

Dr. Stefan Studenroth

Oberstaatsanwalt

Staatsanwaltschaft Göttingen

Waageplatz 7, 37073 Göttingen

Tel.: 0551 / 403-1708

E-Mail: Stefan.Studenroth@justiz.niedersachsen.de

1. Februar 2012

**Schriftliche Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages am 8. Februar 2012**

zu dem

- a) 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

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

„Entwurf eines Gesetzes zu einer rechtsstaatlichen und bürgerrechtskonformen Ausgestaltung der Funkzellenabfrage als Ermittlungsmaßnahme“ –
BT-Drucksache 17/7033

A. Anlass und Zielsetzung der Gesetzentwürfe

Im Februar 2011 sind in Dresden durch die Ermittlungsbehörden Funkzellenabfragen vorgenommen worden, deren Rechtmäßigkeit sich nach geltender Gesetzeslage nicht von vorneherein aufdrängt. Um ein derartig zweifelhaftes Vorgehen auszuschließen, sehen die Gesetzentwürfe eine Abschaffung der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage bzw. eine Einschränkung des Anwendungsbereichs und andere verfahrensbegleitende Regelungen vor.

Zur Begründung wird in beiden Gesetzentwürfen vor allem angeführt, dass die Funkzellenabfrage mit erheblichen, massiven, weitreichenden Grundrechtseingriffen einhergehe, von der eine vorher nicht zu bestimmende Zahl von Personen betroffen werde.

Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte geböten daher (zumindest) eine Einschränkung des Ermittlungsinstruments. Nach Einschätzung der Entwurfsverfasser zu BT-Drucksache 17/7335 (Abgeordnete und Fraktion DIE LINKE) kann eine solche Beschränkung allerdings nicht gelingen, so dass konsequent die Abschaffung der auf § 100g Absatz 2 Satz 2 StPO gestützten Funkzellenabfrage angestrebt wird.

B. Auswirkung der Funkzellenabfrage - Intensität des staatlichen Eingriffs

Dass mit der Abfrage der Funkzellendaten in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) eingegriffen wird, ist unbestritten. Dass mit der Erhebung in die „Versammlungsfreiheit und Religionsfreiheit“, „in Schutzbereiche von Journalisten, Geistlichen, Rechtsanwälten, Ärzten sowie Landtags- und Bundestagsabgeordneten eingegriffen“ (BT-Drucksache 17/7033, S. 5) wird, bedarf dagegen schon einer eingehenden Prüfung im Einzelfall.

Angesichts der behaupteten Eingriffsintensität muss jedoch deutlich gemacht werden, dass mit der hier in Rede stehenden Maßnahme seitens der Strafverfolgungsbehörden nur Daten abgefragt werden, die durch Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen zulässigerweise erhoben und gespeichert werden.

Die sodann übermittelten Daten belegen nur, dass ein bestimmtes Mobiltelefon zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem durch die Funkzellenausdehnung eingrenzbaeren Ort mit einem anderen Telefonanschluss „kommuniziert“ hat.

Durch weitere ermittlungsbehördliche Nachfragen kann daraufhin festgestellt werden, auf welchen Namen das in der Funkzelle lokalisierte Telefon angemeldet ist (Bestandsdatenabfrage). Durch die aus der Funkzellenabfrage gewonnenen Daten

kann aber nicht ermittelt werden, wer tatsächlich das Mobiltelefon genutzt hat. Es können auch keine Gesprächsinhalte ermittelt werden. Die Funkzellenabfrage dient letztlich nur als Grundlage für weitere Ermittlungsschritte oder als Bestätigung bisheriger Vermutungen.

Die nichtindividualisierte Verkehrsdatenabfrage führt bei den Ermittlungsbehörden nur zur Vorlage einer im Vorhinein nicht zu berechnenden Anzahl von Telefonnummern. Je nach Fallgestaltung werden sodann gegebenenfalls dahinterstehende Personaldaten ermittelt. In aller Regel ist jedoch der Großteil jener Daten nicht von Interesse. Meist werden die Funkzellen nur auf konkrete Rufnummern oder Rufnummernübereinstimmungen hin ausgewertet. Die weiter angefallenen Daten werden verworfen, ohne dass dahinter stehende Personendaten ermittelt werden.

Die nichtindividualisierte Abfrage muss angesichts relativ kurzer Speicherfristen (teilweise nur 1 Woche, teilweise 30 Tage) bei den Diensteanbietern zeitnah durchgeführt werden. Die konkrete Auswertung erfolgt jedoch möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt, wenn etwa ein Tatverdächtiger ermittelt werden konnte, und nun überprüft werden kann und muss, ob sein Mobiltelefon zum Tatzeitpunkt in der dem Tatort zuzurechnenden Funkzelle „aktiv“ war.

Selbstverständlich gilt für die Abfrage der Funkzellendaten wie auch für die sich an die Funkzellenauswertung anknüpfenden weiteren Ermittlungsschritte das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Sollen also die hinter den mitgeteilten Telefonnummern stehenden Personen namhaft gemacht werden, ist insbesondere die Schwere des Delikts, der Grad des Tatverdachts und die Anzahl unbeteiligter Dritter, also der nicht als Straftäter in Betracht kommenden Personen, zu berücksichtigen. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfungen sind kontinuierlich, also bei jedem Ermittlungsschritt, vorzunehmen.

Betrachtet man aber allein das hier in Rede stehende Instrument der Funkzellenabfrage, dann ist festzustellen, dass daraus den Ermittlungsbehörden nur Telefonanschlüsse bekannt werden, die zu einer bestimmten Zeit miteinander in Verbindung standen, wobei sich ein Kommunikationspartner an einem eingegrenzten Ort aufhielt. Damit soll die Grundrechtsrelevanz der Ermittlungsmaßnahme nicht bagatelisiert werden. Der große Kreis der Betroffenen und die Möglichkeit des Missbrauchs begründen die Gefahr, dass „ein Gefühl des Überwachtwerdens“ entsteht und damit die Unbefangenheit der Kommunikation verloren geht (vgl. BVerfG, Urt. V. 12.03.2003, 1 BvR 330/96 u.a., Rdnr. 101 zit. nach juris).

C. Voraussetzungen einer Funkzellenabfrage

Die bei den Telekommunikationsdienstleistern vorhandenen Funkzellendaten sind den Ermittlungsbehörden bereits nach geltender Gesetzeslage nur unter engen Voraussetzungen zugänglich.

Die Funkzellenabfrage bedarf der richterlichen Anordnung (§ 100g Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 1 – 3 StPO). Sie muss schriftlich ergehen und mit Gründen versehen sein. In den Gründen ist dazulegen, welchem Zweck die Maßnahme dient (Sachverhaltserforschung oder Aufenthaltsermittlung), welche Straftat in Rede steht und warum es sich bei dieser um eine Straftat von „erheblicher Bedeutung“ handelt, die ohne die Maßnahme nicht oder nur wesentlich erschwert aufgeklärt werden kann.

Die die Maßnahme anregende Polizei, die die Maßnahme beantragende Staatsanwaltschaft und das die Maßnahme anordnende Gericht müssen folglich der Überzeugung sein, dass die von Umfang und Dauer genau zu bezeichnende Funkzellenabfrage geeignet und erforderlich ist, um eine den Rechtsfrieden empfindlich störende und grundsätzlich das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich beeinträchtigende Straftat aufklären zu können, wobei die dabei zutage tretende Vermutung über die Ortsanwesenheit auch unverdächtiger Personen jenen zumutbar ist.

Die vorgenannten Voraussetzungen müssen während der gesamten Dauer der Maßnahme vorliegen (§ 100g Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 100 b Abs. 4 Satz 1 StPO). Die erhobenen personenbezogenen Daten sind zu kennzeichnen (§ 101 Abs. 3 StPO) und für andere Zwecke nur sehr eingeschränkt zu verwenden (§ 477 Abs. 2 Satz 3 StPO). Die Betroffenen sind zu benachrichtigen, und zwar unter Hinweis auf die Möglichkeit, eine gerichtliche Überprüfung der Maßnahme zu beantragen (§ 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 und Satz 2 StPO). Die erlangten Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie nicht mehr benötigt werden (§ 101 Abs. 8 StPO). Schließlich ist über die Maßnahmen der Verkehrsdatenerhebung zu berichten (§ 100g Abs. 4 StPO).

D. Zum Änderungsbedarf im Allgemeinen

Die Funkzellenauswertung stellt einen Eingriff in das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses dar (Art. 10 Abs. 1 GG). Dies bedarf hier keiner näheren Darlegungen. Ebensowenig, dass eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung des Grundrechts vorhanden sein muss. Selbstverständlich ist gleichermaßen, dass die gesetz-

liche Regelung wie auch jede darauf gestützte Einzelmaßnahme verhältnismäßig sein müssen. Das Verhältnismäßigkeitsgebot ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips. Jedes staatliche Handeln mit Eingriffscharakter hat sich daran messen zu lassen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang und gilt mithin auch ohne einfachgesetzliche Verankerung.

Angesichts der vorbeschriebenen Eingriffsintensität der Funkzellenauswertung, der konkreten gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen, Zweckbestimmungen und Verfahrenssicherungen ist der derzeitigen gesetzlichen Regelung die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze einschließlich der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht abzusprechen.

Der Änderungsbedarf wird in beiden Gesetzentwürfen mit Vorgängen um Funkzellenauswertungen in Dresden begründet. Jener Sachverhalt stellt indessen einen Sonderfall dar und lässt sich nicht mit den üblichen Fallgestaltungen in der Strafverfolgungspraxis vergleichen. Überdies dürfte das Vorgehen in Dresden – legt man die öffentliche Berichterstattung zugrunde - bereits nach geltendem Recht als beanstandungswürdig anzusehen sein. Eine im Einzelfall fehlerhafte Rechtsanwendung kann aber auch durch eine Gesetzesänderung nicht ausgeschlossen werden. Es sei denn, man schließt die Rechtsanwendung aus und schafft Instrumente der Strafverfolgung ganz ab, wie im Gesetzentwurf einiger Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vorgesehen (BT-Drucksache 17/7335).

Die Begründungen der beiden Gesetzentwürfe bleiben im Ergebnis den Nachweis dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarfs schuldig.

E. Änderungsvorschläge der Gesetzentwürfe im Einzelnen

I. Gesetzentwurf zur Abschaffung der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage (BT-Drucksache 17/7335)

Soweit in der Gesetzesbegründung auf den mangelnden Ertrag sowie die Streubreite der Maßnahme und die „Möglichkeit des Zugriffs auf massenhafte Daten von unverdächtigen Personen“ abgestellt und in der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage regelmäßig ein massiver und unverhältnismäßiger Eingriff in Grundrechte ohne aussichtsreiche Begrenzungschancen im Einzelfall gesehen wird (BT-Drucksache 17/7335, S. 6), stellt dies eine rechtstatsächlich nicht zu stützende Behauptung dar.

Die Ermittlungsbehörden und Gerichte gehen allgemein verantwortungsvoll mit dem zur Verfügung stehenden Instrumentarium um. Dies gilt auch für den Bereich der Funkzellenabfrage und den daraus gewonnenen Daten. Über den „Dresdner Datenskanal“ (BT-Drucksache 17/7335, S. 6) hinaus werden keine Missbräuche dargestellt. Sollte es in Einzelfällen zu überzogenen Maßnahmen kommen, bieten – wie üblich - gerichtlicher Rechtsschutz und Dienstaufsicht ausreichende Möglichkeiten zur Korrektur, und zwar auch mit über den Einzelfall hinausgehender Wirkung betreffend künftige Verfahrensweisen.

Es reicht zur Begründung einer Funkzellenabfrage nicht aus, entspricht aber kriminalistischer Erfahrung, dass Straftäter vor und nach der Tatbegehung vielfach mittels Mobiltelefon telefonieren. Teilweise erfordert dies sogar die Art der Tatbegehung (z.B. arbeitsteiliges Vorgehen mehrerer Personen). Richtig ist, dass die Funkzellenauswertung im Wesentlichen nur Indizien und Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen liefert. Allerdings sind dies mitunter die einzigen und entscheidenden Ansatzpunkte, die im Ergebnis zur Aufklärung schwerster Straftaten geführt haben. Allein dies rechtfertigt schon die Beibehaltung des Instruments, wenngleich die Abschaffung wohl nicht bereits als Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver staatlicher Strafverfolgung angesehen werden kann.

Im Übrigen erscheint das Abgleichen von in verschiedenen Tatfunkzellen angefallenen Telefonnummern für die betroffenen und namentlich nicht bekannten Anschlussinhaber wenig belastend. Eine Ermittlung der Bestandsdaten ohne vorherige Selektion wird schon wegen des Aufwands nur in seltenen Fällen (etwa bei überschaubarer Zahl und schwersten Straftaten) durchgeführt werden. Insgesamt erscheint es jedoch nicht absolut unverhältnismäßig, wenn eine Person infolge ihrer mutmaßlichen Anwesenheit in der Nähe des Tatorts einer Straftat von erheblicher Bedeutung überprüft wird.

Das gegen die Strafverfolgungsbehörden gerichtete Misstrauen im Umgang mit erlangten Personendaten ist nicht nachvollziehbar. Schon infolge begrenzter Ressourcen gehen die Ermittlungsbehörden nur Erfolg versprechenden Spuren zur Aufklärung der anlassgebenden Straftat nach und nehmen die aus der Funkzellenabfrage erlangten Daten nicht als willkommene Gelegenheit, gegen Alle und ins Blaue hinein zu ermitteln. Diese Vorstellung ist abwegig. Soweit eine geringe Zahl von Einzelmaßnahmen nicht den geforderten rechtsstaatlichen Maßstäben entspricht, kann daraus nicht pauschal auf ein zügelloses und nicht kontrollierbares Handeln der Ermittlungsbehörden und Gerichte geschlossen werden.

Die bisherige Strafverfolgungspraxis hat bereits gezeigt, dass die nichtindividualisierte Funkzellenabfrage ein taugliches und erfolgreiches Instrument der Strafverfolgung ist und auch im Einzelfall verhältnismäßig gehandhabt wird.

Dass die Funkzellenabfrage abgeschafft werden muss, weil auch durch inhaltliche Begrenzungen und verfahrenssichernde Schutzmaßnahmen nicht die Gewähr eines verhältnismäßigen und damit verfassungsgemäßen Einsatzes sichergestellt werden kann, erscheint weniger als Sieg als vielmehr als Bankrotterklärung des Rechtsstaats. Bei der akustischen Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO) und der inhaltlichen Telefonüberwachung (§ 100a StPO), also bei wesentlich intensiver in Grundrechte eingreifenden verdeckten Ermittlungsmaßnahmen, ist es gelungen, durch die gesetzliche Ausgestaltung einen verhältnismäßigen Einsatz zu gewährleisten. Dies gelingt auch bei der Funkzellenabfrage. Es gibt keine sachlichen Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme.

Im Übrigen kann allein die Streubreite, die Vielzahl, der Grundrechtseingriffe nicht als Argument gegen die Funkzellenauswertung durchgreifen, wenn die Wirkung für den Einzelnen derart moderat ist, dass bei Kenntnis der staatlichen Überprüfungsmöglichkeiten keine Verhaltensänderung zu befürchten ist. So liegt es hier. Es ist nicht ernsthaft zu erwarten, dass die Möglichkeit der Funkzellenauswertung angesichts der vielfältigen Begrenzungen und Verfahrenssicherungen auf das Kommunikationsverhalten der Bürger Einfluss hat. Der Gefahr, dass die Unbefangenheit der Kommunikation verloren geht, kann durch inhaltliche und verfahrenstechnische Reglementierungen wirksam entgegengetreten werden.

II. Gesetzentwurf zur rechtsstaatlichen Ausgestaltung der Funkzellenabfrage (BT-Drs. 17/7033)

1. Zu § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO-E (Art. 1 Nr. 1 lit. a des Entwurfs)

- a) Durch die Aufnahme eines Verweises, der § 100 Abs. 4 Satz 2 StPO einschließt, soll eine Pflicht der Staatsanwaltschaft begründet werden, das die Funkzellenauswertung anordnende Gericht – also zumeist den Ermittlungsrichter – nach Beendigung der Maßnahme über deren Ergebnis zu unterrichten.

Eine solche Pflicht besteht bereits für den Bereich der inhaltlichen Telefonüberwachung (§ 100a StPO), deren Eingriffsintensität gegenüber der Verkehrsdatenerlangung aus der Funkzellenabfrage deutlich schwerer wiegt. Die gesonderte Unterrichtungspflicht ist indes überflüssig, weil wirkungslos.

Die Unterstellung, einem Gericht seien die Folgen seiner Anordnung nicht bewusst (vgl. BT-Drucksache 17/1033, S. 5), ist nicht haltbar. Es bedarf nicht erst einer Ergebnismitteilung nach Beendigung der Maßnahme, zumal eine solche über keine Aussagekraft verfügt. Wenn die angeordnete Funkzellenabfrage zur Aufdeckung einer womöglich politisch motivierten Mordserie führte, wird eine auch noch so hohe Zahl der angefallenen Datensätze das Gericht nicht in dem Sinne beeindrucken, dass künftig eine solche Anordnung unterbleibt. Bleibt die Maßnahme erfolglos, so wird daraus keinesfalls folgen können, die im nächsten Fall beantragte Funkzellenabfrage abzulehnen. Die Folgenabschätzung und Verhältnismäßigkeitsprüfung ist in jedem Fall gesondert und neu auf der Grundlage der jeweils konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Erfahrungswissen ist dabei ohne Zweifel sehr hilfreich. Dieses wird aber nicht geformt durch Ergebnismitteilungen der hier in Rede stehenden Art. Die eine Ermittlungsmaßnahme anordnenden Richterinnen und Richter sind zumeist im Strafrecht tätig. Ihnen werden die eine Funkzellenanordnung enthaltenden Akten wiederholt vorgelegt, sei es zum Zwecke der Anordnung weiterer Maßnahmen, sei es nach Anklageerhebung. Es besteht damit für jede Richterin und jeden Richter hinreichend Gelegenheit, aus den Akten die Folgen richterlichen Handelns zur Kenntnis zu nehmen.

Die angedachte Unterrichtungspflicht führt zu einem bürokratischen Mehraufwand ohne Mehrwert für die rechtsstaatliche Ausgestaltung der Funkzellenabfrage.

- b) Durch die Aufnahme eines ausdrücklichen Hinweises auf § 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 StPO soll vermieden werden, dass die aus der Funkzellenabfrage gewonnenen Daten ohne weiteres in einem anderen Verfahren verwendet werden. Mit der Gesetzesänderung soll klargestellt werden, dass „über die Verwendung der Daten in einem anderen Verfahren ... ein Gericht entscheiden muss“ (BT-Drucksache 17/7033, S. 5).

Die Regelung ist zum einen überflüssig und zum anderen ungeeignet, den wohl erstrebten Richtervorbehalt zu installieren.

§ 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 StPO gilt für alle personenbezogenen Daten, die aufgrund von Maßnahmen erlangt wurden, die ihrerseits nur bei dem Verdacht bestimmter Straftaten zulässig sind. Zu einer solchen Maßnahme zählt auch § 100g StPO (Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 477 Rdnr. 5). Bereits nach derzeitiger Gesetzeslage unterliegen daher die aus der Funkzellenabfrage erlangten Daten der besonderen Verwendungsregelung, die sicherstellt, dass die Daten nur dann in einem anderen Verfahren zu Beweis Zwecken verwendet werden, wenn auch in diesem Verfahren zur Aufklärung der in Rede stehenden Straftat die Daten zulässig hätten erhoben werden können (hypothetischer Ersatzeingriff).

Die Verwendung steht allerdings nicht unter Richtervorbehalt. Allein die im Gesetzentwurf enthaltene Verweisung auf § 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 StPO begründet einen solchen nicht. Dies müsste ausdrücklich formuliert werden.

Insoweit sei aber vorsorglich angemerkt, dass mit der beschriebenen Verwendungsbeschränkung einer unkontrollierten und ungehemmten Verwertung in anderen Verfahren als dem Ausgangsverfahren hinreichend entgegengewirkt wird. Zudem unterliegt die Verwertung einer richterlichen Kontrolle im Hauptverfahren. Ein vorgelagerter Richtervorbehalt betreffend die Datenverwertung im Ermittlungsverfahren wäre systemwidrig. Es ist die vornehmste Aufgabe des erkennenden Gerichts über die Verwertbarkeit von Beweismitteln zu entscheiden. Darüber kann nicht bereits im vorgelagerten Verfahren durch den Ermittlungsrichter und – angesichts verdeckt weiter zu führender Ermittlungen - ohne Beteiligung des Beschuldigten mit Bindungswirkung für das Hauptsacheverfahren entschieden werden. Einzig in § 100c Abs. 7 StPO findet sich für den Bereich der akustischen Wohnraumüberwachung zur abschließenden Beurteilung eines Verwertungsverbots infolge Zugehörigkeit der Äußerung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung eine Zuständigkeit des anordnenden Gerichts, d.h. des Landgerichts (§ 100d Abs. 1 Satz 1 StPO). Die Sachverhalte, d.h. einerseits Kernbereichsgespräche aus der akustischen Wohnraumüberwachung und andererseits personenbezogene Daten aus der Funkzellenabfrage, lassen sich jedoch sicher nicht vergleichen.

Die Ausweitung einer richterlichen „Präventivkontrolle“ führt im Ergebnis nur zu einem Mehraufwand ohne rechtsstaatlichen Ertrag. Mehr noch: Der Richtervorbehalt verliert an Bedeutung, wenn die frühe Einschaltung des Gerichts zur Standardmaßnahme mutiert oder für das Gericht gar keine vernünftigen Entscheidungsalternativen bestehen (so etwa ganz deutlich im Falle der vom Richter anzuordnenden Blutentnahme bei Trunkenheitsfahrten, § 81a Abs. 2 StPO).

2. Zu § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO-E (Art. 1 Nr. 1 lit. b des Entwurfs)

Nach dem Entwurf sollen als Anlasstaten für eine Funkzellenabfrage Straftaten von „erheblicher Bedeutung“ nicht mehr ausreichen. Es sollen nur noch „schwere Straftaten“ im Sinne von § 100a Abs. 2 StPO, die auch im Einzelfall von „erheblicher Bedeutung“ sind, genügen. Diese „Anhebung“ ist weder stimmig noch erforderlich.

Die Strafprozessordnung unterscheidet derzeit in einem Stufenmodell anknüpfend an die Eingriffsintensität zwischen „besonders schweren Straftaten“, die für eine Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO) vorliegen müssen, „schweren Straftaten“, die die Grundlage für eine Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) bilden können, und „erheblichen Straftaten“ als Voraussetzung beispielsweise der Funkzellenabfrage (§ 100g StPO). Eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ dient etwa auch bei der DNA-Identitätsfeststellung (§ 81g StPO), der Rasterfahndung (§ 98a StPO), des Einsatzes verdeckter Ermittler (§ 110a StPO) und bei der längerfristigen Observation (§ 163f StPO) als Eingriffsvoraussetzung. Dass die Abfrage von Verkehrsdaten aus diesem Kreis der Ermittlungsmaßnahmen herausgehoben und in ihrer Eingriffsintensität der inhaltlichen Telekommunikationsüberwachung gleichgestellt werden soll, erscheint nicht gerechtfertigt. Das bisherige Gefüge und Abstufungsverhältnis gerät ins Wanken. Dies zumal im Wortlaut des Änderungsantrages vorgesehen ist, dass die Funkzellenabfrage nur noch zulässig ist bei schweren Straftaten aus dem Katalog des § 100a Abs. 2 StPO, die ihrerseits auch im Einzelfall von „erheblicher Bedeutung“ sein müssen. Diese Kombination (schwere Straftat mit erheblicher Bedeutung) ist neu. Gemeint ist wohl, dass die schwere Straftat auch im Einzelfall „schwer“ wiegen muss (vgl. BT-Drucksache 17/7033, Einzelbegründung zu Art. 1 Nr. 1 Buchstabe b). Damit wäre ein Gleichklang mit § 100a StPO hergestellt. Der mit der inhaltlichen Telefonüberwachung verbundene Eingriff ist aber als wesentlich gravierender einzustufen als

die Abfrage von Verbindungsdaten. Die Gleichsetzung ist folglich sachlich nicht zu rechtfertigen.

Soweit eine Straftat besonderer Bedeutung als Eingriffsvoraussetzung vorliegen muss, gebietet bereits das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass die „besondere Schwere“, „Schwere“ oder „Erheblichkeit“ der Straftat nicht nur abstrakt, sondern auch im konkreten Einzelfall vorliegen muss. Der ausdrückliche gesetzliche Hinweis auf die Einzelfallbedeutung hat daher letztlich nur klarstellende Funktion und ist entbehrlich.

Wird die Funkzellenauswertung auf die in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten begrenzt, bedeutet dies für die Praxis ernst zu nehmende Beschränkungen der Strafverfolgung, wobei den Opfern erheblicher Straftaten die dem Gesetz zugrundeliegende Güterabwägung nur sehr schwer vermittelbar sein wird. Beispielhaft seien hier zwei Sachverhaltskonstellationen angeführt, in denen die Funkzellenabfrage häufig den einzig – wenn auch nicht sofort – Erfolg versprechenden Ermittlungsansatz bietet:

- Bei schweren Diebstahlstaten mit beträchtlichem Schaden (Wohnungseinbrüchen / Kraftfahrzeugentwendungen) kann aufgrund der Tatbegehung oder des Tatobjekts ein Zusammenhang und die Benutzung von Kommunikationsmitteln vermutet werden. Die serienmäßige Begehung kann aber erst unter Zuhilfenahme der Funkzellenauswertung aufgeklärt werden, etwa dann, wenn das später bei einem auf frischer Tat Betroffenen gefundene Mobiltelefon stets in Tatortnähe festgestellt werden kann.
- Vielfach werden ältere Menschen unter dem Vorwand, ein Verwandter benötige dringend finanzielle Unterstützung, um ihre Ersparnisse gebracht („Enkeltrick“). Die Funkzellenauswertung führt hier möglicherweise auf die Spur der Täter und einer Serie von Betrugstaten, d.h. zur Annahme gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung. Letzteres, also eine schwere Straftat im Sinne von § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. n StPO, kann aber nicht zwingend von vorneherein angenommen werden, so dass im Falle der gesetzlichen Neuregelung eine Funkzellenabfrage ausgeschlossen wäre.

3. Zu § 100g Abs. 2 Satz 3 StPO-E (Art. 1 Nr. 1 lit. c des Entwurfs)

Der Mehrwert der vorgesehenen ausdrücklichen Begründungspflicht erschließt sich nicht. Bereits nach geltender Rechtslage muss der gerichtliche Beschluss schriftlich ergehen und mit Gründen versehen sein (§ 100g Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 100b Abs. 2, 34 StPO). In diesem Rahmen müssen die Anordnungsvoraussetzungen dargelegt werden. Dazu gehören der zur Maßnahme Anlass gebende Sachverhalt und seine Wertung als „erhebliche Straftat“ ebenso wie die sich schon aus Tatort und Tatzeit folgendes räumlichen und zeitlichen Beschränkungen. Schließlich müssen die Einhaltung der Subsidiaritätsklausel und die Wahrung der Verhältnismäßigkeit festgestellt werden. Das Gericht muss erkennen lassen, dass es sich mit diesen Fragen auseinandergesetzt hat. Es erscheint allerdings fragwürdig, unabhängig vom jeweiligen Einzelfall besondere Ausführungen zu diesen Punkten zu verlangen. Wenn die Aufklärung eines Mordes auf dem Bahnhofsvorplatz während des Berufsverkehrs in Rede steht, dann sollte die nach den Umständen des Einzelfalles aussichtsreiche Funkzellenabfrage nicht von Spekulationen darüber abhängig gemacht werden, ob nicht doch noch verlässliche Zeugen oder sonstige Erfolg versprechende Ermittlungsansätze gefunden werden können. Auch erscheint es müßig, bei ablaufender Speicherfrist darüber zu philosophieren, ob und mit welchen Folgen die Telefonnummern von 100, 500 oder gar 2000 unverdächtigen Personen den Ermittlungsbehörden zur Kenntnis gelangen, wenn die begründete Annahme besteht, dass auch die „Telefonnummer des Täters“ ermittelt werden kann. In einem solchen Fall erscheint es rechtsstaatlich vertretbar, wenn die Begründung zur Anordnung der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage knapp ausfällt.

Die Notwendigkeit einer gesetzlich detailliert geregelten und eher bürokratisch anmutenden Begründungspflicht für die Funkzellenabfrage besteht nicht. Im Ergebnis dürften diese das Gesetz aufblähenden Regelungen eher dazu führen, dass die Begründung schematisch ohne Schwerpunktsetzung und unter Verwendung von Textbausteinen abgehandelt wird. Es besteht die Gefahr, dass das verantwortungsbewusste Prüfen und Entscheiden entgegen der Intention des Gesetzesantrags zugunsten des Abarbeitens einer Checkliste zurücktritt.

4. Zu § 100g Abs. 4 StPO-E (Art. 1 Nr. 2 des Entwurfs)

Die mit der Neuregelung erstrebte detaillierte statistische Erfassung begründet einen enormen zusätzlichen Verwaltungsaufwand. Der sich aus den „nackten“ statistischen Zahlen ergebende Erkenntniswert erschließt sich allerdings nicht.

Aus dem reinen Zahlenwerk etwa zu Anlasstaten, Zahl der Anordnungen und Unverdächtigen lassen sich keine sachlich fundierten Schlüsse ableiten. Soweit etwa die Zahl der Anordnungen steigt, mag das daran liegen, dass zunehmend Erfolge erzielt und die technischen Voraussetzungen zur Auswertung der anfallenden Datenflut verbessert werden. Soweit die Zahl der anfallenden Daten steigt, mag dies allein auf das veränderte Verhalten beim Telefonieren („jederzeit an jedem Ort“, Freisprecheinrichtungen in Pkw etc.) liegen, nicht aber an einem ungezügelter Erhebungsdrang der Ermittlungsbehörden.

F. Ergebnis

Kurz zusammengefasst ist festzuhalten, dass die beiden Gesetzentwürfe von einem nicht nachzuvollziehenden Misstrauen gegenüber den Ermittlungsbehörden und Gerichten zeugen. Einzuräumen ist, dass es in dem Bestreben, Straftaten effizient aufzuklären, Fälle des unverhältnismäßigen Einsatzes von Ermittlungsmaßnahmen gibt. In der Gesamtschau dürfte es sich jedoch um sehr wenige Ausnahmen, um absolute Einzelfälle, handeln. Diesen Ausnahmen kann durch bereits vorhandene Überprüfungsinstrumentarien (Rechtsbehelfe, Dienstaufsicht) ausreichend begegnet werden.

Keinesfalls ist es erforderlich, aus Anlass einer möglicherweise überzogenen Nutzung der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage dieses wichtige Ermittlungsinstrument abzuschaffen. Niemand wird ernsthaft erwägen, etwa die Möglichkeit der Wohnungsdurchsuchung angesichts mancher unverhältnismäßiger Maßnahmen abzuschaffen. Die Preisgabe der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Der Nutzen in Gestalt vermiedener moderater Grundrechtseingriffe wiegt den Schaden durch nicht aufzuklärende erhebliche oder gar schwere Straftaten keineswegs auf.

Gegenüber der heutigen Rechtslage sind keine weiteren Beschränkungen der Funkzellenabfrage erforderlich. Die derzeitige Regelung ist gerade auch mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verfassungsgemäß. Deutlich zu machen ist, dass die

aus der Funkzellenabfrage erhaltenen Daten nur Auskunft darüber geben, dass ein Mobiltelefon mit einem anderen Telefonanschluss über eine bestimmte Dauer an einem näher eingrenzbaeren Ort „kommuniziert“ hat. Nur in wenigen Fällen werden die hinter der bekannt gewordenen Telefonnummer stehenden Anschlussinhaberpersonalien zu weiteren Überprüfungen abgefragt. Der weitaus größte Teil der Daten bleibt bloße „anonyme“ Telefonnummer, für die sich niemand interessiert. Der damit einhergehende Eingriff in das Fernmeldegeheimnis des Einzelnen erscheint hinnehmbar, und zwar auch vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung vertraulicher Kommunikation für die freiheitlich demokratisch verfasste Gesellschaft.

Auch mit Blick auf namhaft gemachte Anschlussinhaber bieten die derzeitigen gesetzlichen Regelungen einen ausreichend begrenzenden Schutz. Die vorgeschlagenen Veränderungen führen nicht zu einer beachtlichen Verbesserung des Grundrechtsschutzes. Im Falle der Umsetzung ist lediglich ein erheblicher bürokratischer Mehraufwand zu erwarten.

Ein rechtliches Bedürfnis für weitere Beschränkungen oder gar die Abschaffung der Funkzellenabfrage besteht nicht.

Dr. Stefan Studenroth