

# Prüfbericht des ULD

## Durchführung nicht-individualisierter Funkzellenabfragen

### 26. Oktober 2015

#### Inhalt

A. Prüfgegenstand .....	2
B. Bewertung.....	2
I. Anlasstaten.....	3
II. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme .....	3
1. Geeignetheit der Maßnahme .....	4
a) Anhaltspunkte für die Nutzung eines Mobiltelefons.....	4
b) Anhaltspunkte für Erkenntnisgewinn aus den Funkzellendaten.....	5
2. Erforderlichkeit / Subsidiarität .....	7
3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....	9
III. Kennzeichnung der Verkehrsdaten .....	11
IV. Abgleich mit anderen Daten.....	11
V. Ergebnis der Funkzellenabfrage .....	13
VI. Benachrichtigung der Betroffenen .....	14
VII. Löschung der Daten.....	18
C. Schlussfolgerungen.....	19
D. Handlungsempfehlungen .....	21
I. Vollzugsdefizite in der Praxis beseitigen.....	21
1. Dokumentation der Maßnahme.....	21
2. Benachrichtigungspflichten erfüllen .....	21
3. Löschung umsetzen.....	21
II. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	22
1. „Quick-Freeze“ einführen.....	22
2. Automatisierte Auswertung von Daten neu regeln.....	22
3. Transparenz für die Betroffenen erhöhen .....	23

#### Kontakt:

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein  
 Holstenstr.98, 24103 Kiel  
 Tel: 0431 988-1200, Fax: -1223  
 E-Mail: [mail@datenschutzzentrum.de](mailto:mail@datenschutzzentrum.de)  
<https://www.datenschutzzentrum.de/>

## **A. Prüfgegenstand**

Das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) hat im Zeitraum von November 2013 bis Januar 2014 eine Stichprobe von elf Strafverfahren der Staatsanwaltschaften Flensburg, Kiel, Lübeck und Itzehoe geprüft, in denen nicht-individualisierte Funkzellenabfragen nach § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO durchgeführt worden sind. Die geprüften Strafverfahren stammten aus den Jahren 2009 bis 2012. Die Prüfung durch das ULD erfolgte ausschließlich auf der Grundlage der Strafverfahrensakten.

Grundlage für die Auswahl der Stichprobe war die Antwort der Landesregierung auf die Große Anfrage der Piratenfraktion im Schleswig-Holsteinischen Landtag, Drs. 18/1021, Anlage 1. Von der Prüfung musste ein Verfahren weitgehend ausgenommen werden, da hier offensichtlich von der Polizei gar nicht eine nicht-individualisierte Funkzellenabfrage, sondern stattdessen eine individualisierte Funkzellenabfrage zum Anschluss des Tatverdächtigen beabsichtigt war und durchgeführt wurde. Dadurch reduziert sich die Stichprobe auf zehn Verfahren.

## **B. Bewertung**

Sämtliche Maßnahmen in der Stichprobe wurden durch das Gericht angeordnet. Aufgrund der Kontrollfreiheit der in richterlicher Unabhängigkeit tätigen Gerichte hat das ULD keine Befugnis zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Maßnahme in den gerichtlichen Anordnungen schlüssig dargelegt waren. Die Funkzellenabfrage wurde in allen Fällen von der Polizei ange-regt und durch die Staatsanwaltschaft beantragt. Diese Schritte unterliegen als Exekutivhandeln der Überprüfung durch das ULD. Insoweit hat das ULD geprüft, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des § 100g StPO durch Polizei und Staatsanwaltschaft geprüft und schlüssig dokumentiert worden sind.

Nach § 100g StPO sind Verkehrsdatenabfragen nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Betrifft die Verkehrsdatenabfrage einen nicht-individualisierten Personenkreis, sind nach § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO weitere Voraussetzungen zu beachten.

Die Abfrage von Verkehrsdaten kommt nur bei dem Verdacht einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung in Betracht. Insbesondere kommen dafür Straftaten aus dem Katalog des § 100a Abs. 2 StPO in Betracht. Die Abfrage muss der Erforschung des Sachverhalts oder der Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten dienen. Das Gesetz sieht die Funkzellenabfrage hierfür als letztes Mittel vor; die Erreichung des Zwecks auf andere Weise muss aussichtslos oder wesentlich erschwert sein. Die Maßnahme wird nach § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO in Verbindung mit § 100b StPO durch das Gericht angeordnet. Die erhobenen Daten sind nach § 101 Abs. 3 StPO zu kennzeichnen. Von der Verkehrsdatenabfrage sind die Beteiligten der betroffenen Telekommunikation nach § 101 Abs. 4 Nr. 6 StPO grundsätzlich zu benachrichtigen. Die erhobenen Daten sind nach § 101 Abs. 8 StPO unverzüglich zu löschen, sobald sie zur Strafverfolgung und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich sind. Die Löschung ist aktenkundig zu machen.

Im Hinblick auf diese Voraussetzungen wurde bei der Prüfung Folgendes festgestellt:

## I. Anlasstaten

Den Verfahren der Stichprobe lagen nach den Berichten, Anregungen und Anträgen der Polizei und der Staatsanwaltschaft durchweg Katalogstraftaten gemäß § 100a Abs. 2 Nr. 1 StPO zugrunde. Überwiegend handelte es sich um Eigentumsdelikte. Im Einzelnen ging es um folgende Anlasstaten:

- Bandendiebstahl [4 Fälle],
- Raub [2 Fälle],
- räuberische Erpressung [2 Fälle],
- erpresserischer Menschenraub [1 Fall],
- Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (so genanntes Skimming) [1 Fall],
- Brandstiftung [1 Fall].

Auch bei Katalogtaten muss nach § 100g Abs. 1 StPO der konkrete Einzelfall von erheblicher Bedeutung sein. Kriterien für die erhebliche Bedeutung sind etwa das Ausmaß des angerichteten Schadens oder der Grad der Bedrohung der Allgemeinheit (BVerfGE 107, 299, 322). Die erhebliche Bedeutung im konkreten Einzelfall wurde durch die Polizei und Staatsanwaltschaft in keinem Verfahren ausdrücklich begründet. Die Tatsachen, aus denen sich im konkreten Fall die erhebliche Bedeutung ergibt, wurden zwar überwiegend in den polizeilichen Vermerken oder den Anträgen der Staatsanwaltschaft genannt, sie wurden jedoch nicht eigenständig unter die Voraussetzungen des § 100g StPO subsumiert.

Aus dem Inhalt der Akten ergaben sich jedoch keine Zweifel an der erheblichen Bedeutung der Einzelfälle, vielmehr lag diese meist auf der Hand. Bei den Diebstahlsdelikten war der Wert der gestohlenen Gegenstände hoch, er reichte von mehreren Tausend bis zu mehreren Hunderttausend Euro, etwa bei einer Kfz-Diebstahlserie. Teilweise war die Zahl der Betroffenen besonders hoch, etwa wurden in dem Skimming-Fall bei weit mehr als hundert Geschädigten Geldbeträge von deren Konten abgebucht. In einigen Fällen wurden die Betroffenen körperlich oder psychisch erheblich geschädigt, so etwa im Fall eines Wohnungseinbruchs, bei dem die Geschädigte gefesselt und beraubt wurde, sowie bei einem anderen Wohnungseinbruch, bei dem die Geschädigten durch Stöße und Knebelungen körperlich verletzt wurden.

Wegen der Offenkundigkeit der erheblichen Bedeutung war eine ausdrückliche Begründung durch Polizei und Staatsanwaltschaft in den geprüften Fällen sicherlich entbehrlich. Allerdings ist anhand der Stichprobe nicht erkennbar, ob diese Voraussetzung überhaupt regelmäßig von der Polizei und der Staatsanwaltschaft geprüft wird.

## II. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

§ 100g StPO stellt strengere Anforderungen an die Erforderlichkeit der Maßnahme als der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Erreichung des Zwecks der Maßnahme auf andere Weise – die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten – muss aussichtslos oder wesentlich erschwert sein. Im Übrigen muss die Maßnahme, auch wenn die

erhöhten Anforderungen an die Erforderlichkeit erfüllt sind, verhältnismäßig sein, d.h. sie muss auch im Verhältnis zu dem damit im Einzelfall verursachten Grundrechtseingriff angemessen sein. Letzteres ergibt sich aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der für alle Grundrechtseingriffe gilt. Eine besondere Ausprägung hat die Angemessenheit der Maßnahme (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) in der gesetzlichen Regelung zur Funkzellenabfrage nicht erfahren.

Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an die Darlegung der Verhältnismäßigkeit durch die antragstellenden Behörden. Denn nur durch eine ausreichende, mit Tatsachenangaben belegte, Darlegung werden die anordnenden Gerichte in die Lage versetzt, eine eigene Beurteilung vorzunehmen und eine eigenständige Entscheidung treffen zu können (vgl. dazu LG Rostock, Beschluss vom 16.10.2007 – 19 Qs 97/07).

## **1. Geeignetheit der Maßnahme**

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss die Maßnahme für ihren Zweck geeignet sein. Zulässige Zwecke sind nach § 100g StPO die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten. Sämtliche Maßnahmen der Stichprobe wurden zur Erforschung des Sachverhalts durchgeführt.

Die Eignung der Maßnahme wurde in der überwiegenden Zahl der Verfahren damit begründet, dass Anhaltspunkte für eine Serienstraftat oder für weitere Mittäter vorlagen.

Liegt der Verdacht einer Serienstraftat vor, werden die Daten der am Tatort festgestellten Anschlussinhaber mit denen von anderen Tatorten abgeglichen, für die ebenfalls Funkzellenabfragen durchgeführt wurden. Gesucht werden übereinstimmende Anschlusskennungen an unterschiedlichen Tatorten, die dann als Ansatzpunkt für weitere Ermittlungen gegen den Anschlussinhaber herangezogen werden können. Dieses Verfahren wurde in den überwiegenden Fällen der Stichprobe praktiziert. Ähnlich war die Ausgangssituation in einem Fall der Stichprobe, obwohl dort kein Verdacht auf eine Serienstraftat bestand. Hier gab es zwei unterschiedliche Tatorte. Unbekannte Täter hatten am ersten Tatort ein Fahrzeug entwendet und es an einem anderen Ort abgestellt. Hier wurden die Funkzellendaten beider Tatorte miteinander abgeglichen.

Funkzellenabfragen wurden außerdem zur Ermittlung weiterer Mittäter eingesetzt. In diesen Fällen werden für den bekannten Täter entweder – soweit vorhanden – die Kontaktdaten aus dem Mobilfunkgerät für einen Abgleich mit den Funkzellendaten genutzt, oder es wird eine individuelle Verkehrsdatenabfrage für einen längeren Zeitraum beantragt, um die Kommunikationspartner des Beschuldigten vor, während und nach der Tatausführung zu ermitteln. Gleichzeitig soll durch eine Funkzellenabfrage vom Tatort ermittelt werden, ob einer der Kommunikationspartner zur Tatzeit ebenfalls am Tatort war.

Die Maßnahme ist nur geeignet, wenn Verkehrsdaten der Täter vom Tatort zu erwarten sind. Im Regelfall bedarf es weiterer Daten, um durch einen Abgleich die relevanten Daten aus der Funkzelle des Tatorts herauszufiltern.

### **a) Anhaltspunkte für die Nutzung eines Mobiltelefons**

In der Vergangenheit wurden stets – auch durch die Gerichte – tatsächliche Anhaltspunkte dafür gefordert, dass die gesuchten Personen am Tatort ein Mobiltelefon aktiv genutzt haben. Andernfalls ist die Eignung der Maßnahme verneint worden. Die Anforderung kann in dieser Form für ak-

tuelle Funkzellenabfragen nicht mehr gelten. Bei der Nutzung von Smartphones, die sich häufig und ohne Zutun des Nutzers mit dem Internet verbinden, werden beim Mobilfunkprovider auch dann Verkehrsdatensätze erzeugt, wenn diese lediglich eine Internetverbindung aufbauen. Für die Speicherung von Verkehrsdaten beim Mobilfunkbetreiber und den Ertrag einer Funkzellenabfrage ist es daher nicht mehr erforderlich, dass die Täter am Tatort telefoniert, SMS geschrieben oder in sonstiger Weise aktiv kommuniziert haben. Die von den Providern übermittelten Verkehrsdatensätze, die sich in zwei Akten der Stichprobe befanden, zeigen deutlich, dass die Mehrzahl der dort angefallenen Verkehrsdatensätze Internetverbindungen und nicht Telefongespräche oder SMS waren. Aufgrund des Verbreitungsgrads von Smartphones muss somit die Annahme ausreichen, dass der Täter bei der Tatausführung ein Mobilfunkgerät betriebsbereit bei sich geführt hat. Diese Voraussetzung haben Polizei und Staatsanwaltschaft in den geprüften Fällen bejaht. Zweifel an dieser Einschätzung konnte das ULD bei der Prüfung nicht erkennen.

### **b) Anhaltspunkte für Erkenntnisgewinn aus den Funkzellendaten**

In den meisten Fällen hatte die Polizei bei Anregung der Funkzellenabfrage eine konkrete Vorstellung darüber, welche Erkenntnisse sie aus den Verkehrsdaten erwartet. In der Regel ergeben sich Ermittlungsansätze nicht unmittelbar aus den Verkehrsdaten der Funkzellen. In den geprüften Fällen war meist ein Abgleich mit Funkzellendaten aus Verfahren wegen ähnlicher Straftaten geplant, um Kreuztreffer zu ermitteln. In anderen Fällen sollte über einen Abgleich mit den Kommunikationsdaten bereits ermittelter Täter festgestellt werden, ob sich weitere Mittäter in Tatortnähe aufgehalten haben.

Die Rechtsprechung setzt für die Darlegung der Geeignetheit in solchen Fällen strenge Maßstäbe fest. Das Landgericht Rostock (Beschluss vom 16.10.2007, 19 Qs 97/07) beschreibt die Anforderungen wie folgt:

„Ein solcher Abgleich von Daten zweier Funkzellenauswertungen macht dann Sinn, wenn beide Auswertungen sich auf Orte und Zeiten beziehen, welche Tatkomplexe betreffen, die aus kriminalistischer Erfahrung in Beziehung gesetzt werden können. [...] Um dies eigenständig bewerten zu können, muss dem Richter im Hinblick auf die andere Funkzellenauswertung zumindest in Grundzügen mitgeteilt werden, welche konkreten Taten Gegenstand der Ermittlungen waren, welche Orte und Zeiträume von der Auswertung betroffen waren und welche Daten gesichert werden konnten.“

Diesen Anforderungen entspricht die Darlegung der Polizei oder Staatsanwaltschaft in den meisten Fällen der Stichprobe. Soweit hier der Verdacht einer Serienstraftat zugrunde lag, wurden die anderen Straftaten konkret (meist mit Angabe des Aktenzeichens und einer kurzen Beschreibung der Tat) benannt, und der vermutete Zusammenhang zwischen den einzelnen Taten wurde begründet, z.B. durch ähnliche Vorgehensweise bei Raubstraftaten oder durch dieselben oder ähnliche Typen von entwendeten Kraftfahrzeugen. Außerdem wurde in der Regel angegeben, dass für die anderen Taten Funkzellendaten vorliegen. In einem Fall (**Fall C**) ist die Beschreibung der anderen Taten dagegen knapper und vager ausgefallen. Hier ging es um einen Fall des Auslesens von Kundendaten aus Kartenlesegeräten in einem Supermarkt. Die Polizei beschrieb in der Anregung für die Beantragung einer Funkzellenabfrage, dass aufgrund der sehr speziellen Arbeitsweise der Verdacht bestehe, dass die vorliegende Tat mit zwei anderen Taten in Märkten derselben Supermarktkette in einem anderen Ort in Verbindung stehe. Für den Einsatz von Mobilfunkgeräten spre-

che die kriminalistische Erfahrung aus der Behandlung zurückliegender Taten. Hier wurden die anderen Taten nicht näher bezeichnet, weder Tatort noch Tatzeit wurden genannt. Insbesondere fehlt hier eine Angabe darüber, ob bei den anderen Taten überhaupt Funkzellendaten erhoben wurden. Daher ergibt sich allein aus der Anregung der Polizei die Geeignetheit der Funkzellenabfrage nicht zweifelsfrei. Auch die Reichweite eines möglichen Abgleichs der zu erhebenden Funkzellendaten mit anderen Daten ist nicht abschließend festgelegt. Hierzu gibt die Polizei an: „Die erhobenen Mobilfunkdaten sollen mit anderen Daten aus vergleichbaren Fällen verglichen werden, damit auf diese Weise die Täter für den Einbruch/Skimming ermittelt werden können.“ Dabei bleibt insbesondere unklar, ob die Funkzellendaten nur mit den beiden nicht näher bezeichneten anderen Fällen aus den anderen Supermärkten verglichen oder ob weitere vergleichbare Fälle einbezogen werden sollen. Solche Angaben können für die Verhältnismäßigkeit des Datenabgleichs relevant sein und sollten daher so präzise wie möglich benannt werden.

In einem Fall ist die Geeignetheit der Funkzellenabfrage durch Polizei und Staatsanwaltschaft nicht schlüssig dargelegt worden:

**Fall A:** Bei der Straftat handelte es sich um einen Raub in einem Einfamilienhaus. Zwei Täter waren nachts verumumt in ein Einfamilienhaus eingebrochen, haben Gegenstände entwendet und waren anschließend auf unbekanntem Weg geflüchtet. Die Täter hatten dabei Kontakt zu den Bewohnern. Der Polizei lagen keinerlei Hinweise auf die Identität der Täter vor. Lediglich Ort und ungefährer Zeitpunkt der Tat waren bekannt. Anhaltspunkte für eine Serienstraftat lagen nicht vor. Zeugenbefragungen hatten keine weiteren Erkenntnisse ergeben. Eine Auslobung für Hinweise war initiiert worden, hatte jedoch bislang keinen Erfolg erbracht. Es konnten einige Spuren gesichert werden. Die Durchführung einer Funkzellenabfrage wurde gut zwei Wochen nach der Tat von der Polizei angeregt und zwei Tage später vom Gericht angeordnet. Die Auswertung der Spuren war zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Von der Polizei wurde die Anregung der Funkzellenabfrage lediglich mit dem drohenden Datenverlust bei den Providern begründet. Die Staatsanwaltschaft begründete die Eignung im Antrag wie folgt: „Die Ergebnisse der Funkzellenauswertung können Auskunft darüber geben, ob die Täter vor der Tat im Rahmen der Tatvorbereitung oder nach der Tat im Zuge der Flucht und Beutesicherung telefonierte. Die mitgeteilten Daten können somit Anhaltspunkte zur Identifizierung der bislang unbekanntes Täter liefern, so dass die Auskünfte für die Untersuchung erforderlich sind.“ Durchgeführt wurde die Funkzellenabfrage für das Grundstück des Einfamilienhauses und die angrenzende Straße. Der Zeitraum wurde auf drei Stunden begrenzt. Die übermittelten Verkehrsdaten wurden von der Polizei ausgewertet. Dafür wurden zunächst alle Internetverbindungen und weitere andere Verbindungsarten ausgefiltert, so dass nur noch Gespräche und SMS übrig blieben. Für diese insgesamt 19 Verbindungen wurden die Anschlussinhaber ermittelt. Diese Daten wurden offenbar mit den Daten der Beschuldigten von Verfahren abgeglichen, die durch die Recherche im Vorgangsbearbeitungssystem ermittelt worden waren. Hierbei ergab sich ein Kreuztreffer, der sich allerdings auf den Nachnamen beschränkte. Eine Person aus der Tatortfunkzelle hatte denselben Nachnamen wie ein Beschuldigter in einem der ausgewerteten Vergleichsverfahren. Die Person aus der Tatortfunkzelle wurde daraufhin von der Polizei auf eine

mögliche Verbindung zu dem Beschuldigten des Vergleichsverfahrens überprüft. Anschrift und Geburtsdatum wurden erhoben, ebenso die Daten von Geschwistern.

Eine weitere Auswertung der Funkzellendaten ist unterblieben. Als Grund hat die Polizei dokumentiert: „Es gibt bislang keine Telefonnummern von konkret Tatverdächtigen oder Beschuldigten, die mit den vorliegenden Funkzellendaten abgeglichen werden könnten. Erschwerend kommt in diesem Fall hinzu, dass alle als potentielle Täter benannten Personen in Tatortnähe wohnen – selbst wenn sie mit ihren Mobilfunknummern in einer Funkzelle auftauchten, wäre dies noch kein Beweis dafür, dass sie am Tatort waren.“

Zeitlich nach der Funkzellenabfrage wurden weitere Ermittlungen angestellt. Durch die Polizei wurde eine Recherche im Vorgangsbearbeitungssystem durchgeführt mit dem Ziel, ähnliche Straftaten zu finden.

Die Geeignetheit der Maßnahme ist in der Anregung der Polizei und im Antrag der Staatsanwaltschaft nicht hinreichend begründet worden. Aus der polizeilichen Anregung ergibt sich nicht, dass und auf welche Weise die Verkehrsdaten sowie die daraus ermittelbaren Bestandsdaten einen Ermittlungsansatz liefern würden. Allein der Umstand, dass sich eine Person zur Tatzeit am Tatort aufgehalten hat, dürfte für einen Anfangsverdacht in der Regel nicht ausreichen. Zur Ermittlung von Personen, die als mögliche Zeugen in Betracht kommen, darf die Maßnahme nicht eingesetzt werden (Meyer-Goßner, StPO § 100g Rn. 27; 28. Tätigkeitsbericht des ULD, Tz. 4.3.2).

Diese Einschätzung spiegelt sich auch in der Anregung der Maßnahme durch die Polizei wider. Denn die Polizei hat die Maßnahme nicht zur sofortigen weiteren Ermittlung angeregt, sondern angesichts des zu erwartenden Datenverlusts zur Sicherung für eine spätere Auswertung. Es ging also zum Zeitpunkt der Anregung der Maßnahme nicht darum, die Daten unmittelbar für die Ermittlungen zu nutzen, sondern darum, sie vor einer zu erwartenden Löschung durch die Mobilfunkanbieter zu sichern, um sie für etwaige später erforderliche Ermittlungsmaßnahmen vorrätig zu halten.

Zu einem späteren Zeitpunkt hätte die Geeignetheit problemlos dargelegt werden können. Dies gilt spätestens für die Zeit nach Abschluss der Auswertung des Vorgangsbearbeitungssystems @rtus. Zu diesem Zeitpunkt bestand eine Möglichkeit, die Verkehrsdaten aus der Funkzelle für einen Abgleich mit den Daten der Vergleichsfälle zu nutzen.

## **2. Erforderlichkeit / Subsidiarität**

Das Gesetz stellt strenge Anforderungen an die Erforderlichkeit der Maßnahme, indem es fordert, dass die Erforschung des Sachverhalts ohne die Funkzellenabfrage aussichtslos oder wesentlich erschwert sein muss. Damit ist die Funkzellenabfrage als ultima ratio erst zulässig, wenn alle anderen Ermittlungsansätze ausgeschöpft wurden oder einen erheblich größeren Zeitaufwand erfordern und daher zu einer wesentlichen Verzögerung führen würden (Meyer-Goßner, StPO § 100a Rn. 13 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen wurden nicht in allen geprüften Fällen schlüssig dargelegt. In zwei Fällen wurden mehrere Ermittlungsmaßnahmen gleichzeitig durchgeführt. Dabei diente jeweils eine Ermittlungsmaßnahme dazu, Daten für einen späteren Abgleich mit den Funkzellendaten zu be-

schaffen. Einer der Fälle ist der zuvor beschriebene Fall A. Hier wurde, wie oben ausgeführt, vor Abschluss der Auswertung der Spuren sowie vor der Recherche im Vorgangsbearbeitungssystem der Polizei die Geeignetheit der Funkzellenabfrage nicht dargelegt. Aus der Spurenauswertung hätten sich konkrete Ermittlungsansätze ergeben können, die auch ohne Funkzellenabfrage zum Erfolg hätten führen können. Aus der Recherche hätten sich Vergleichsfälle ergeben können, die überhaupt erst die Eignung der Funkzellenabfrage hätten begründen können.

In einem anderen Fall wurde wenige Tage nach der Tat eine Vielzahl von Maßnahmen gleichzeitig angeregt.

**Fall B:** Drei unbekannte männliche Täter brachen in ein Einfamilienhaus ein, entwendeten Gegenstände und fuhren anschließend mit einem Fahrzeug davon. Sie hatten Kontakt zu den Geschädigten. Außerdem wurden die drei Täter beim Verlassen ihres Fahrzeugs und bei ihrer Rückkehr von Zeugen beobachtet. Die Zeugen konnten Angaben zum Fahrzeug, nicht jedoch zum genauen Kennzeichen, machen. Am Tatort hatten die Täter Spuren hinterlassen. Anwohnerbefragungen haben ergeben, dass ein ähnliches Fahrzeug wie das von den Zeugen als Fluchtfahrzeug beschriebene, in den Tagen vor der Tat in der Nähe des Tatorts gesichtet worden ist. Durch eine Recherche beim Kraftfahrtbundesamt konnte ein Fahrzeug ermittelt werden, das mit den Zeugenangaben übereinstimmte. Angeregt wurden daraufhin von der Polizei eine Observation der Fahrzeughalter, eine Überwachung der Telekommunikation der Fahrzeughalter nach § 100a StPO einschließlich der Herausgabe von zurückliegenden Verkehrsdaten der Telekommunikation der Fahrzeughalter sowie eine Funkzellenabfrage für den Tatort für den Zeitraum von einer Woche vor der Tat bis zum Tatzeitpunkt. Begründet wurde die Anregung der Funkzellenabfrage damit, dass aufgrund der Beobachtungen der Anwohner davon ausgegangen werde, dass die Täter den Tatort im Vorfeld der Tat aufgeklärt und möglicherweise in diesem Zusammenhang mit weiteren tatbeteiligten Personen oder Hintermännern kommuniziert haben. Die Maßnahme solle dazu dienen, Täter und Teilnehmer der Tat aufgrund des Telefonieverhaltens zu erkennen. Außerdem könnten Personen, gegen die aktuell in ähnlichen Fällen mittels Telekommunikationsüberwachung ermittelt werde, dem vorliegenden Verfahren zugeordnet bzw. davon ausgeschlossen werden.

In diesem Fall hätten zunächst diejenigen Maßnahmen abgewartet werden können, die gezielt auf die bereits identifizierten und durch Zeugenaussagen verdächtigten Personen gerichtet waren. Anhand der Telekommunikationsüberwachung sowie der Auswertung der retrograden Verkehrsdaten hätten intensivere Kommunikationsbeziehungen, insbesondere solche in zeitlichem Zusammenhang mit der Tat, ermittelt werden können. Gegen solche Kommunikationspartner hätte im Anschluss gezielt ermittelt werden können, auch durch Erhebung von Standortdaten als individualisierte Funkzellenabfrage nach § 100g StPO. Dadurch hätte die Erhebung einer beträchtlichen Menge an Verkehrsdaten über Unbeteiligte vermieden werden können. Somit ist in diesem Fall aus der Darlegung von Polizei und Staatsanwaltschaft nicht erkennbar, dass andere Ermittlungsmaßnahmen ausgeschöpft worden sind.

Allerdings handelt es sich bei den anderen Ermittlungsmaßnahmen, die hier von der Polizei angeregt und durch das Gericht angeordnet worden sind, ebenfalls um subsidiär einzusetzende Ermittlungsmaßnahmen. Stehen mehrere Maßnahmen zur Auswahl, die sämtlich einer Subsidiaritäts-

klausel unterliegen, soll der Anordnende die Wahl haben (so Meyer-Goßner, § 100a StPO Rn. 14). Die Wahl muss sich allerdings am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren. Dies bedeutet, dass das Mittel zuerst zu wählen ist, das am besten geeignet ist. Setzt ein Mittel – wie hier die Funkzellenabfrage – logisch ein anderes Mittel voraus, so ist in der logischen Reihenfolge vorzugehen. Für den vorliegenden Fall ergibt sich daher aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass zunächst durch individualisierte Maßnahmen die Daten hätten ermittelt werden müssen, mit denen in einem späteren Schritt die Verkehrsdaten der nicht-individualisierten Funkzellenabfrage hätten abgeglichen werden sollen bzw. auf die die Standortdatenabfrage hätte beschränkt werden können. Denn erst wenn Vergleichsdaten vorliegen, ist eine Funkzellenabfrage sinnvoll. Der Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein hat gegen diese Auffassung eingewandt, dass sie im Gesetz keine Stütze finde, da der „Gesetzgeber eine Einschränkung der Auswahl zwischen mehreren einer gleichartigen Subsidiaritätsklausel unterliegenden Maßnahmen gerade nicht vorgenommen“ habe.

Eine vollständige Gleichrangigkeit der Maßnahmen ist jedoch aus den bereits oben genannten Gründen nicht überzeugend. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt für jede staatliche Eingriffsmaßnahme, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Danach muss sich die Auswahl auf die Maßnahme beschränken, die am besten geeignet ist und den Betroffenen am wenigsten belastet (so auch Meyer-Goßner, § 100a StPO Rn. 14 a.E.). Die parallele Durchführung mehrerer Maßnahmen, von denen eine Maßnahme von dem Ergebnis einer anderen Maßnahme abhängt und bei Erfolg dieser anderen Maßnahme überhaupt erst aussichtsreich ist, entspricht nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Der Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein hat außerdem eingewandt, eine „logische Reihenfolge“ der Maßnahme könne aufgrund der kurzen Speicherfrist von Verkehrsdaten nicht eingehalten werden. Dieser Auffassung ist zwar entgegenzuhalten, dass ein drohender Datenverlust allein noch nicht die Eignung und Erforderlichkeit einer Funkzellenabfrage begründen kann. Der Einwand ist allerdings nachvollziehbar. Das Problem sollte jedoch nicht durch eine Überdehnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gelöst werden, sondern hier besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf (dazu näher unten, C II 1).

### **3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Neben Eignung und Erforderlich ist auch die Angemessenheit der Maßnahme zu prüfen, also die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. In § 100g StPO wird dies nicht weiter konkretisiert. Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass die Intensität des Grundrechtseingriffs im Verhältnis zum Zweck der Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis stehen muss. An dieser Stelle ist erstmals bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit die absehbare Eingriffsintensität der Maßnahme zu würdigen und mit dem Ermittlungsinteresse abzuwägen. Abstrakt betrachtet greift das Mittel der Funkzellenabfrage erheblich in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein, denn es erfasst in der Regel eine Vielzahl von Personen, die keinen Anlass für die Erhebung und Speicherung ihrer Verkehrsdaten gegeben haben. Maßnahmen mit solcher Streubreite bewertet das Bundesverfassungsgericht regelmäßig als schwerwiegende Grundrechtseingriffe (BVerfGE 115, 320 (354) m.w.N.). „Denn der Einzelne ist in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben hat. Von solchen Eingriffen können ferner Einschüchterungseffekte ausgehen, die zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von

Grundrechten führen können“ (BVerfGE, a.a.O.). Es steigt für die Betroffenen das Risiko erheblich, weiteren Ermittlungen ausgesetzt zu werden und unter Erklärungsdruck zu geraten, ohne selbst dazu Anlass gegeben zu haben (so das BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung ausdrücklich mit Bezug auf die Funkzellenabfrage, BVerfGE 125, 260 (320)). Neben den Grundrechten aus Art. 10 und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung können auch weitere Grundrechte und Rechtspositionen betroffen sein, etwa das Recht auf Versammlungsfreiheit oder besondere Berufsgeheimnisse, soweit auch Verkehrsdaten über Gespräche von Berufsgeheimnistägern mit ihren Mandaten, Patienten etc. erfasst werden (vgl. dazu Singelstein, JZ 2012, 601 (604 ff.)).

An dieser Stelle müssen sich Polizei und Staatsanwaltschaft vor Beantragung der Maßnahme daher mit ihren Folgen für die Betroffenen und der Bedeutung der Tat sowie der Maßnahme selbst als Beitrag zur Tataufklärung auseinandersetzen. Eine Abwägung setzt voraus, dass zuvor beide miteinander abzuwägenden Interessen und die Auswirkungen der Maßnahme bzw. des Unterlassens der Maßnahme auf diese Interessen festgestellt werden. In den geprüften Fällen finden sich jedoch keine Angaben hierzu. Es fehlen insbesondere Angaben zur geschätzten Reichweite des Grundrechtseingriffs, also zur anzunehmenden Anzahl von Betroffenen, zur Frage, ob in dem örtlichen Bereich der Funkzelle Berufsgeheimnisträger ansässig sind, ob der abzufragende Zeitraum in deren übliche Sprechzeiten fällt. Dies ist deshalb erstaunlich, weil sich die geprüften Fälle in ihrem Umfang sowohl in zeitlicher als auch in räumlicher Hinsicht erheblich unterschieden. In den Fällen, in denen die Funkzellenabfrage zeitlich und räumlich eng begrenzt war und der abgefragte Zeitraum darüber hinaus in der Nachtzeit lag, hätte dieser Umstand zur Begründung angeführt werden können, warum bei entsprechendem Gewicht des Ermittlungsinteresses die Interessen der Betroffenen dieses nicht überwiegen. Demgegenüber wäre in anderen Fällen, in denen der Zeitraum für die Funkzellenabfrage bis zu einer Woche betrug, eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den Interessen der Betroffenen geboten gewesen.

Die Darstellung der Polizei und Staatsanwaltschaft beschränkt sich in allen geprüften Fällen auf die Darlegung der Anlasstat und möglicher Vergleichstaten, auf andere mögliche Ermittlungsmaßnahmen und darauf, dass ohne die Funkzellenabfrage eine Aufklärung des Sachverhalts nicht möglich wäre. Diese Prüfpunkte werden häufig mit umfassenden Tatsachenangaben dokumentiert, was in vielen Fällen eine sorgfältige Prüfung jedenfalls des zu erwartenden Nutzens der Maßnahme belegt. Im Hinblick auf die zu erwartenden Risiken findet sich in der Dokumentation der Polizei und der Staatsanwaltschaft dagegen in den geprüften Fällen nichts. Lediglich im oben beschriebenen **Fall A** wird im Antrag der Staatsanwaltschaft eine Abwägung vorgenommen. Dazu führt der Antrag aus: „Angesichts des verletzten Rechtsguts ist die Erhebung der Daten auch verhältnismäßig.“ Dies reicht jedoch nicht aus, auch wenn, wie in diesem Fall, mit der Tat eine erhebliche Verletzung der Geschädigten einhergeht und die Straftat ohne Zweifel als besonders schwer anzusehen ist. Denn auch in diesem Fall muss eine Auseinandersetzung mit dem zu erwartenden Grundrechtseingriff vorgenommen werden. Aus der Dokumentation in der Akte muss hervorgehen, ob und mit welchem Ergebnis eine Abwägung mit den Interessen der Betroffenen stattgefunden hat, von welchen Annahmen die Polizei oder Staatsanwaltschaft dabei ausgegangen ist und welche Gesichtspunkte bei der Abwägung berücksichtigt wurden.

### III. Kennzeichnung der Verkehrsdaten

Nach § 101 Abs. 3 StPO sind personenbezogene Daten, die durch eine Verkehrsdatenabfrage nach § 100g StPO erhoben wurde, entsprechend zu kennzeichnen. Damit soll die Einhaltung der besonderen Zweckbindung, der diese Daten nach § 477 Abs. 2 StPO unterliegen, unterstützt werden. Bei Verkehrsdaten nach § 100g Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 96 Abs. 1 TKG handelt es sich um personenbezogene Daten. Dies gilt auch dann, wenn der Datensatz lediglich mit einer Anschlusskennung versehen ist, da Polizei und Staatsanwaltschaft über eine Bestandsdatenabfrage nach § 100j StPO den Inhaber der Kennung ermitteln können. An die Umsetzung dieser Kennzeichnungspflicht werden überwiegend keine hohen Anforderungen gestellt; nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung reichen einfache Vermerke, wie z.B. Stempelauddrucke (Meyer-Goßner, StPO, § 101 Rn. 3). Entscheidend ist, dass aus der Kennzeichnung die Herkunft der Daten aus einer Maßnahme nach § 100g StPO hervorgeht (Nack in: Karlsruher Kommentar zur StPO, § 101 Rn. 9).

In einigen Fällen war ein Sonderband Funkzellenauswertung angelegt; im Hauptband befanden sich allenfalls zusammenfassende Auswertebereiche. In zwei Fällen (**Fall A und Fall D**) befanden sich in Papierform übermittelte Verkehrsdaten eines Mobilfunkanbieters im Hauptband der Akte. Ein Vermerk über die Herkunft aus einer besonderen Maßnahme fehlte hier. Dies reicht für eine Kennzeichnung nach § 101 Abs. 3 StPO nicht aus. In vielen Fällen war dem Hauptband kein Hinweis auf die Verkehrsdaten zu entnehmen. Die Verkehrsdaten werden von den Anbietern meist in elektronischer Form übermittelt und bei der Polizei gespeichert. In solchen Fällen ist die Polizei für eine Kennzeichnung der Daten verantwortlich.

### IV. Abgleich mit anderen Daten

Die erhobenen Funkzellendaten wurden in allen Verfahren mit anderen Daten abgeglichen. Bei den anderen Daten handelte es sich jeweils um unterschiedliche Daten:

- Funkzellendaten von anderen Taten oder Tatorten, die mit der Anlasstat in einem Strafverfahren verbunden waren,
- Funkzellendaten von anderen Taten außerhalb des Strafverfahrens,
- Abgleich der Namen der in der Funkzelle anwesenden Teilnehmer (nach Bestandsdatenabfrage) mit den Namen der Tatbeteiligten anderer ähnlich gelagerter Strafverfahren (Fall A),
- Anschlusskennungen von Gesprächspartnern der jeweiligen Tatverdächtigen, die durch Verkehrsdatenabfrage oder Auswertung von Mobiltelefonen ermittelt wurden (Fall B).

Eine Rechtsgrundlage für den Datenabgleich wird in keinem der geprüften Fälle genannt. Einige Gerichte weisen in ihren Beschlüssen zur Anordnung der Funkzellenabfrage darauf hin, dass die erlangten personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur unter den Voraussetzungen des § 477 Abs. 2 StPO verwendet werden dürfen. § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO beschränkt die Verwendung von Daten aus besonderen Maßnahmen zu Beweis Zwecken in anderen Strafverfahren. Sie dürfen danach nur dann als Beweismittel verwendet werden, wenn sie für das andere Verfahren ebenfalls originär hätten erhoben werden dürfen. Ob die Gerichte damit den Ermittlungsbehörden eine Beschränkung für die Verwendung der Daten insgesamt auferlegen

wollten, ist allerdings fraglich. Denn der Wortlaut der Vorschrift benennt lediglich die Verwendung als Beweismittel, nicht aber als Spurenansatz.

Werden Daten miteinander abgeglichen, handelt es sich zunächst einmal um eine Nutzung personenbezogener Daten, die grundsätzlich von der Generalklausel §§ 161, 163 StPO umfasst ist. In einigen Verfahren sind die Daten maschinell durch Einsatz von spezieller Auswertesoftware abgeglichen worden. Ob auch ein solcher automatisierter Datenabgleich noch als schlichte Nutzung auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt werden kann oder ob hierfür spezielle Regelungen anwendbar bzw. erforderlich sind, ist äußerst fraglich. Diese Rechtsfrage wird jedoch in keinem der geprüften Fälle behandelt.

Ein automatisierter Abgleich erfüllt grundsätzlich die Merkmale des § 98a StPO (Rasterfahndung), der nach seinem Absatz 1 anwendbar ist, wenn „personenbezogene Daten von Personen, die bestimmte, auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale erfüllen, mit anderen Daten maschinell abgeglichen werden, um Nichtverdächtige auszuschließen oder Personen festzustellen, die weitere für die Ermittlungen bedeutende Prüfungsmerkmale erfüllen.“ Aus den Absätzen 2 bis 5 des § 98a StPO ergibt sich, dass die für den maschinellen Abgleich zu nutzenden Daten ursprünglich bei einer anderen Stelle gespeichert sind als bei derjenigen, die den Abgleich durchführt. Dementsprechend soll nach der Literatur § 98a StPO nur angewendet werden, wenn für den Abgleich Daten verwendet werden, die für die Strafverfolgungsbehörde „fremd“, d.h. nicht bereits zuvor dort angefallen sind (zur so verstandenen Auslegung der Merkmale „andere Daten“ in Absatz 1 und „speichernde Stelle“ in Absatz 2 Günther in: Münchener Kommentar zur StPO, § 98a Rn. 5).

Für „eigene“ Daten der Polizei soll dagegen § 98c StPO gelten (so die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, siehe dazu Meyer-Goßner, § 98c StPO Rn. 1). Nach dieser Vorschrift dürfen zur Aufklärung einer Straftat personenbezogene Daten aus einem Strafverfahren mit anderen zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung oder zur Gefahrenabwehr gespeicherten Daten maschinell abgeglichen werden. Weitere Voraussetzungen enthält die Regelung nicht. Einige Autoren wenden auch dann die Regelung für die Rasterfahndung an (§ 98a StPO), wenn vorhandene Daten für den Abgleich verwendet werden, die in einem anderen Zusammenhang bei den Strafverfolgungsbehörden gespeichert sind. So geht Günther (a.a.O., § 98a Rn. 46, 49) davon aus, dass eine Rasterfahndung vorliegen kann, wenn die Strafverfolgungsbehörde ihr aus einem anderen Anlass, namentlich einer anderen prozessualen Tat, übermittelte Daten für einen Abgleich nutzt (ähnlich Greven in Karlsruher Kommentar zur StPO, § 98a Rn. 34 zum Abgleich von Telekommunikations-Bestandsdaten). Für diese Auffassung sprechen gewichtige Gründe. Die Trennung in „fremde“ und „vorhandene“ Daten der Strafverfolgungsbehörden, die der Anwendung der §§ 98a und 98c StPO nach herrschender Meinung zugrunde liegt, ist willkürlich und nicht sachgerecht. Ob die Daten bereits bei der Polizei vorhanden sind oder eigens für eine Auswertung bei anderen Stellen erhoben werden müssten, bedeutet im Ergebnis keinen gravierenden Unterschied. Denn erstens stammen letztlich nahezu alle Erkenntnisse, die die Polizei zur Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr ermittelt, aus externen Quellen. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass solche ursprünglich „fremden“ Daten bereits in großen Mengen bei der Polizei vorhanden sind. Entscheidend ist, dass solche Daten – auch wenn sie bereits für ein Strafverfahren erhoben wurden – bei weitem nicht nur Daten über Tatverdächtige und auch nicht nur unmittelbar ermittlungsrelevante Informationen enthalten. Vielmehr sind in den bei den Strafverfolgungsbehörden vorhandenen Datenbeständen, gerade in den Ergebnissen einer nicht-individualisierten Funkzellenabfrage, häufig Informationen über Dritte enthalten, die an der Straftat vollkommen unbeteiligt sind und nur durch Zufall von

den Ermittlungen erfasst wurden. Ein sachlicher Grund für die weitreichende Privilegierung für die Nutzung solcher vorhandener Daten gegenüber anlassbezogen und nach strengen Erforderlichkeitsmaßstäben von anderen Stellen zu beschaffenden Daten ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar. Würde man eine Auswertung polizeieigener Daten uneingeschränkt unter den Voraussetzungen des § 98c StPO zulassen, würde dies bedeuten, dass sämtliche bei Polizeibehörden vorhandenen Daten auf der Grundlage eines Anfangsverdachts für eine Straftat gegeneinander abgeglichen werden könnten. Dies überstiege den Rahmen des § 98a StPO für die Rasterfahndung bei weitem. Dies war offensichtlich bei Einführung der Vorschrift im Jahr 1992 nicht beabsichtigt, wengleich dies weder im Gesetz noch in der Begründung zum Ausdruck gekommen ist, sondern lediglich bei Hilger in einer Fußnote (Hilger, NStZ 1992, 457, Fn. 78) klargestellt wird: „§§ 98c darf nicht zu einer Umgehung der speziellen, einschränkenden Voraussetzungen der §§ 98a, 98b herangezogen werden: Ist in einem Strafverfahren z.B. eine Datei als Beweismittel beschlagnahmt und enthält sie Daten, die für ein anderes Verfahren Ausgangspunkt einer Rasterfahndung sein könnten, so sind insoweit §§ 98a, 98b zu beachten.“

Gleichwohl geht die wohl herrschende Meinung bei Kreuztrefferanalysen mit vorhandenen Daten der Strafverfolgungsbehörden davon aus, dass es sich um einen einfachen Datenabgleich nach § 98c StPO handelt. Auch der Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein vertritt diese Auffassung. Diese stützt er auf den Wortlaut des § 98a StPO und auf die Erwägung, dass der Anwendungsbereich des § 98c StPO ansonsten vollständig wegfallen würde. Diese Argumente überzeugen nicht. Zum einen wurde bereits ausgeführt, dass der Wortlaut des § 98a StPO auch auf Kreuztrefferanalysen mit Daten passt, die bei Strafverfolgungsbehörden vorhanden sind. Zum anderen würde der Anwendungsbereich des § 98c StPO nicht entfallen. Diese Ermächtigung wäre weiterhin anwendbar für einfache Abfragen von Datenbanken der Strafverfolgungsbehörden.

Folgt man der Ansicht, dass sich der maschinelle Abgleich mit Daten, die für eine andere prozessuale Tat erhoben worden sind, nach § 98a StPO richtet, hätte es jedenfalls in vier Fällen (**Fälle B, C, D, E**) einer eigenständigen gerichtlichen Anordnung für die Durchführung des Abgleichs bedurft. Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen für eine Anordnung gibt es in diesen Fällen keine durchgreifenden Unterschiede zu § 100g StPO. § 98a StPO setzt wie § 100g StPO eine Straftat von erheblicher Bedeutung voraus und enthält ebenfalls einen Katalog. Anders als der Katalog des § 100a StPO, auf den § 100g StPO verweist, enthält der Katalog des § 98a StPO jedoch keine Straftatbestände, sondern generalisierende Beschreibungen. Die materiellen Voraussetzungen sind in den beiden Vorschriften daher nicht deckungsgleich. In den geprüften Fällen bedeutet dies im Ergebnis keinen Unterschied, da den für § 98a StPO relevanten Fällen jeweils der Verdacht eines Bandendelikts zugrunde lag; Bandendelikte und auf andere Weise organisiert durchgeführte Straftaten sind von § 98a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 StPO erfasst.

## V. Ergebnis der Funkzellenabfrage

In einem der geprüften Fälle (oben beschriebener **Fall B**) konnte durch die Daten aus der Funkzellenabfrage zusammen mit individualisiert erhobenen Verkehrsdaten der erwartete Ermittlungserfolg erzielt werden. Hierdurch konnten die Bewegungen sämtlicher Täter und deren Kommunikation untereinander in der Vorbereitungsphase und während der Ausführung der Tat rekonstruiert werden. Die Verkehrsdaten aus den Funkzellen vom Tatort wurden für einen langen Zeitraum von acht Tagen erhoben. Begründet wurde dies damit, dass das für die Tatausführung verwendete

Fahrzeug von Zeugen auch in den Tagen vor der Tat in der Nähe des Tatorts gesehen wurde. Für diesen Zeitraum ergab sich insgesamt ein Volumen von über 700.000 einzelnen Datenobjekten. Aus der parallel durchgeführten individuellen Verkehrsdatenabfrage für die Anschlüsse der Beschuldigten sowie einer ebenfalls parallel durchgeführten Telekommunikationsüberwachung ergaben sich 332 Mobilfunknummern. Diese wurden mit den 700.000 Datensätzen aus der Funkzellenabfrage abgeglichen. Durch die Auswertung konnte nachvollzogen werden, welche Personen die Tat unmittelbar ausgeführt und welche Personen zu welchem Zeitpunkt die Tat vorbereitet hatten.

In einem weiteren Fall wurden die Daten aus den abgefragten Funkzellen ebenfalls mit Verkehrsdaten abgeglichen. In diesem Fall stammten die Verkehrsdaten aus der Anrufliste eines beschlagnahmten Mobiltelefons des Beschuldigten. Hier wurden drei Anschlüsse aus der Anrufliste des Mobiltelefons erkannt, die in der Funkzelle zur Tatzeit aktiv waren. Durch die Polizei wurden die Anschlüsse sowie in einem Fall auch der Gesprächspartner weiter untersucht. Durch Austausch mit einer anderen Polizeibehörde wurden zwei Rufnummern – ein Anwesender in der Funkzelle und sein Gesprächspartner – jeweils einer Person zugeordnet.

In einem weiteren Fall bestand der Verdacht einer größeren Serienstraftat. Für 17 Tatorte wurden Funkzellendaten erhoben und diese untereinander abgeglichen. Dabei tauchten zwei Rufnummern an neun Tatorten auf. Weitere Ermittlungen sind hinsichtlich dieser Anschlusskennungen nicht erfolgt, die Anschlussinhaber sind nicht ermittelt worden. Zum Zeitpunkt der Funkzellenauswertung war bereits durch Zeugenhinweise ein Beschuldigter ermittelt worden. Die weiteren Ermittlungen konzentrierten sich daher unmittelbar auf den Beschuldigten und sein Umfeld.

Im oben als **Fall A** beschriebenen Verfahren sind sämtliche durch die Funkzellenabfrage ermittelten Anschlusskennungen durch Bestandsdatenabfrage den jeweiligen Inhabern zugeordnet worden. Dies galt sowohl für die in der Funkzelle anwesenden Anschlussinhaber als auch für deren Gesprächspartner. Insgesamt waren 19 Personen betroffen. Die Namen dieser Personen wurden daraufhin mit den Namen der Täter in den Verfahren verglichen, die durch @rtus-Auswertung als ähnlich ermittelt wurden. Hier gab es einen identischen Nachnamen, allerdings handelte es sich dabei um zwei verschiedene Personen. Eine Verbindung zwischen den beiden Personen konnte bei den weiteren Ermittlungen nicht hergestellt werden.

In den übrigen Verfahren hat die Auswertung der Funkzellendaten keine Übereinstimmungen erbracht. In diesen Fällen wurden Funkzellendaten von unterschiedlichen Tatorten, teilweise derselben prozessualen Tat, teilweise anderen prozessualen Taten, miteinander ergebnislos abgeglichen. In einem Fall lagen die Tatorte zweier unterschiedlicher prozessualer Tatorte räumlich nah beieinander. Hier gab es eine Schnittmenge von mehr als 1.000 übereinstimmenden Anschlusskennungen. Die Polizei verzichtete in diesem Fall auf eine weitere Auswertung, da sie davon ausging, dass es sich um Anwohner handelte.

## **VI. Benachrichtigung der Betroffenen**

§ 101 Abs. 4 Nr. 6 StPO schreibt vor, dass von einer Verkehrsdatenerhebung nach § 100g StPO die Beteiligten der betroffenen Telekommunikation zu benachrichtigen sind. Da die Telekommunikation im Fall einer nicht-individualisierten Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO räumlich und zeitlich bestimmt wird, gehören zur „betroffenen Telekommunikation“ im Sinne des § 101

Abs. 4 Nr. 6 StPO sämtliche Verbindungen in dem durch die gerichtliche Anordnung räumlich und örtlich festgelegten Bereich. Bei Telefongesprächen sowie dem Versand oder Empfang von Nachrichten werden hierzu jeweils zwei Kommunikationspartner erfasst: die Anschlussinhaber, die sich im Bereich der Funkzelle befinden, sowie deren Gesprächspartner. Grundsätzlich sind alle als Beteiligte an der betroffenen Telekommunikation nach § 101 Abs. 4 Nr. 6 StPO zu benachrichtigen. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch einige Ausnahmeregelungen, die auch in den geprüften Fällen angewandt wurden.

Eine Benachrichtigung von Betroffenen über die Funkzellenabfrage nach § 100g StPO ist in keinem der geprüften Fälle vorgenommen worden. In drei Fällen (darunter die oben beschriebenen **Fälle A und B**) wurden diejenigen Personen benachrichtigt, gegen die weitere Ermittlungsmaßnahmen wie Telekommunikationsüberwachungen nach § 100a StPO und Observationen nach § 163f StPO durchgeführt wurden. Die Benachrichtigung beschränkte sich auf diese Maßnahmen; die ebenfalls durchgeführte Funkzellenabfrage wurde nicht erwähnt.

In allen übrigen Fällen ist eine Benachrichtigung entweder geprüft und abgelehnt worden, oder es finden sich keine Angaben hierzu in der Ermittlungsakte. Letzteres liegt in drei Fällen daran, dass das Strafverfahren insgesamt abgegeben und durch eine andere Ermittlungsbehörde beendet wurde.

In drei Fällen (**Fälle A, B, F**) sind Anschlussinhaber in den Funkzellen identifiziert worden. Hierzu gehört auch der bereits geschilderte Fall A. In diesem Fall sind alle 19 Anschlussinhaber, die in der Funkzelle kommuniziert haben, durch Bestandsdatenabfrage identifiziert worden und mit den durch Recherche in @rtus erhobenen Daten aus anderen Strafverfahren verglichen worden. Gegen einen Betroffenen wurden weitere Erkundigungen eingeholt, da der Nachname identisch mit dem eines Beschuldigten in einem ähnlichen Strafverfahren war. Bei den anderen drei Fällen handelt es sich um Personen, gegen die daneben bzw. im Anschluss weitere Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt wurden und die hiervon benachrichtigt worden sind.

Im **Fall A**, in dem sämtliche Anschlussinhaber identifiziert wurden, ist die Benachrichtigung mit Hinweis auf § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO unterblieben. Gleiches ist in einem weiteren Fall geschehen, in dem allerdings in der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft nicht dokumentiert ist, ob die erfassten Personen identifiziert worden sind. Nach § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO kann die Benachrichtigung eines Beteiligten der betroffenen Telekommunikation unterbleiben, wenn sich die Maßnahme nicht gegen sie gerichtet hat, sie von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurden und anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung haben. Im Fall A ist eine Prüfung der Benachrichtigung nicht aktenkundig.

Die Voraussetzungen der Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht lagen in diesen Fällen jedoch nicht vor. Ausgenommen werden können danach nur Personen, gegen die sich die Maßnahme nicht gerichtet hat. Die Frage, gegen wen sich eine nicht-individualisierte Funkzellenabfrage richtet, ist nicht leicht zu beantworten, da die Maßnahme in der Regel erst der Gewinnung von Ermittlungsansätzen dient. Da somit prinzipiell jeder Anschlussinhaber, der sich im erfassten Zeitraum in der Funkzelle aufgehalten hat, als Anknüpfungspunkt für weitere Ermittlungen in Betracht kommt, ist äußerst fraglich, ob die Ausnahmeregelung des § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO bei der nicht-individualisierten Funkzellenabfrage überhaupt in Betracht kommt (mit dieser Argumentation verneint der Sächsische Datenschutzbeauftragte die Anwendbarkeit dieser Ausnahmeregelung, Bericht zu den nichtindividualisierten Funkzellenabfragen [...] durch Polizei und Staatsanwaltschaft

Dresden [...] vom 8.9.2011, LT-Drs. 5/6787, S. 48, 10, 32). Im Ergebnis ist dies für den Umfang der Benachrichtigungspflicht jedoch nicht von Bedeutung.

Wird die Ausnahmeregelung des § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO nicht angewendet, verbleibt noch die – in der Praxis sicherlich bedeutsamere – Regelung des § 101 Abs. 4 Satz 5 StPO. Danach sind Nachforschungen zur Identität von Beteiligten der Telekommunikation 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. Beeinträchtigungen für die Betroffenen sind dann zu erwarten, wenn sich der Grundrechtseingriff für sie durch die Nachforschungen zu ihrer Identität noch vertieft (BVerfG, Beschluss vom 12.10.2011, 2 BvR 236/08, NJW 2012, 833, 839 Absatz-Nr. 233 m.w.N.). Hier stellt sich zunächst die Frage, in welchem Umfang die Identität festgestellt werden muss, um eine betroffene Person zu benachrichtigen. Da in jedem Fall eine Anschlusskennung vorliegt, ist jede betroffene Person über dieses Merkmal bereits bestimmbar. Soweit dieses Identitätsmerkmal für eine Benachrichtigung ausreicht, kommt ein Absehen von der Benachrichtigung nicht in Betracht. Anhand der Anschlusskennung ist allerdings nur eine Information über diesen Weg möglich. In Betracht käme ebenfalls eine an die Öffentlichkeit gerichtete Information über Ort und Zeitpunkt der Funkzellenabfrage.

Hinsichtlich beider Informationsverfahren ist fraglich, ob sie als Benachrichtigung im Sinne des § 101 Abs. 4 StPO angesehen werden können. Das Gesetz sieht zwar keine besondere Form der Benachrichtigung vor. Die Benachrichtigung setzt allerdings nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO eine Rechtsmittelfrist in Gang. Dies setzt voraus, dass die Benachrichtigung individuell der betroffenen Person – also dem Anschlussinhaber zum Zeitpunkt der Maßnahme – in einer Weise zugeleitet werden muss, die eine unmittelbare Kenntnisnahme durch die Person gewährleistet. Eine allgemeine Information, etwa durch nachträgliche Veröffentlichung von Ort und Zeit der Maßnahme, scheidet damit als Benachrichtigung aus. Auch die Mitteilung über die Anschlusskennung wirft Fragen auf, und zwar in erster Linie im Hinblick auf die Authentizität des Absenders und die Echtheit der Mitteilung sowie die Vertraulichkeit der Nachricht. In der Praxis erfolgt die Benachrichtigung schriftlich per Post. Hierfür ist die Ermittlung des Namens und der Anschrift erforderlich. Dies würde den Grundrechtseingriff für die Betroffenen vertiefen. Doch auch die Nutzung der Anschlusskennung für die Benachrichtigung wäre nicht ohne weitere Ermittlungen möglich. Zumindest wäre zu ermitteln, ob der gegenwärtige Anschlussinhaber mit dem Anschlussinhaber zum Zeitpunkt der Maßnahme identisch ist. Sofern der Anschlussinhaber gewechselt hat, wären weitere Ermittlungen erforderlich, um aktuelle Kontaktdaten des ehemaligen Anschlussinhabers zu erhalten. Auch diese Ermittlungsschritte können den Grundrechtseingriff für die Betroffenen vertiefen. Im Ergebnis wird für diejenigen Beteiligten, deren Bestandsdaten wie z. B. Name und Anschrift im Laufe des Ermittlungsverfahrens nicht ermittelt wurde, die Regelung des § 101 Abs. 4 Satz 5 StPO regelmäßig angewendet. Soweit diese Personen nicht individuell Gegenstand der Ermittlungen geworden sind, ist dies nicht zu beanstanden.

Bei der Frage der Benachrichtigungspflicht bzw. der Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht nach § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO wird es daher regelmäßig um Fälle gehen, in denen über Beteiligte der Telekommunikation im Laufe des Ermittlungsverfahrens bereits Bestandsdaten erhoben worden sind. Üblicherweise ist dies nur ein geringer Teil der von der Funkzellenabfrage erfassten Personen. Dabei kann die Frage, ob diese Beteiligten immer noch als Personen angesehen werden können, gegen die sich die Funkzellenabfrage nicht gerichtet hat, dahingestellt bleiben. Denn für

den Wegfall der Benachrichtigungspflicht kommt es nicht allein darauf an. Vielmehr gilt dies nur für Personen, die nur unerheblich betroffen sind und von denen anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung haben.

Der Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein geht davon aus, dass Personen, die als Beteiligte einer Telekommunikation in einer Funkzelle namhaft gemacht worden sind, nicht schon allein aus diesem Grund zu benachrichtigen sind. Im Regelfall seien diese Personen nur unerheblich betroffen. Denn selbst bei einer Betroffenheit durch einen wesentlich tiefgreifenderen Eingriff im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO könne nach herrschender Auffassung eine Benachrichtigung der identifizierten Gesprächsteilnehmer unterbleiben, wenn ein abgehörtes Telefongespräch lediglich die Besorgung von Alltagsgeschäften betrifft. Diese Auffassung überzeugt nicht. Beide Voraussetzungen des § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO für ein Absehen von der Benachrichtigung liegen in der Regel nicht vor, wenn Personen aus der Funkzelle während des Ermittlungsverfahrens namhaft gemacht worden sind. Eine Bestandsdatenauskunft wird häufig nur für eine Schnittmenge vorgenommen, die sich aus dem Abgleich der Funkzellendaten mehrerer Tatorte ergeben hat. In diesem Fall haben sich die Ermittlungen in Bezug auf die Personen in der Schnittmenge bereits verdichtet, und es ist mit weiteren Ermittlungen in Bezug auf diese Personen zu rechnen. Diese Personen sind daher keineswegs vergleichbar mit namhaft gemachten Personen aus einer Inhaltsüberwachung der Telekommunikation. Bei letzterer können sich Name und weitere Identitätsmerkmale der Person bereits aus der Inhaltsüberwachung selbst ergeben und müssen nicht auf einer weiteren Maßnahme beruhen. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass aufgrund des bekannten Inhalts der Kommunikation Gesprächspartner aus der Besorgung von Alltagsgeschäften umgehend als nicht ermittlungsrelevant eingestuft werden können und damit weitaus weniger gefährdet sind, Gegenstand der Ermittlungen zu werden, als Anwesende oder Gesprächspartner in einer Funkzelle. Auch wenn es sich bei den namhaft gemachten Personen aus der Funkzelle nicht um eine Schnittmenge aus einem vorangegangenen Abgleich handelt, erfolgt die Bestandsdatenabfrage stets zu einem bestimmten Zweck. Dieser kann nur in der Durchführung weiterer Ermittlungsschritte liegen, etwa einem manuellen oder maschinellen Abgleich mit anderen Daten. Bei diesen Personen kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sie nur unerheblich betroffen sind und kein Interesse an einer Benachrichtigung haben.

Das Beispiel des geprüften Falls A macht diese Interessenlage deutlich. Zu den Beteiligten sind Bestandsdaten ermittelt worden, damit diese anschließend für eine weitere Ermittlungsmaßnahme verwendet werden konnten. Alle Beteiligten sind daher mit vollen Angaben zur Person in eine Ermittlungsmaßnahme einbezogen worden. Diese Personen sind nicht mehr nur unerheblich betroffen, und es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung haben. Erst recht gilt dies für die Person, bei der eine Übereinstimmung mit dem abgeglichenen @rtus-Datenbestand gefunden wurde. Hier wurden weitere Erkundigungen über die Person selbst sowie über Familienangehörige eingeholt, um herauszufinden, ob es eine Verbindung zu der Person aus dem Abgleichsdatenbestand gibt. Diese Person sowie die übrigen 18 Personen, deren Bestandsdaten ermittelt und deren Daten für einen Abgleich verwendet wurden, hätten nach § 101 Abs. 4 Satz 1 StPO benachrichtigt werden müssen.

In einem Fall (**Fall F**) wurde in die Prüfung der Benachrichtigungspflicht auch die Erwägung einbezogen, dass durch die Benachrichtigung der Betroffenen die Persönlichkeitsrechte der Beschuldigten beeinträchtigt werden. Insbesondere bei einer Einstellung des Verfahrens bzw. einem Freispruch wird das Interesse der Beschuldigten, dass andere nicht von dem Verdacht gegen ihn erfah-

ren, höher bewertet als das Informationsinteresse der Betroffenen. Dabei wird übersehen, dass bei einer nicht-individualisierten Funkzellenabfrage eine Benachrichtigung in der Regel erfolgen kann, ohne Informationen über den Beschuldigten preiszugeben. Der Umfang der Benachrichtigung kann davon abhängig gemacht werden, inwieweit durch eine detaillierte Mitteilung schutzwürdige Belange anderer berührt werden (Hauck in Löwe-Rosenberg, StPO, § 101 Rn. 28). Bei einer nicht-individualisierten Funkzellenabfrage, die nach § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO nur räumlich und zeitlich bestimmt wird, kann es für die Benachrichtigung der Betroffenen genügen, die Maßnahme durch Angabe von Ort und Zeit zu beschreiben.

In vier Fällen sind keine Bestandsdatenauskünfte für Anschlussinhaber aus der Funkzelle eingeholt worden. In diesen Fällen hat die Staatsanwaltschaft mit Hinweis auf § 101 Abs. 4 Satz 5 StPO von einer Benachrichtigung abgesehen. Danach sind Nachforschungen zur Feststellung der Identität einer in Satz 1 bezeichneten Person 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. Diese Voraussetzungen lagen in den genannten vier Fällen vor, so dass die Benachrichtigung nach § 101 Abs. 4 StPO hier nicht erforderlich war.

## VII. Löschung der Daten

Eine Sonderregelung über die Löschung der Daten, die durch besondere Maßnahmen wie die Verkehrsdatenabfrage nach § 100g StPO erlangt wurden, enthält § 101 Abs. 8 StPO. Danach sind die erlangten Daten – im Fall des § 100g StPO die Verkehrsdaten – unverzüglich zu löschen, soweit sie zur Strafverfolgung und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich sind.

In einigen der geprüften Verfahren wurde die Löschung weder geprüft noch wurde sie vorgenommen, wobei zu berücksichtigen ist, dass von diesen Verfahren einige an andere Staatsanwaltschaften oder Dezernate abgegeben wurden. Nur in drei Fällen wurde nach Abschluss des Verfahrens die Löschung der Verkehrsdaten angeordnet. Soweit die Löschung in den Verfahren geprüft wurde, ging es stets um Fälle, in denen die Auswertung der Funkzellendaten und auch andere Ermittlungsmaßnahmen keine weiteren Ermittlungsansätze erbracht hatten und das Verfahren eingestellt wurde. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit zur Strafverfolgung wurden in diesen Fällen ganz unterschiedliche Maßstäbe angelegt. In einem Verfahren (**Fall F**) wurde von einer Löschung abgesehen, da die Daten für den Fall einer Wiederaufnahme des Verfahrens als möglicherweise relevant erachtet wurden. Die Staatsanwaltschaft führte hierzu aus: „Nach § 101 Abs. 8 StPO sind die durch die Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten zu löschen, wenn diese zur Strafverfolgung und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich sind. Das Verfahren wurde ohne Ermittlung eines Beschuldigten gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Im Falle des Vorliegens neuer Ermittlungsansätze wäre die Wiederaufnahme der Ermittlungen möglich. Dann könnten auch die vorliegenden Funkzellendaten wieder für die Ermittlungen von Relevanz sein. Diese sind daher noch nicht zu löschen.“

Anders dagegen entschied die Staatsanwaltschaft in einem ähnlich gelagerten Fall (**Fall E**). Auch hier konnte für eine Diebstahlserie kein Beschuldigter ermittelt werden. Die Polizei regte daher nach erfolgloser Auswertung der Funkzellendaten an, dass diese nach Ablauf von zwei Jahren komplett gelöscht werden sollen, sollten nicht innerhalb dieser Frist neue Erkenntnisse bekannt

werden, die gegen eine Vernichtung der Daten sprechen. Die Staatsanwaltschaft ordnete dagegen die sofortige Löschung an und begründete dies wie folgt: „Da die aufgrund der Funkzellenabfrage erlangten Daten für das Verfahren nicht mehr von Bedeutung sind, sind diese nunmehr unverzüglich zu löschen (§ 101 Abs. 8 Satz 1 StPO). Eine Vorratshaltung für den Zeitraum von zwei Jahren ist gesetzlich nicht vorgesehen und somit nicht zulässig.“

Diese Entscheidungen spiegeln in ihrer Unterschiedlichkeit die gegensätzlichen Auffassungen in der Literatur zu der Frage wider. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur legt den Begriff der Erforderlichkeit für Strafverfahren weit aus. Danach sind Erkenntnisse nur dann nicht mehr erforderlich, wenn sie für die Strafverfolgung mit Sicherheit irrelevant (geworden) oder unverwertbar sind. Die Nichterforderlichkeit muss feststehen; bei Zweifeln soll die Löschung unterbleiben (insgesamt dazu Hilger, NStZ 1997, 371 (373) m.w.N.). Dabei sind alle Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen. Kommt den Erkenntnissen keine Beweisbedeutung mehr zu, sind die Erkenntnisse nach dieser Auffassung in der Regel nicht mehr erforderlich. Dies soll unter anderem der Fall sein bei einem rechtskräftigen Freispruch oder einer Einstellung des Verfahrens nach §§ 153 ff. oder § 170 Abs. 2 StPO. Allerdings soll bei der Prüfung der Erforderlichkeit die Wahrscheinlichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens Berücksichtigung finden. Von fehlender Erforderlichkeit geht diese Auffassung bei einem Freispruch somit nur aus, wenn die Staatsanwaltschaft kein Wiederaufnahmeverfahren anstrebt; bei Einstellungen sollen die Daten nur dann nicht erforderlich sein, wenn mit einer Wiederaufnahme der Ermittlungen nicht zu rechnen ist (Hilger, a.a.O.). Ist der Angeklagte verurteilt worden und beruht die Verurteilung auf diesen Erkenntnissen bzw. kommt den Erkenntnissen für eine mögliche Wiederaufnahme Bedeutung zu, sollen nach dieser Auffassung die Daten so lange aufbewahrt werden, bis die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeantrags mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist (Hilger, a.a.O., m.w.N.).

Dem widersprechen einige Stimmen in der Literatur mit gewichtigen Argumenten. Sie wenden ein, dass die Lösungsregelungen faktisch ins Leere liefen, wenn man jede abstrakte Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens berücksichtigen würde (dazu Schnarr, ZRP 1990, 295 (297 f.)). Damit würde der Grundrechtsschutz, den die Lösungsregelungen gewährleisten sollen, verfehlt.

Die letztgenannte Auffassung und Löschpraxis entspricht der Eingriffsintensität der Verkehrsdatenabfrage. Nur durch eine enge Auslegung des Begriffs der Erforderlichkeit kann ein wirksamer Grundrechtsschutz gewährleistet werden. Die Verkehrsdaten müssen daher spätestens mit Abschluss des Ermittlungsverfahrens gelöscht werden. Eine darüber hinausgehende Speicherung kann allenfalls im Einzelfall für Verkehrsdaten zulässig sein, soweit diese einer Verurteilung als Beweismittel zugrunde lagen und eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu erwarten ist.

## **C. Schlussfolgerungen**

Als Fazit kann festgehalten werden, dass in der Stichprobe das Mittel der Funkzellenabfrage nur für die Aufklärung von Straftaten angewandt wurde, die auch im Einzelfall von erheblichem Gewicht waren. Die häufig verbreitete Annahme, die nicht-individualisierte Funkzellenabfrage entwickle sich zu einer Standardmaßnahme, die auch bei weniger gewichtigen Straftaten eingesetzt wird, kann anhand der Stichprobe nicht bestätigt werden. Häufig wurde die Maßnahme parallel oder nachträglich ergänzt durch Telekommunikationsüberwachungen, Observationen oder andere Maßnahmen. In einigen Fällen wurde das Ergebnis gesetzlich vorrangig durchzuführender Maßnahmen nicht abgewartet, bevor die Funkzellenabfrage beantragt wurde. Dies mag in der kurzen

Speicherdauer von Verkehrsdaten bei den Mobilfunkanbietern begründet sein, doch entbindet dies die Ermittlungsbehörden nicht von der Pflicht, die Funkzellenabfrage erst als letztes Mittel einzusetzen. Die nicht-individualisierte Funkzellenabfrage unterscheidet sich aufgrund ihrer Streubreite signifikant von anderen Ermittlungsmethoden. Sie erzeugt in besonderem Maße eine Gefahr für Unbeteiligte, in die Ermittlungen einbezogen zu werden. Dieser Umstand wurde in den Verfahren nur unzureichend berücksichtigt. Dies begann bereits mit teilweise fehlender oder unzureichender Prüfung und Würdigung der Interessen der betroffenen Bürgerinnen und Bürger bei der Anregung der Maßnahme. Weitaus größerer Verbesserungsbedarf besteht allerdings nach erfolgter Auswertung der Daten. Die Frage der Löschung der Daten wurde in jedem Verfahren unterschiedlich, teilweise auch gar nicht, beantwortet. Erhebliche Defizite gibt es bei der Benachrichtigung der Betroffenen. Hier wurde in mehreren Fällen nicht benachrichtigt, obwohl Anschlussinhaber identifiziert worden waren und für diese die Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht nicht anwendbar waren.

Das Ergebnis zeigt Defizite bei der Anwendung der geltenden Regelungen. Bei den geprüften Fällen wurden folgende gesetzliche Vorgaben teilweise unzureichend umgesetzt:

- Die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen und ihre Dokumentation, insbesondere der Streubreite der Maßnahme,
- die Beachtung der Subsidiarität der Maßnahme,
- die Einhaltung besonderer Regelungen für den maschinellen Abgleich von Funkzellendaten,
- die gesetzlich gebotene unverzügliche Löschung der Verkehrsdaten nach Wegfall der Erforderlichkeit und
- die Benachrichtigung der betroffenen Anschlussinhaber.

Nur wenige dieser Defizite beruhen darauf, dass klare gesetzliche Vorgaben von den Ermittlungsbehörden bewusst nicht umgesetzt werden. Dies gilt in erster Linie für die Benachrichtigung von Personen, für die Bestandsdaten erhoben wurden, und für die fehlende Auseinandersetzung mit den Interessen der Betroffenen im Rahmen der Beantragung der Maßnahme.

Überwiegend sind die Defizite darauf zurückzuführen, dass die gesetzlichen Regelungen unzureichend oder nicht hinreichend klar und bestimmt sind oder einheitliche Maßstäbe für ihre Auslegung und Anwendung fehlen.

Unzureichend sind die Gesetze im Hinblick auf den Widerspruch zwischen der Subsidiarität der Maßnahme auf der einen und der nur kurzen Verfügbarkeit von Verkehrsdaten auf der anderen Seite.

Unklar sind die Gesetze hinsichtlich der automatisierten Auswertung von Daten aus Strafverfahren. Die Anwendungsbereiche der §§ 98a und 98c StPO sind nicht ausreichend klar voneinander abgegrenzt. Auf der Grundlage dieser Vorschriften ist nicht sichergestellt, dass Daten in Strafverfahren nach gleichen und angemessenen Maßstäben automatisiert ausgewertet werden.

Unzureichend ist schließlich die Auslegung der Vorschriften über die Löschung personenbezogener Daten. Die Stichprobe zeigt deutlich, dass für die Beurteilung der Erforderlichkeit der weiteren

Speicherung aller Verkehrsdaten nach Einstellung des Verfahrens bei Unbekanntssachen unterschiedliche Maßstäbe angewendet werden.

## **D. Handlungsempfehlungen**

Um für künftige Verfahren eine verfassungskonforme Anwendung des Mittels der nicht-individualisierten Funkzellenabfrage sicherzustellen, sind mehrere Maßnahmen von unterschiedlicher Seite zu ergreifen.

### **I. Vollzugsdefizite in der Praxis beseitigen**

In der Praxis muss dafür gesorgt werden, dass die geltenden Regelungen in den nachfolgend genannten Punkten künftig überhaupt bzw. in grundrechtskonformer Weise angewendet werden.

Hierzu sollten die gesetzlichen Regelungen durch zentrale Vorgaben konkretisiert werden, um eine einheitliche Durchführung von Funkzellenabfragen nach grundrechtskonformen Maßstäben sicherzustellen. Dabei sollten Vorgaben vor allem zu nachfolgenden Punkten gemacht werden.

#### **1. Dokumentation der Maßnahme**

Die vollständige Dokumentation der Maßnahme in der Strafverfahrensakte ist sicherzustellen. Dazu gehören folgende Gesichtspunkte:

- Prüfung und Begründung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Beantragung, einschließlich Geeignetheit, Subsidiarität und Abwägung mit dem zu erwartenden Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen,
- Löschung der Verkehrsdaten,
- Benachrichtigung der Betroffenen.

#### **2. Benachrichtigungspflichten erfüllen**

Die Stichprobenprüfung hat gezeigt, dass die Benachrichtigungspflichten nicht immer erfüllt werden. Jedenfalls dann, wenn für Anschlusskennungen die Bestandsdaten der Inhaber ermittelt wurden, ist zu benachrichtigen. Dies ist in der Praxis sicherzustellen.

#### **3. Löschung umsetzen**

Für eine verfassungskonforme Umsetzung der Löschungsregelung des § 101 Abs. 8 StPO müssen strenge Maßstäbe an die Erforderlichkeit der weiteren Speicherung der Verkehrsdaten angelegt werden. Dies bedeutet, dass spätestens mit Abschluss des Verfahrens die erhobenen Verkehrsdaten gelöscht werden müssen.

## **II. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf**

### **1. „Quick-Freeze“ einführen**

Der Widerspruch zwischen der Subsidiarität der Funkzellenabfrage und der kurzen Verfügbarkeit von Verkehrsdaten kann nur durch Gesetz aufgelöst werden. Hier kommt ein so genanntes Quick-Freeze in Betracht. Diese Lösung besteht aus einer gesetzlich anzuordnenden kurzen anlasslosen Speicherpflicht des Mobilfunkanbieters und einem ebenfalls gesetzlich zu regelnden niedrigschwelligen Anspruch der Strafverfolgungsbehörden, bei Bedarf im Einzelfall bestimmte Verkehrsdaten für einen vom Gesetzgeber festzulegenden Zeitraum beim Mobilfunkbetreiber weiterhin zu speichern. Dies versetzt die Strafverfolgungsbehörden in die Lage, bei Bekanntwerden einer aktuellen Straftat Verkehrsdaten aus den Funkzellen der relevanten Orte zu sichern, ohne zu diesem frühen Zeitpunkt bereits sämtliche Anforderungen des § 100g StPO an die Herausgabe dieser Verkehrsdaten darlegen zu müssen. Ergibt sich bei den Ermittlungen die Erforderlichkeit einer Funkzellenauswertung, können die Daten nach § 100g StPO beim Mobilfunkanbieter abgefragt werden.

Diese Lösung sichert den Ermittlungsauftrag der Strafverfolgungsbehörden und greift im Vergleich zu alternativen anderen Lösungen weitaus geringfügiger in die Grundrechte der Betroffenen ein. Diese Alternativen wären eine frühzeitige Herausgabe der Verkehrsdaten an die Strafverfolgungsbehörden unter Verzicht auf die Darlegung von Geeignetheit und Erforderlichkeit der Verkehrsdaten oder eine anlasslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrsdaten für einen langen Zeitraum. Beide Lösungen wären mit gravierenden Grundrechtseingriffen verbunden, die aufgrund der fehlenden Veranlassung der Maßnahmen durch die Betroffenen nicht zu rechtfertigen wären. Somit gibt es für die Sicherung der Verkehrsdaten für nicht-individualisierte Funkzellenabfragen keine verfassungskonforme Alternative zu einer Quick-Freeze-Regelung.

### **2. Automatisierte Auswertung von Daten neu regeln**

Für den maschinellen Abgleich von Daten sieht die StPO entweder die strengen Anforderungen der Rasterfahndung nach § 98a StPO oder die Vorschrift des § 98c StPO vor, die außer der Erforderlichkeit für die Aufklärung des Sachverhalts keine weiteren Voraussetzungen enthält. Auch § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO enthält dem Wortlaut nach keine Beschränkung für die Auswertung, da dort nur eine Verwendungsbeschränkung für Beweismittel, nicht aber für Spurenansätze geregelt ist.

Die Abgrenzung zwischen der Rasterfahndung nach § 98a StPO und dem einfachen Datenabgleich nach § 98c StPO soll nach der wohl herrschenden Meinung danach erfolgen, ob die für den Abgleich verwendeten Daten bereits bei der Polizei vorhanden sind (dann § 98c StPO) oder von anderen Stellen beschafft werden müssen (dann § 98a StPO). Dieses Kriterium ist wie oben (A IV) dargelegt nicht sachgerecht und führt in der Praxis zu Wertungswidersprüchen. Hier bedarf es einer grundlegenden Reform durch den Gesetzgeber, da die mehr als 20 Jahre alten Vorschriften den heutigen technischen Auswertemöglichkeiten und den daraus resultierenden Gefahren für die Grundrechte der Betroffenen nicht mehr gerecht werden.

### **3. Transparenz für die Betroffenen erhöhen**

Die Streubreite von nicht-individualisierten Funkzellenabfragen und die gesetzlichen Vorkehrungen zur Gewährleistung der Transparenz für die Betroffenen über diese Maßnahme stehen in einem Missverhältnis zueinander. Nicht-individualisierte Funkzellenabfragen betreffen meist eine Vielzahl von Personen. Zu benachrichtigen sind nach dem Gesetz jedoch in der Regel allenfalls wenige Personen, und zwar dann, wenn im Verlauf der Ermittlungen Bestandsdaten erhoben worden sind. Der dahinter stehende Gedanke ist zwar einleuchtend. Denn der Gesetzgeber geht davon aus, dass damit eine Vertiefung des Grundrechtseingriffs verbunden ist.

Gleichwohl ist das Ungleichgewicht zwischen Ausmaß der Ermittlungsmaßnahme und der Transparenz darüber aus grundrechtlicher Sicht nicht akzeptabel. Es sollten daher alternative Möglichkeiten geprüft werden, um Transparenz für die Betroffenen zu erhöhen, ohne den Grundrechtseingriff für diese zu vertiefen. Zu überlegen wäre insbesondere eine gesetzliche Verpflichtung zur nachträglichen Information über die Maßnahmen mit Angaben zum Ort und zum Zeitpunkt unter Nutzung der ermittelten Rufnummern (per SMS) oder eine Verpflichtung zur allgemeinen nachträglichen Veröffentlichung der Maßnahmen in Tageszeitungen oder auf einer Website, oder eine die Mitteilung an oder Prüfung durch eine unabhängige legitimierte und fachkundige Einrichtung.