der Maßnahmen, die ergebnislos geblieben sind, weil die abgefragten Daten ganz oder teilweise nicht verfügbar waren.</p>	<p>„(4) Über Maßnahmen nach Abs. 1 und Absatz 2 Satz 2 ist entsprechend § 100b Absatz 5 jährlich eine Übersicht zu erstellen, in der anzugeben sind:</p> <p>1. die Anzahl der Verfahren, in denen Maßnahmen durchgeführt worden sind,</p> <p>2. die Anzahl der Anordnungen von Maßnahmen, unterschieden nach Erst- und Verlängerungsanordnungen,</p> <p>3. die jeweils zugrunde liegende Anlassstrafat, unterschieden nach Abs. 1 Satz 1 Nummern 1 und 2 und Absatz 2 Satz 2,</p> <p>4. die zurückliegenden Zeiträume, für die Verkehrsdaten abgefragt wurden, bemessen ab dem Zeitpunkt der Anordnung,</p> <p>5. die Anzahl der Maßnahmen, die ergebnislos geblieben sind, weil die abgefragten Daten ganz oder teilweise nicht verfügbar waren und</p> <p>6. die Anzahl der betroffenen Unbeteiligten in Verfahren nach Absatz 2 Satz 2.</p>

b) Stellungnahme

aa) zur Problemanalyse

Die unter A. des Entwurfs formulierte Analyse wird geteilt. Auch der **zweigleisige Lösungsansatz** erscheint gelungen, zum einen die gesetzlichen **Eingriffsschwellen** anzuheben, zum anderen gezielt das richterliche Ermessen anzuleiten, indem ausdrücklich eine **Begründungspflicht** zum Umfang der Maßnahme sowie zu einzelnen Elementen der Verhältnismäßigkeit einer nichtindividualisierte FZA geregelt wird. Materiell dürfte hiermit kaum eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Maßnahme verbunden sein (s.u.).

bb) zur Änderung Nr. 1 a)

Der Änderungsbefehl sieht die Anwendbarkeit des § 100a Abs. 3 StPO und des § 100b Abs. 1 bis 4 StPO auch in den Fällen des § 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 StPO vor. Der Sache nach führt dies zur Einführung eines nachgelagerten Richtervorbehalts – wenn auch durchbrochen durch die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft gem. § 100b Abs. 1 Satz 2 StPO - in den Fällen der nachträglichen Zweckänderung zu Beweis Zwecken.

Die ausdrückliche Einbeziehung der Übermittlung bereits erhobener Daten in den Anwendungsbereich des (grundsätzlichen) Richtervorbehalts wird begrüßt. Damit wird insbesondere die **Rechtsprechung des BVerfG** aufgegriffen, wonach **nicht nur die erstmalige Erhebung von Telekommunikationsdaten am Maßstab des Art. 10 Abs. 1 GG zu messen ist, sondern auch jede weitere Verarbeitung der einmal erhobenen Daten.**³⁶ Die bisherige Rechtslage, wonach lediglich die erstmalige Erhebung einem Richtervorbehalt unterliegt, nicht aber die weitere Verwendung der einmal erhobenen Daten zu anderen Zwecken, führt letztlich zu einer Differenzierung danach, ob die Daten beim Diensteanbieter erhoben werden oder von einer Ermittlungsbehörde stammen. Dieses Kriterium allerdings kann die unterschiedliche Behandlung der Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG kaum tragen, da es keinerlei Bezug zur Schwere des Eingriffs oder zu den Interessen der Strafrechtspflege aufweist, also keinen Einfluss auf die verfassungsrechtliche Interessenabwägung³⁷ hat.³⁸

Über den Gesetzentwurf hinaus bleibt allerdings zu bedenken, dass dieser Verweis **nur in Fällen der Verwendung „zu Beweis Zwecken“, nicht aber bei der Verwendung der Daten als Anlass weiterer Ermittlungen („Spurenansatz“)** wirksam würde. Letzteres bliebe wie derzeit unregelt³⁹ und damit der weitgehend freien Entscheidung der Ermittlungsbehörden überlassen.⁴⁰ Denn die gegenwärtige Fassung des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO lautet:

Ist eine Maßnahme nach diesem Gesetz nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen die auf Grund einer solchen Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zu Beweis Zwecken in anderen

³⁶ BVerfGE 113, 348, 365.

³⁷ Zu deren Kriterien vgl. oben Seite 10.

³⁸ Differenzierend *Jahn*, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, Seite C-96: kein Verstoß gegen den Zweckbindungsgrundsatz, soweit Ausgangs- und neu erlangte Daten nicht identisch sind. Nach hier vertretener Ansicht ist allerdings bereits in der Nutzung als Spurenansatz eine Zweckänderung zu erblicken, zumal sich die Verwendung als Spurenansatz und als Beweismittel kaum trennscharf abgrenzen lassen; wie hier schon *Singelstein* ZStW 2008, 854, 885.

³⁹ Ebenso *Singelstein* ZStW 2008, 854, 884.

⁴⁰ Eine spezifische Ermächtigungsgrundlage für derartige Eingriffe ist nicht ersichtlich. Sie dürften derzeit in der Praxis auf §§ 161, Abs. 1, 163 Abs. 1, 474 Abs. 1, 479 StPO gestützt werden, die kaum Anforderungen formulieren. Somit handelt es sich letztlich um eine gesetzlich nicht näher angeleitete Ermessensentscheidung der Exekutive.

Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen.
(Hervorhebung des Verfassers)

Bei der unbefangenen Lektüre der Norm scheint sie zwar allgemein die Übernahme von Daten in ein *anderes* Strafverfahren⁴¹ an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen. Aus dem Tatbestandsmerkmal „zu Beweis Zwecken“ wird jedoch in der Literatur – im Einklang mit der Begründung des Gesetzentwurfs zur gegenwärtigen Fassung des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO⁴² - geschlossen, dass die Verwendung der Daten in anderen Strafverfahren zu *anderen* als zu Beweis Zwecken, etwa als Ermittlungsanhalt, zulässig sei, auch *ohne* dass die Voraussetzungen des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO vorliegen.⁴³ Mit anderen Worten wird die Norm bisher in der Weise verstanden, dass sie nicht etwa allein eine Zweckänderung zu Beweis Zwecken zulässt und alle anderen Zweckänderungen untersagt, sondern **lediglich Zweckänderungen zu Beweis Zwecken an weitere Voraussetzungen knüpft**, während die Daten zu anderen Zwecken weitgehend frei zu verarbeiten sein sollen. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist eine solche Differenzierung indes nicht zu begründen:⁴⁴ So spricht auch das BVerfG allgemein von einer „Verwendung von Daten in anderen Zusammenhängen“, die nur zu rechtfertigen sei, wenn die Voraussetzungen der ursprünglichen Erhebung erneut vorliegen.⁴⁵

Jedenfalls angesichts der Fülle der im Rahmen nichtindividualisierter Funkzellenabfragen erhobener Daten erscheint die damit einhergehende Bildung eines rein polizeilich verwalteten, keiner richterlichen Kontrolle unterliegenden Datenpools⁴⁶ nicht unbedenklich. **Hier könnte es sich empfehlen zu prüfen, ob das Tatbestandsmerkmal „zu Beweis Zwecken“ entfallen sollte.** Damit könnte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass *jede* Weitergabe der für ein Verfahren erhobenen Daten zwecks Verwendung in einem anderen Verfahren einen neuerlichen Grundrechtseingriff darstellt.⁴⁷ Zugleich würde eine klare Rechtsgrundlage für derartige Zweckwechsel geschaffen.

⁴¹ Wobei zur Abgrenzung der prozessuale Tatbegriff (§ 264 Abs. 1 StPO) maßgeblich ist, vgl. KK-Gieg § 477 StPO Rn. 3.

⁴² BT-Drucks. 16/5846, S. 66 in Verbindung mit S. 64 (zu § 161 StPO).

⁴³ Meyer-Goßner § 477 StPO Rn. 5; BeckOK-StPO-Wittig § 477 StPO Rn. 5; zweifelnd bereits Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117.

⁴⁴ BVerfGE 109, 279, 377 („Großer Lauschangriff“) zu § 100d Abs. 5 Satz 2 StPO a.F., ebenso Singelstein ZStW 2008, 854, 885. Anders hingegen die wohl noch h.M. (siehe etwa die Nachweise in der vorige Fußnote m.w.N.).

⁴⁵ BVerfGE 109, 279, 377.

⁴⁶ Zur begrenzten Wirksamkeit der Löschverpflichtung gem. § 101 Abs. 8 StPO siehe unten Seite 21.

⁴⁷ Singelstein ZStW 2008, 854, 885 m.w.N.

cc) zur Änderung Nr. 1 b) des Entwurfs

Der Änderungsbefehl sieht eine Änderung des § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO dahingehend vor, dass der Verdacht einer Katalogtat des § 100a Abs. 2 StPO nunmehr Tatbestandmerkmal der Anordnung der nichtindividualisierten FZA sein soll.

Dieser Änderungsbefehl ist zu begrüßen. Er bringt eine Verdeutlichung der tatbestandlichen Voraussetzungen der nichtindividualisierten FZA mit sich und dürfte so eine **einfachere und berechenbarere Rechtsanwendung** bewirken. Eine Beeinträchtigung der Strafrechtspflege ist demgegenüber nicht zu befürchten, denn die Normierung einer jedenfalls *dem Wortlaut* nach strengeren Eingriffsschwelle – dem Erfordernis des Verdachts einer Katalogtat – dürfte *materiell kaum eine Einschränkung des Einsatzbereichs* der nichtindividualisierten FZA nach sich ziehen.

Zwar kann die Maßnahme bisher gemäß § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO beim Verdacht

„einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere eine in § 100a Abs. 2 bezeichnete Straftat,“

angeordnet werden, während dies nach der Entwurfsfassung nur noch

„im Falle einer in § 100a Abs. 2 bezeichneten Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“

möglich sein soll. Mit anderen Worten wird der Katalog des § 100a Abs. 2 StPO, dem bisher lediglich eine Indiz- und Beispielswirkung zukam, zum echten Tatbestandsmerkmal. Allerdings lässt sich angesichts der Weite des Katalogs des § 100a Abs. 2 StPO kaum ein Fall einer Straftat denken, die zwar „von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ ist, aber nicht im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass lediglich der *Verdacht* einer Katalogtat und nicht deren Nachweis erforderlich ist. Außerdem wird über das Vorliegen eines entsprechenden Verdachts im Ermittlungsverfahren und damit zu einer Zeit entschieden, zu der es erfahrungsgemäß eher zu einer Dramatisierung als einer irrtümlich zu milden rechtlichen Beurteilung des Lebenssachverhalts kommt.⁴⁸

⁴⁸ Mir sind keine empirischen Studien zur Entwicklung der Schwere eines Tatverdachts im Verlauf eines Ermittlungsverfahrens bis hin zum Urteil bekannt. Nach meiner praktischen Erfahrung u.a. aus einer Schwurgerichtskammer des LG Berlin allerdings nimmt die Schwere des Vorwurfs von der ersten Schilderung gegenüber dem Ermittlungsrichter bis hin zum gerichtlichen Schuld- oder Freispruch tendenziell ab: Liegt einem Haftbefehl etwa noch der Vorwurf des versuchten Mordes oder Totschlags zugrunde, so ist ein Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung – typischerweise wegen nicht auszuschließenden Rücktritts vom Tötungsversuch – eher die Regel als die Ausnahme.

Insgesamt dürfte daher die diesbezügliche Änderung nur zu einer Klarstellung des Gesetzes führen, ohne materiell den Rahmen des Zulässigen einzuschränken. Damit beugt die Regelung in der Entwurfsfassung letztlich vor allem Fehlentscheidungen bei der Anordnung einer nichtindividualisierten FZA vor.

dd) zur Änderung Nr. 1 c) des Entwurfs

Der Änderungsbefehl sieht vor, dass die Anordnung der nichtindividualisierten FZA schriftlich ergehen und einzelfallbezogen darlegen muss,

- 1. die für die Beurteilung der Erheblichkeit der Straftat bestimmenden Tatsachen,*
- 2. Ausführungen zur räumlichen und zeitlichen Bestimmung der Telekommunikation,*
- 3. Ausführungen dazu, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre und*
- 4. Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit, insbesondere zur Betroffenheit Unbeteiligter.*

Diese Regelungen sind zu begrüßen. Sie führen zu einer Normierung wesentlicher Fragen, die im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer nichtindividuellen FZA von Bedeutung sind, und können den jeweiligen Entscheider dazu anhalten, die Verhältnismäßigkeit auch tatsächlich umfassend zu prüfen.

Gerade **verfahrensrechtliche Vorgaben** wie etwa spezifische Begründungspflichten sind aus meiner Sicht der Schlüssel zu einer effektiven Kontrolle von Grundrechtseingriffen durch ermittelungsrichterliche Anordnungen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die **ermittlungsrichterliche⁴⁹ Kontrolle** je nach dem Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Arbeitsbelastung und Berufserfahrung des Entscheiders, von **unterschiedlicher Tiefe und Präzision** gekennzeichnet sein kann.

Dem wird die bisherige Fassung des § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO nicht hinreichend gerecht. Die oben⁵⁰ entwickelten, verfassungsrechtlich unterlegten Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer nichtindividualisierten FZA haben im Normtext bisher kaum Niederschlag gefunden. Zwar wird über das Erfordernis einer auch im Einzelfall erheblichen Straftat **eine Seite der gebotenen Interessenabwägung tatbestandlich umschrieben**,

⁴⁹ Der Begriff des Ermittlungsrichters wird hier aus Gründen der besseren Lesbarkeit für Richterinnen und Richter gleichermaßen verwendet; er umfasst in den Fällen der Eilkompetenz gemäß § 100g Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 2 StPO auch Staatsanwältinnen und Staatsanwälte.

⁵⁰ Vgl. oben Seite 10.

nämlich das Gewicht des staatlichen Strafanspruchs im Einzelfall und damit die Bedeutung, die der Aufklärung der (vermuteten) Straftat für die Strafrechtspflege zukommt. Die **andere Seite der Interessenabwägung**, also das Gewicht der durch die beantragte Maßnahme beeinträchtigten Individual- und Gemeinschaftsgüter, ist bisher aber nur fragmentarisch im Normtext abgebildet. So verlangt dieser lediglich nach einem schmalen Ausschnitt der Verhältnismäßigkeitsprüfung, indem er das Erfordernis aufstellt, dass statt der Maßnahme keine milderen Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten zur Verfügung stehen dürfen. Alle übrigen Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit, insbesondere der Angemessenheit, finden hingegen im bisherigen Wortlaut des Gesetzes keinen Niederschlag und sind damit vordergründig nicht zu prüfen. Dies verstört umso mehr, als der Gesetzgeber bei der Schaffung des geltenden § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO durchaus weitergehende Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit angestellt hat.⁵¹

Nun könnte zwar ein idealtypischer Ermittlungsrichter sich unter Hinzuziehung u.a. der oben⁵² nachgewiesenen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der Gesetzesmaterialien weitergehende Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch selbst erarbeiten. Doch **kann die verfassungsrechtlich gebotene Subsumtion unter ungeschriebene Tatbestandsmerkmale und die Berücksichtigung des Willens des historischen Gesetzgebers „im Eifer des Gefechts“, der den Arbeitsalltag vieler Ermittlungsrichter kennzeichnet, jedenfalls nicht mit hinreichender Gewissheit als selbstverständlich vorausgesetzt werden.** Die bisher geltende Fassung des Gesetzes schafft damit das vermeidbare Risiko, dass der Ermittlungsrichter sich bei seiner Prüfung auf die normierten Tatbestandsmerkmale der Eingriffsnorm beschränkt und damit die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nur fragmentarisch prüft. Erschwerend kommt hinzu, dass die ausdrückliche Erwähnung der Bedürfnisse der Strafrechtspflege und das gleichzeitige Verschweigen der beeinträchtigten Individual- und Gemeinschaftsgüter im Normtext in besonderer Weise geeignet ist, den Ermittlungsrichter zu verleiten, die – als solche fraglos gewichtigen – Anliegen der Strafrechtspflege unbewusst zu überschätzen, weil er sich mit ihnen im Gegensatz zu den ihnen widerstrebenden Interessen explizit auseinandersetzen muss.

Vor diesem Hintergrund kann aus meiner Sicht der Ansatz des Entwurfs, auch **über explizite Begründungsvorgaben einen effektiven Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung** zu implementieren, nur begrüßt werden. Damit würden dem Ermittlungsrichter beide Seiten der gebotenen Güterabwägung vor Augen geführt; er würde die widerstrebenden Rechtsgüter somit wesentlich wahrscheinlicher als *de lege lata* zu einem gelungenen Ausgleich bringen. Die

⁵¹ BT-Drucks. 16/5846, Seite 55.

⁵² S.o. Seite 10.

vorgeschlagenen klaren Begründunganforderungen würden auch aus richterlicher Sicht die Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall erleichtern.

Ungelöst bleibt allerdings das **Problem vorformulierter Beschlüsse**. Natürlich *kann* ein Richter auch dann noch sehr genau prüfen, ob eine beantragte Maßnahme rechtmäßig ist, wenn er von der Staatsanwaltschaft einen Beschlussentwurf unterschriftsreif vorgelegt bekommt, wie dies nach meiner Kenntnis bundesweit üblich ist. Wer jedoch auch nur einmal einen Beschluss selbst formuliert oder ein Urteil geschrieben hat, wird sich erinnern, dass man bei eigenem aktivem Formulieren eine ganz andere gedankliche Tiefe und damit eine ganz andere Kontrolldichte erreicht als beim Lesen eines fremden Gedankenganges: Man ist nämlich durch den Akt des Selbstschreibens zum eigenen Denken gezwungen. **Dieser Grad der Reflektion ist anders kaum zu erreichen, insbesondere nur schwer bei bloßem Gegenlesen oder gar Gegenzeichnen.** In der Literatur wird an der Vorlage vorformulierter Beschlüsse die bedenkenswerte Kritik geübt, dass sie die „Funktion der richterlichen Kontrolle aushebelt und diese bestenfalls auf die Prüfung eines gewissen Plausibilitätsniveaus reduziert“,⁵³ der Ermittlungsrichter werde zum „Urkundsbeamten der Staatsanwaltschaft“.⁵⁴ Ob dies im Einzelfall zutrifft, sei dahingestellt; zumindest aber schaffen vom Ermittlungsrichter offenkundig nur noch abgezeichnete Beschlüsse einen Misstrauenstatbestand, den es zu vermeiden gilt, und senken zugleich ohne Not die Effizienz des präventiven Rechtsschutzes, der durch den Richtervorbehalt ja gerade gewährleistet werden soll.

V. Weitergehende Überlegungen

1. Zuständigkeit für die Anordnung der nichtindividualisierten FZA

Über die vorliegenden Gesetzentwürfe hinaus wird **angeregt zu prüfen, ob die Zuständigkeit für die Entscheidung über eine nichtindividualisierte FZA** abweichend geregelt werden sollte.

Bisher werden nichtindividualisierte FZA nach § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO auf Antrag der Staatsanwaltschaft „durch das Gericht angeordnet“, wobei funktional gem. § 162 Abs. 1 StPO im Regelfall⁵⁵ der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts zuständig ist. Jedenfalls in größeren Amtsgerichten handelt es sich bei der ermittelungsrichterlichen Tätigkeit um ein alltägliches Geschäft, bei dem ein gewisser Gewöhnungseffekt nur allzu leicht eintreten

⁵³ *Dallmeyer/Jahn* in *Heghmanns/Scheffler*, Handbuch zum Strafverfahren, II. Kapitel, Rn. 199.

⁵⁴ *Dallmeyer/Jahn* a.a.O. im Anschluss an *Schünemann* ZStW 114 (2002), 20.

⁵⁵ Mitunter aber auch derjenige des Oberlandesgerichts (in den Fällen des § 120 GVG) oder des Bundesgerichtshofs (bei Ermittlungen der Generalbundesanwaltschaft).

kann. Auch kommt es nicht selten, etwa im Vertretungsfall, zum Einsatz von Kolleginnen und Kollegen, die mit den rechtlichen Besonderheiten der strafprozessualen Ermittlungseingriffe kaum vertraut sind, insbesondere weil sie erst vor kurzem zum Richter ernannt wurden.

Dies hat den Gesetzgeber bereits bei der Schaffung der Ermächtigungsgrundlage für die akustische Wohnraumüberwachung (des heutigen § 100c Abs. 1 StPO) bewogen, die Entscheidungszuständigkeit für diese nicht alltägliche Maßnahme einer Kammer des Landgerichts zuzuweisen:

„Der besonderen Eingriffsschwere entsprechend darf die Maßnahme einer akustischen Wohnraumüberwachung allein durch das Landgericht angeordnet werden. ... [Das] Erfordernis einer Entscheidung durch einen Spruchkörper wird dem besonders schwerwiegenden Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierten Rechte der von der Maßnahme Betroffenen gerecht.“⁵⁶

Der hohen Eingriffstiefe, aber geringen Breite des sog. „Großen Lauschangriffs“ entspricht im Falle der nichtindividualisierten FZA eine zwar je nach den Umständen des Einzelfall sehr unterschiedliche Eingriffstiefe, dafür aber regelmäßig außerordentliche Breite des Grundrechtseingriffs; zudem sind mitunter nicht nur Grundrechte einzelner, sondern auch Güter der Allgemeinheit – insbesondere die praktische Wirksamkeit der Versammlungsfreiheit – betroffen. Die bei der Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit einer nichtindividualisierten FZA maßgeblichen Fragen sind auch in tatsächlicher Hinsicht – etwa zur zeitlichen und örtlichen Begrenzung der Maßnahme – überdurchschnittlich komplex, regelmäßig sogar komplexer als in den Fällen des § 100c Abs. 1 StPO. Es könnte sich daher empfehlen, auch im Falle des § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO die **Entscheidung der für die Anordnung einer akustischen Wohnraumüberwachung zuständigen Kammer des Landgerichts** (§ 100d Abs. 1 Satz 1 StPO in Verbindung mit § 74a Abs. 4 GVG) **zu übertragen**. Alternativ dazu könnte es sich empfehlen, die Entscheidung zumindest **keinem Richter auf Probe im ersten Jahr seit seiner Ernennung** zu übertragen. Entsprechende Ausschlüsse gelten bisher bereits für Insolvenzsachen (§ 22 Abs. 6 GVG), Familiensachen (§ 23b Abs. 3 Satz 2 GVG), Betreuungssachen (§ 23c Abs. 2 Satz 2 GVG) sowie den Vorsitz in einem Schöffengericht (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GVG).

2. Weitere Verarbeitung der einmal erhobenen Daten und Benachrichtigung der Betroffenen

Lediglich hingewiesen werden soll auf den Umstand, dass der weiteren Verarbeitung der einmal erhobenen Daten bei den Ermittlungsbehörden und der Weitergabe an andere Stellen, etwa die Verfassungsschutzbehörden, bisher kaum Grenzen gesetzt sind. Zwar regelt § 101 Abs. 8 StPO

⁵⁶ BT-Drucks. 13/8651, Seite 14.

eine **Löschungspflicht**, allerdings sind hier keine konkreten Fristen vorgesehen. Dies ermöglicht in vielen Fällen ein prinzipiell unbegrenztes Vorhalten einmal erhobener Funkzellendaten, da die Maßnahme typischerweise der Konkretisierung eines Anfangsverdachts auf konkrete Beschuldigte dient, sodass die Daten noch solange von Bedeutung sein können, wie dies nicht gelungen und kein Täter überführt ist. **Damit können sie potentiell über viele Jahre gespeichert bleiben.**

Die Relevanz dieses Umstands wird dadurch gesteigert, dass die grundsätzliche **Benachrichtigungspflicht** für Betroffene einer nichtindividualisierten Funkzellenabfrage aus § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 StPO angesichts der Ausnahme in § 101 Abs. 4 Satz 4 und 5 StPO für die überwiegende Zahl der Betroffenen **praktisch leerlaufen dürfte**. Die Ausnahme lautet:

Zudem kann die Benachrichtigung einer in Satz 1 Nr. ... 6 bezeichneten Person, gegen die sich die Maßnahme nicht gerichtet hat, unterbleiben, wenn diese von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurde und anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung hat. Nachforschungen zur Feststellung der Identität einer in Satz 1 bezeichneten Person sind nur vorzunehmen, wenn dies unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität der Maßnahme gegenüber dieser Person, des Aufwands für die Feststellung ihrer Identität sowie der daraus für diese oder andere Personen folgenden Beeinträchtigungen geboten ist.

Das Tatbestandsmerkmal „nur unerheblich betroffen“ (Satz 4) ist gesetzlich in keiner Weise konkretisiert und scheint nach der bisher bekannt gewordenen Benachrichtigungspraxis der Ermittlungsbehörden so ausgelegt zu werden, dass Betroffene einer nichtindividualisierten FZA *niemals* benachrichtigt werden. Statistiken über die Benachrichtigung oder das Absehen hiervon sind mir nicht bekannt, allerdings auch kein einziger Fall einer erfolgten Benachrichtigung.

In die gleiche Richtung weist § 101 Abs. 4 Satz 5 StPO (Absehen von Ermittlungen zur Feststellung der Identität der Betroffenen), denn es ist gerade Wesensmerkmal der Maßnahme, dass die Identität der Betroffenen zunächst nicht bekannt ist, sondern nur personenbeziehbare Merkmale wie die IMEI des Endgeräts, die IMSI der SIM-Karte sowie ggf. die dieser zugeordnete Telefonnummer. Zwar wäre es zweifellos auch aus grundrechtlicher Perspektive kontraproduktiv, müssten die Ermittlungsbehörden allein zum Zwecke der Benachrichtigung überhaupt erst Inhaberanfragen (typischerweise im Wege der Bestandsdatenabfrage nach § 112 Abs. 2 und 4 oder § 113 Abs. 1 TKG) durchführen. Insofern ist der Regelung des Satz 5 als solcher beizupflichten. **Jedenfalls in den Fällen, in denen Bestandsdaten ohnehin erhoben wurden, erscheint die Benachrichtigung jedoch wesentlich**, nicht zuletzt aufgrund der

Kumulation der Eingriffe in die Telekommunikationsfreiheit (gem. § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO) und zusätzlich in die informationelle Selbstbestimmung (bzgl. der Bestandsdatenabfragen). Es dürfte hier zu kurz greifen, beide Eingriffe jeweils isoliert zu betrachten. Dies gilt umso mehr, als das Unterbleiben der Benachrichtigung faktisch den nachgelagerten Rechtsschutz nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO⁵⁷ ausschließt (vgl. aber Art. 19 Abs. 4 GG). **Es wird daher angeregt zu prüfen, ob der Absehenstatbestand des § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO um eine Unterausnahme dahingehend ergänzt werden sollte, dass von der Benachrichtigung nicht abgesehen werden darf, sofern die Identität des Betroffenen ohnehin bekannt ist.** Dazu könnte der Punkt am Ende des Satzes durch ein Semikolon ersetzt und der Halbsatz angefügt werden:

„dies gilt nicht, wenn die Identität der betroffenen Person bekannt ist“.

Berlin, den 1. Februar 2012

Ulf Buermeyer
Richter am Landgericht Berlin

⁵⁷ Vgl. instruktiv *Burghardt* HRRS 2009 S. 567 ff.