

gesellschaften) und Zertifikate-Emittenten zu gering sind, um einen völligen Prüfungsverzicht zu Gunsten des Zertifikate-Emittenten zu rechtfertigen. Ausschlaggebend für die Bejahung von Prüfungspflichten ist als Typus der den Zertifikaten zu Grunde liegende Risikovertrag zwischen Emittent und Investor. Sein charakteristisches Element ist die Unsicherheit beider Parteien über die zukünftige Entwicklung des Basiswertes. Der Emittent schuldet dem Käufer eine ergebnisoffene Spekulation. Bei einem Schneeballsystem oder der falsch dargestellten Strategie des Basiswertes steht das Ergebnis – der Verlust des Investors – aber schon bei Abschluss des Vertrages fest.

Nachforschungspflichten und die Pflicht zur Plausibilitätsprüfung des Basiswertes sorgen dafür, dass der Emittent seine vertragliche Pflicht erfüllen kann. Bei Basiswerten mit gutem „standing“, wie etwa dem DAX, kann auf eine Untersuchung vollständig verzichtet werden. Bei exotischen „underlyings“, wie etwa Hedgefonds mit junger Historie, sind die Prüfungsanforderungen hoch. Mit einem Disclaimer kann sich der Emittent hingegen nur für den Fall der Unzumutbarkeit einer Untersuchung exkulpieren. Erfüllt der Zertifikate-Emittent seine Untersuchungspflichten schlecht oder gar nicht, können sich Schadensersatzansprüche aus § 311a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Risikovertrag sowie aus § 826 BGB ergeben.

Professor Dr. Tobias Singelstein, Berlin*

Verhältnismäßigkeitsanforderungen für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen – am Beispiel der neueren Praxis der Funkzellenabfrage

Ermittlungsmaßnahmen gemäß der StPO müssen als staatliche Grundrechtseingriffe verhältnismäßig sein. Diese meist ungeschriebene Voraussetzung erlangt angesichts zunehmender Ermittlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden eine neue Relevanz, die sich in der Praxis erst noch Geltung verschaffen muss. Vor diesem Hintergrund werden hier die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips am Beispiel der Funkzellenabfrage dargestellt. Die Maßnahme hatte zuletzt für erhebliche Diskussionen gesorgt.

I. Verhältnismäßigkeitsanforderung an Ermittlungsmaßnahmen im Allgemeinen

Strafprozessuale Zwangs- und Ermittlungsmaßnahmen müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.¹ Teilweise hat bereits der Gesetzgeber diese Abwägung weitgehend vorgenommen – in Form von einschränkenden Voraussetzungen bei den einschlägigen Eingriffsbefugnissen. Hier kommt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als eigenständiger Voraussetzung nur noch eine untergeordnete Bedeutung zu. Daher fristet es in der Praxis bei vielen Ermittlungsmaßnahmen – anders etwa als bei der Untersuchungshaft – eher ein Schattendasein.² Mit der stetigen Zunahme gerade heimlicher und auf Daten zielender Ermittlungsmöglichkeiten erlangt das Verhältnismäßigkeitsprinzip als eigenständige, ungeschriebene Voraussetzung strafprozessual allerdings neue Bedeutung. Dies gilt einerseits für Eingriffsnormen, die durch den Gesetzgeber nicht besonders eingegrenzt oder hinreichend bestimmt formuliert worden sind, wie etwa die

Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO³, die Beschlagnahme im Fall von Datenbeständen oder die Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 1, 2 Satz 2 StPO. Andererseits wird die kumulative Anwendung verschiedener derartiger Maßnahmen durch die Verhältnismäßigkeitsanforderungen eingeschränkt.⁴ In diesen Situationen kommt dem Grundsatz die Rolle zu, Grundrechtseingriffe im Einzelfall zu begrenzen.⁵ Er verlangt, dass der jeweilige Eingriff im Hinblick auf den damit angestrebten Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁶ Dem müssen sowohl die Rechtsgrundlagen als auch die darauf basierenden Einzelakte genügen. Neben dem Bestimmtheitsgebot und dem absoluten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung misst das *BVerfG* vor allem diesen Anforderungen zentrale Bedeutung für die Begrenzung heimlicher Informationsbeschaffung sowohl im präventiv-polizeilichen und geheimdienstlichen, als auch im strafrechtlichen Bereich zu.⁷ Für den Bereich strafprozessualer Maßnahmen ergeben sich danach folgende Konkretisierungen.

Als legitimer Zweck des Eingriffs gelten die Strafverfolgung als öffentliche Aufgabe und das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren.⁸ Während es bei der Untersuchungshaft zumeist um die Sicherung des Verfahrens geht, dienen Ermittlungsmaßnahmen der Aufklärung mutmaßlicher Straftaten vor allem durch Beschaffung von Beweismitteln.⁹ Zu diesem Zweck geeignet sind alle Maßnahmen, bei denen nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, dass entsprechende Informa-

³ Dazu *Hefendehl* StV 2001, 700 ff.

⁴ *BVerfGE* 112, 304 (319 f.); dazu *Puschke*, Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung, 2006, S. 132 ff.

⁵ S. etwa zu § 100a StPO *BGH* NStZ-RR 2011, 148; zur Beschlagnahme von E-Mails *BGH* NJW 2010, 1297.

⁶ So die ständige Rechtsprechung; siehe nur *BVerfGE* 100, 313 (359 f.); 109, 279 (335 ff.); 113, 348, (385 ff.); 115, 320 (345); 118, 168 (193); 120, 274 (318 f.) (dazu *T. Böckenförde* JZ 2008, 825); 125, 260 (333 f.) (= JZ 2010, 611 mit Anm. *Ohler* und *Kleszczewski*); zur Herleitung *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 762 ff.

⁷ Dazu *Puschke/Singelstein* NJW 2005, 3534 ff.

⁸ *BVerfGE* 107, 299 (316).

⁹ *Schäfer*, in: *Löwe-Rosenberg* (Fn. 2), Vor § 94 Rn. 118.

* Der Autor ist Juniorprofessor für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Freien Universität Berlin.

¹ *Pfeiffer/Hannich*, in: *Karlsruher Kommentar (KK) StPO*, 6. Aufl. 2008, Einl. Rn. 30 f.; *Meyer-Göfner*, StPO, 54. Aufl. 2011, Einl. Rn. 20 f.; *Wohlers*, in: *Systematischer Kommentar (SK) StPO*, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 94 ff. Rn. 3.

² Siehe aber *BVerfG* NJW 2009, 281; 2011, 1859 ff.; BayVBl 2011, 315 zur Durchsuchung, wo das Verhältnismäßigkeitsprinzip durchaus von Bedeutung sein kann; allgemein *Schäfer*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, 25. Aufl. 2004, Vor § 94 Rn. 121 ff.

tionen erlangt werden können. Die Erforderlichkeit verlangt, dass diese Informationen nicht auch mit anderen gleich wirksamen, weniger eingreifenden Maßnahmen beschafft werden könnten. Auf der Ebene der Angemessenheit ist eine Abwägung zwischen der Intensität der Beeinträchtigung und der Anzahl der Betroffenen auf der einen Seite und den mit der Maßnahme verfolgten Zielen auf der anderen Seite vorzunehmen.¹⁰ Dort sind die Schwere der Straftat und des Verdachts sowie der zu erwartende Aufklärungsfortschritt von Relevanz. Je schwerwiegender diese Aspekte sind, desto eingriffsintensivere Maßnahmen sind zulässig.¹¹

II. Die strafprozessuale Funkzellenabfrage

Die Zulässigkeit der strafprozessualen Funkzellenabfrage ist mit der Reform heimlicher Ermittlungsmaßnahmen zum 1. 1. 2008 vom Gesetzgeber ausdrücklich bestätigt worden.¹² Sie ist in § 100 g Abs. 2 Satz 2 StPO jedoch nur versteckt geregelt, obwohl die Maßnahme aus grundrechtlicher Perspektive besonders eingriffsintensiv ist.¹³

1. Grundlagen

Eine nicht-individualisierte¹⁴ Funkzellenabfrage dient dazu, sämtliche Telekommunikationsvorgänge im Mobilfunknetz in einem bestimmten Bereich zu einer bestimmten Zeit zu erfassen. Zu diesem Zweck werden alle Telekommunikations-Verkehrsdaten abgefragt, die innerhalb der relevanten Zeit über eine oder mehrere Funkzellen abgewickelt worden sind.¹⁵ Eine Funkzelle als kleinste Einheit jedes Mobilfunknetzes hat dabei – je nach Besiedlungsdichte des jeweiligen Gebietes – eine Reichweite zwischen 100 Metern und einigen Kilometern und wickelt die Kommunikation des Netzes in diesem Bereich ab. Telekommunikations-Verkehrsdaten sind nach §§ 3 Nr. 30, 96 TKG solche Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Dies umfasst, welche Anschlüsse zu welchem Zeitpunkt welche Form der Kommunikation mit wem abwickeln, nicht aber die Inhalte dieser Kommunikation. Von besonderem Interesse ist die sich daraus ergebende Möglichkeit, den ungefähren Aufenthaltsort der erfassten Mobiltelefone zu ermitteln, denn bei jedem Kommunikationsvorgang wird regelmäßig auch gespeichert, in welcher Funkzelle sich das mobile Gerät zu diesem Zeitpunkt aufgehalten hat.¹⁶ Sind Daten aus verschiedenen Funkzellen vorhanden – weil eine Funkzellenabfrage mehrere Zellen betrifft oder weil für eine bestimmte Kennung die Verkehrsdaten für einen gewissen Zeitraum nach § 100g Abs. 1 StPO abgefragt werden – lassen sich somit auch Bewegungsbilder erstellen.

Solche Funkzellenabfragen können entweder für einen bestimmten Zeitraum in der Zukunft vorgenommen werden. Ebenso ist es aber – auch ohne Vorratsdatenspeicherung – möglich, sämtliche Telekommunikation innerhalb bestimm-

ter Funkzellen einige Tage oder Wochen, unter Umständen sogar mehrere Monate rückwirkend abzufragen. Dies wird dadurch möglich, dass die Diensteanbieter die entsprechenden Daten zu eigenen Zwecken speichern, vor allem gemäß § 97 TKG zur Entgeltermittlung und -abrechnung. Solange die Daten noch vorhanden sind, können sie abgefragt werden.¹⁷ Nach Berichten aus der Praxis speichern die Anbieter die Daten teilweise länger und in einem wesentlich größeren Umfang, als dies vom Gesetz zugelassen ist.¹⁸

Die Funkzellenabfrage stellt einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG dar.¹⁹ Je nach den Umständen des Einzelfalls können auch weitere Grundrechte tangiert sein. Die Besonderheit dabei ist, dass eine Vielzahl vollkommen unbeteiligter Personen von diesen Eingriffen betroffen wird.²⁰ Anders als bei der normalen Verkehrsdatenabfrage nach § 100g Abs. 1, 2 Satz 1 StPO, wo nur die Daten von bestimmten Geräten oder Anschlüssen abgefragt werden, erfasst die Funkzellenabfrage unterschiedslos jede Kommunikation in den betreffenden Funkzellen. Die Maßnahme weist daher eine massive Streubreite auf, deren Umfang im Einzelfall von der örtlichen und zeitlichen Begrenzung der Maßnahme abhängig ist, und betrifft also fast ausschließlich unverdächtige Personen, was die Schwere des Eingriffs erheblich steigert.²¹ Die StPO gestattet diesen in § 100g Abs. 1, 2 Satz 2 StPO mit der indirekten und wenig normenklaren Regelung, dass für eine Verkehrsdatenabfrage nicht stets eine Anschlusskennung angegeben werden muss, sondern auch eine räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation ausreichend sein kann. Verkehrsdaten können also nicht nur für eine bestimmte Rufnummer, sondern auch für einen bestimmten örtlichen und zeitlichen Bereich abgefragt werden. Voraussetzungen sind dabei ein durch Tatsachen belegter *Tatverdacht* – für eine *Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung*²² – sowie die *Subsidiaritätsklausel*, das heißt die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise müssen aussichtslos oder wesentlich erschwert sein.²³

Die Maßnahme darf nur auf die Ermittlung von und gegen Beschuldigte und Nachrichtenmittler gerichtet sein, das heißt nicht zur Ermittlung von Zeugen dienen, wie der Verweis in § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO klarstellt, und unterliegt in formeller Hinsicht einem Richtervorbehalt; zudem muss die Telekommunikation räumlich und zeitlich hinreichend bestimmt bezeichnet werden.

2. Zur Praxis der Funkzellenabfrage

Angesichts der beschriebenen Eingriffsintensität besitzt die Funkzellenabfrage Ausnahmeharakter. Dementsprechend wurde sie in der Praxis – soweit ersichtlich – zunächst nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als zulässig angesehen und eingesetzt. Bei den veröffentlichten Entscheidungen

¹⁷ Siehe Eisenberg (Fn. 15), Rn. 2470.

¹⁸ Dazu Kinast/Schmitz NJW-aktuell 40/2011, 14.

¹⁹ BVerfGE 107, 299 (312 ff.); siehe auch Korn HRRS 2009, 112 (113); Eisenberg (Fn. 15), Rn. 2470.

²⁰ Anders als bei Formen des automatisierten Abgleichs von Kfz-Kennzeichen, wo die Kennzeichen bei einem Nichttreffer unbesehen sofort und spurlos wieder gelöscht werden (BVerfGE 120, 378), stellt die Funkzellenabfrage für jeden Betroffenen einen Grundrechtseingriff dar, da seine Verkehrsdaten erhoben und gespeichert werden.

²¹ Siehe BVerfGE 100, 313 (380); 107, 299 (320 f.).

²² Einschränkend Wolter, in: SK-StPO (Fn. 1), § 100g Rn. 48.

²³ Zur praktischen Wirkungslosigkeit der Klausel Woblers/Demko StV 2003, 241 (247).

¹⁰ Pfeiffer/Hannich, in: KK-StPO (Fn. 1), Einl. Rn. 30 f.

¹¹ Meyer-Göfner (Fn. 1), Einl. Rn. 20 f. m. w.N.

¹² BT-Drs. 16/5846, S. 54 f.; dazu Puschke/Singelstein NJW 2008, 113 (115).

¹³ Kritisch Nöding StraFo 2007, 456 (460).

¹⁴ Funkzellenabfrage meint im Folgenden stets die nicht-individualisierte Variante, das heißt die Abfrage wird nicht auf bestimmte Kennungen beschränkt, sondern betrifft alle Kommunikationsvorgänge.

¹⁵ Siehe Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 2474.

¹⁶ Zum technischen Hintergrund Bär, TK-Überwachung – Kommentar, 2010, § 100g Rn. 23, 25; Rubmannseder JA 2007, 47 (48).

und den in der Kommentarliteratur geschilderten Fällen handelt es sich erstens oft um Konstellationen, die auch im Einzelfall sehr schwere Delikte betreffen. Zweitens und vor allem wurde die Maßnahme nur angeregt und angeordnet, wenn mit einer geringen Zahl von Drittbetroffenen zu rechnen war – nicht selten so gering, dass alle Betroffenen als Verdächtige angesehen werden konnten.²⁴ Dies verlangt eine sehr strikte zeitliche und örtliche Begrenzung oder nur in geringem Maße genutzte Funkzellen. Drittens wurden konkrete Anhaltspunkte dafür verlangt, dass die Tatverdächtigen in der fraglichen Zeit mit ihren Geräten kommuniziert haben, so dass die Abfrage überhaupt Erfolg haben kann. Dabei wurde es nicht als ausreichend angesehen, dass ein Mobilfunkgerät erfahrungsgemäß bei sich getragen wird.²⁵

Diese Maßstäbe scheinen jedenfalls in einigen Bundesländern in der jüngeren Vergangenheit deutlich aus den Fugen geraten zu sein. Eine intensive rechtspolitische Debatte hat die Funkzellenabfrage zunächst im Zusammenhang mit einer Versammlung der extremen Rechten und zahlreichen diesbezüglichen Gegenaktivitäten am 19. 2. 2011 in Dresden ausgelöst. An diesem Tag sollte in der Stadt ein Aufmarsch von Rechtsextremisten stattfinden. Hiergegen wandte sich ein Bündnis aus antifaschistischen Initiativen, Parteienvertretern, Gewerkschaften und anderen Gruppierungen, das mehrere Zehntausend Menschen mobilisierte, die sich an Versammlungen und Aktivitäten beteiligten. Am Rande kam es dabei auch zu Auseinandersetzungen zwischen Rechtsextremisten und Gegendemonstranten sowie der Polizei.

Wenige Tage nach den Ereignissen ordnete der Ermittlungsrichter beim AG Dresden mehrere rückwirkende Funkzellenabfragen an. Ein Teil der Maßnahmen war durch die „SoKo 19/2“ angeregt worden. Dieser betraf 14 Örtlichkeiten und Zeiträume von 10 Minuten bis 90 Minuten, insgesamt betrug der erfasste Zeitraum fast neun Stunden. Im Zuge dessen wurden 138 630 Verkehrsdatensätze mit 65 645 verschiedenen Anschlussnummern erhoben. Hieraus wurden sodann nach Merkmalen wie häufiger Telekommunikation und Aufenthalt an Tatorten 460 Rufnummern ermittelt. Begründet wurde die Maßnahme mit einem Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen besonders schweren Landfriedensbruchs nach §§ 125, 125a StGB in 23 Fällen. Die erhobenen Daten sollten zur Ermittlung von Tatverdächtigen dienen.²⁶

Parallel dazu hatte das LKA Sachsen mehrere Funkzellenabfragen in einem Ermittlungsverfahren wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung gemäß § 129 StGB angeregt.²⁷ Hierbei wurde unter anderem für einen Ort abseits des Demonstrationsgeschehens für den 18. und 19. 2. 2011 – also für 48 Stunden – eine Abfrage vorgenommen. Eine weitere betraf alle Verkehrsdaten, die tagsüber während 12 Stunden des 19. 2. 2011 in der Dresdner Südvorstadt angefallen waren – ein dicht besiedeltes innerstädtisches Gebiet, wo sich an diesem Tag in diesem Zeitraum das wesentliche Versammlungsgeschehen abspielte. Das betroffene Gebiet umfasste mehrere Straßenzüge und somit Dutzende Funkzellen. Insgesamt erhob das LKA Sachsen auf diesem Weg 896 072 Verkehrsdatensätze von 257 858 Rufnummern, die im „ermittlungsunterstützenden Fallanalyse-System“ (eFAS) gespeichert wur-

den.²⁸ Insgesamt wurden durch die Dresdner Funkzellenabfragen weit mehr als eine Million Datensätze mit Verkehrsdaten von mehr als 300 000 Betroffenen erstellt. Von etwa 55 000 Betroffenen wurden die Bestandsdaten nach §§ 112, 113 TKG abgefragt, also etwa Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnanschrift der Anschlussinhaber.²⁹

Im Januar 2012 wurde bekannt, dass auch die Berliner Polizei in großem Maßstab Verkehrsdaten mittels Funkzellenabfragen erhoben hat. Allein in Ermittlungsverfahren wegen mutmaßlich politisch motivierter Delikte, vor allem Autobrandstiftungen, sind laut Auskunft der amtierenden Polizeipräsidentin im Innenausschuss seit 2008 in etwa 400 Abfragen 4,2 Millionen Datensätze erlangt worden. Demnach wurde offenbar bei Brandstiftungen, die als politisch motiviert eingestuft wurden, standardmäßig eine Funkzellenabfrage angeordnet,³⁰ die bis zu mehrere Stunden rund um den Tatzeitpunkt erfasst hat. Soweit eine stärkere Eingrenzung vorgenommen wurde – in einem im Internet veröffentlichten Beschluss des AG *Tiergarten* vom November 2009 wurde die Abfrage für 75 Minuten rund um die Tatzeit und nur für solche Funkzellen angeordnet, in denen der Tatort liegt³¹ – betrafen die Maßnahmen oft dennoch ein Gebiet von mehreren Straßenzügen im dicht besiedelten Innenstadtbereich. Im Durchschnitt sind bei diesen Maßnahmen pro Abfrage etwa 5000 bis 15 000 Datensätze mit Verkehrsdaten erhoben worden. In mehr als 900 Fällen seien Anschlüsse bei fünf oder mehr Abfragen erfasst worden und wurden daraufhin die Bestandsdaten erhoben. Tatverdächtige wurden nicht ermittelt.³²

Beide Beispiele machen deutlich, dass die Funkzellenabfrage jedenfalls in Teilen der Praxis heute nicht mehr als Maßnahme mit Ausnahmecharakter angesehen wird. Dies gilt zum einen, da der besonders breite und tiefe Eingriff in das Fernmeldegeheimnis in bestimmten Konstellationen standardmäßig und ungezielt angeordnet wird, um einen Ermittlungsansatz erst zu generieren. Zum anderen haben das Ausmaß der einzelnen Abfragen und der Umfang der dabei erhobenen Daten in einem kaum vorstellbaren Ausmaß zugenommen. Die erheblichen Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit solch weitgehender Eingriffe lassen sich allerdings kaum durch die oben genannten, ausdrücklich von § 100g StPO für eine Funkzellenabfrage aufgestellten Voraussetzungen fassen. Weder der Tatverdacht für eine Straftat von erheblicher Bedeutung noch die Subsidiaritätsklausel sind in der Lage, eine Begrenzung der Funkzellenabfrage *in ihrem Ausmaß bzw. Umfang* zu bewirken. Daher erlangt an dieser Stelle der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als ungeschriebene Voraussetzung besondere Bedeutung.³³ Die im Raum stehenden Reformvorhaben³⁴ ändern daran wenig, da sie vor allem die Anordnungsvoraussetzungen erhöhen wollen, den Erhebungsumfang aber nicht klarer begrenzen.

²⁸ Bericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten (Fn. 26), S. 40.

²⁹ Antwort des Sächsischen Staatsministeriums des Inneren auf eine Kleine Anfrage des Abgeordneten Lichdi, LT-Drs. 5/7298.

³⁰ Berliner Morgenpost vom 23. 1. 2012.

³¹ <https://netzpolitik.org/wp-upload/FZA-Friedrichshain.pdf>, abgerufen am 18. 4. 2012.

³² Siehe den Bericht unter <http://netzpolitik.org/2012/funkzellenabfrage-im-berliner-innenausschuss-vier-millionen-abgefragte-daten-kein-ermittlungserfolg/>, abgerufen am 18. 4. 2012.

³³ Siehe etwa *LG Magdeburg StV* 2006, 125 f.; *LG Rostock StV* 2008, 461 f.

³⁴ BR-Drs. 532/11 vom 6. 9. 2011 und BT-Drs. 17/7033 vom 21. 9. 2011.

²⁴ Siehe etwa *LG Rottweil StV* 2005, 438; *LG Magdeburg StV* 2006, 125 f.

²⁵ *LG Stade StV* 2005, 434 f.; *Götz Kriminalistik* 2009, 403 ausdrücklich auch für die Rechtslage ab 1. 1. 2008; siehe auch *BGH NStZ* 2002, 107 f.; *LG Rottweil StV* 2005, 438.

²⁶ Bericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten vom 8. 9. 2011, LT-Drs. 5/6787, S. 4, 21 ff.

²⁷ Bericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten (Fn. 26), S. 39.

III. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Funkzellenabfragen

1. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Das Merkmal der Geeignetheit verlangt eine Förderung des verfolgten Zwecks, wobei eine Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.³⁵ Strafprozessuale Eingriffe müssen daher in der Lage sein, die Strafverfolgung, insbesondere die Aufklärung des jeweiligen Tatverdachts zu fördern. Dies kann bei einer Funkzellenabfrage vor allem aus zwei Gründen fraglich sein. Erstens ist es für einen Erfolg notwendig, dass der Täter ein Mobiltelefon bei sich führt, das ihm zugeordnet werden kann und über das in der fraglichen Zeit Kommunikation abgewickelt wird. Ist dies ausgeschlossen, ist die Maßnahme nicht geeignet. Zweitens nimmt die Eignung der Maßnahme in gleichem Maße ab, wie der Umfang der erhobenen Daten steigt. Anhand selbiger lässt sich für einzelne Personen schließlich kaum mehr sagen, als dass und wo sich ein dieser Person zugeordnetes Mobiltelefon in dem betreffenden Zeitraum befunden hat.³⁶ Je mehr Personen zur fraglichen Zeit am fraglichen Ort festgestellt werden, desto weniger aussagekräftig ist diese Feststellung und umso schwieriger – bis unmöglich – wird es, hieraus Ermittlungsansätze oder gar einen Tatverdacht zu generieren. Insofern kann auch der Umfang der Datenerhebung zu deren Ungeeignetheit führen.³⁷ Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung nur geringe Anforderungen an die Geeignetheit stellt.³⁸ In den meisten Fällen wird einer Funkzellenabfrage daher nicht jede potentielle Eignung abzuspochen sein, den Ermittlungszweck zu fördern.

Vergleichsweise strengere Anforderungen ergeben sich demgegenüber für das Merkmal der Erforderlichkeit. Dieses erlangt allerdings bei der Funkzellenabfrage faktisch keine eigenständige Bedeutung mehr, da sein Gehalt bereits in der vorrangig zu prüfenden Subsidiaritätsklausel enthalten ist.³⁹ Dieser zufolge darf nicht nur kein milderes, ebenso wirksames Mittel zur Verfügung gestanden haben, sondern die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise muss aussichtslos oder wesentlich erschwert gewesen sein. Danach müssen die Ermittler im Einzelfall alle sonstigen in Betracht kommenden Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft haben, deren Erfolgsaussichten nicht entscheidend niedriger sind⁴⁰, wozu etwa Zeugenvernehmungen oder die Auswertung von Bild- und Videomaterial gehören können. Vor diesem Hintergrund kann die Anordnung einer Funkzellenabfrage zu meist erst mit einigem zeitlichen Abstand zur Tat in Frage kommen.⁴¹

2. Angemessenheit

Das Merkmal der Angemessenheit verlangt, dass der Eingriff durch die Maßnahme und der damit angestrebte Zweck nicht außer Verhältnis stehen. Die Eingriffsintensität auf der einen und das Interesse an der Strafverfolgung auf der anderen Seite sind also gegeneinander abzuwägen.⁴² Vor allem auf

diesem Wege ist der zulässige *Umfang* einer Funkzellenabfrage zu bestimmen.

a) Eingriffsintensität

Für die Beurteilung der Eingriffsintensität sind zum einen die betroffenen Grundrechte und die damit in Verbindung stehende Eingriffsschwere von Relevanz. Zum anderen kommt der Quantität der Grundrechtsbeeinträchtigungen Bedeutung zu. Durch Funkzellenabfragen ist zunächst das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG betroffen, das neben Inhalten auch die Umstände der Telekommunikation schützt.⁴³ Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* handelt es sich bei Beeinträchtigungen dieses durch Art. 10 Abs. 1 GG vermittelten Schutzes um schwerwiegende Grundrechtseingriffe. Begründet wird dies unter anderem mit der Vertraulichkeit der betroffenen Daten, deren Umfang und der Streubreite der Maßnahmen, die in aller Regel – wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß – auch unbeteiligte Dritte treffen.⁴⁴ Für die Bestimmung der konkreten Eingriffsschwere kann sodann auf die Art und Dauer der Maßnahme abgestellt werden. Danach wiegen heimliche Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG schwerer als offene; längerfristige und systematische Eingriffe – die die Bildung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen ermöglichen – wiegen schwerer als punktuelle.⁴⁵

Nach diesem Maßstab beurteilt stellen Funkzellenabfragen als heimliche Maßnahmen Grundrechtseingriffe von ganz erheblicher Intensität dar. Zwar werden keine Kommunikationsinhalte, sondern lediglich Verkehrsdaten erhoben und ausgewertet. Auch hieraus lassen sich jedoch vielfältige, sensible Erkenntnisse gewinnen, wie etwa Sozial- bzw. Kommunikationsprofile und Bewegungsbilder. Aus diesem Grund sind diese Daten grundrechtlich besonders geschützt⁴⁶ und wird bereits die einfache Verkehrsdatenabfrage von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung generell als schwerer Grundrechtseingriff qualifiziert.⁴⁷ Für Funkzellenabfragen gilt dies angesichts ihrer Streubreite umso mehr. Da Eingriffe in Rechte Unverdächtigter in besonderer Weise rechtfertigungsbedürftig sind,⁴⁸ hängt die Eingriffsintensität einer Funkzellenabfrage maßgeblich vom Umfang der Betroffenheit unbeteiligter Dritter ab. Je mehr Unbeteiligte erfasst werden, desto schwerwiegender ist der ohnehin intensive Grundrechtseingriff.⁴⁹ Zum einen haben die Betroffenen in der Regel keinen Anlass gesetzt; zum anderen steigt für sie mit der Erfassung das Risiko, Gegenstand weiterer Ermittlungsmaßnahmen zu werden und unter Erklärungsdruck zu geraten.⁵⁰

Vor diesem Hintergrund wirkt sich der angesprochene Wandel in der Praxis der Funkzellenabfrage entscheidend in der Abwägung aus. Werden nicht mehr einige Dutzend oder einige Hundert Mobilfunknutzer betroffen, sondern Tausende oder gar Zehntausende, potenziert dies die Eingriffsintensität. In besonderem Maße gilt dies im Fall der Dresdner Funkzellenabfragen mit hunderttausendfachen Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis von mehr als 300 000 Telekom-

³⁵ Durner, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 63. Erg.-Lfg. 2011, Art. 10 Rn. 146.

³⁶ Allgemein dazu *Danckwerts* CR 2002, 539 (542).

³⁷ So etwa *LG Magdeburg* StV 2006, 125 f.

³⁸ *Stern* (Fn. 6), S. 778 f.

³⁹ Siehe *Pfeiffer/Hannich*, in: KK-StPO (Fn. 1), Einl. Rn. 31.

⁴⁰ Siehe *Meyer-Göfner* (Fn. 1), § 100a Rn. 13.

⁴¹ *LG Rostock* StV 2008, 461 f.

⁴² *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl. 2010, Rn. 406; *Schäfer*, in: *Löwe-Rosenberg* (Fn. 2), Vor § 94 Rn. 118.

⁴³ *BVerfGE* 67, 157 (172) (= JZ 1985, 32); 115, 166 (183).

⁴⁴ *BVerfGE* 110, 33 (53); 115, 320 (348); *Gusy*, in: *Festschrift für Schenke*, 2011, S. 398.

⁴⁵ *Durner*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 35), Art. 10 Rn. 148; *Gusy* (Fn. 44), S. 407 ff.

⁴⁶ *BVerfGE* 107, 299 (320); 115, 166 (189); *Welp* GA 2002, 535 (536).

⁴⁷ *BVerfGE* 107, 299 (318 ff.); siehe auch *BVerfGE* 113, 348 (364 f.); 115, 166 (183); 120, 274 (307).

⁴⁸ So allgemein *BVerfGE* 113, 29 (54).

⁴⁹ *LG Magdeburg* StV 2006, 125 f.

⁵⁰ So *BVerfGE* 125, 260 (320).

munikationsteilnehmern, die insofern beispiellos sind. Bei den Berliner Maßnahmen ist zwar zwischen den einzelnen Abfragen zu differenzieren. Aus dem Umfang der insgesamt erhobenen Daten wird jedoch deutlich, dass zumindest bei einem Teil der Abfragen Tausende von unbeteiligten Dritten betroffen waren.

Neben Art. 10 Abs. 1 GG können durch eine Funkzellenabfrage weitere Grundrechte betroffen sein. Im Fall der Dresdner Abfragen ist etwa zu berücksichtigen, dass in Teilen des betroffenen Gebietes in der fraglichen Zeit Versammlungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 GG stattgefunden haben. Die Versammlungsfreiheit gehört nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* zu den unentbehrlichen Funktionselementen des demokratischen Gemeinwesens.⁵¹ Der grundsätzlich unreglementierte, staatsfreie Charakter von Versammlungen darf nicht durch exzessive Observationen und Registrierungen verändert werden.⁵² Insbesondere dürfen polizeiliche Maßnahmen keine übermäßig abschreckende Wirkung entfalten, die den Einzelnen von der Ausübung seines Grundrechts abhält. Dies ist etwa bei Maßnahmen der Observation und Registrierung zu erwarten, da sich derjenige, der befürchten muss, dass seine Teilnahme an einer Versammlung behördlich registriert und ausgewertet wird, dazu veranlasst sehen kann, sein Verhalten an die Überwachungssituation anzupassen oder sogar gänzlich auf die Ausübung der Versammlungsfreiheit zu verzichten.⁵³ Angesichts dessen stellen Funkzellenabfragen – soweit sie zeitlich und örtlich besehen ein Versammlungsgeschehen betreffen – auch einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG dar. Dieser ist auch von besonderer Intensität, da er heimlich erfolgt und in der Regel die Totalerfassung sämtlicher Versammlungsteilnehmer bedeutet.

Schließlich ist für die Beurteilung der Eingriffsintensität auch zu berücksichtigen, ob bzw. dass besonders geschützte Rechtspositionen betroffen sein können. Neben dem Kernbereich privater Lebensgestaltung betrifft dies Berufsgeheimnisträger, denen das Grundgesetz bzw. die StPO einen besonderen Schutz gewähren.⁵⁴ Anhand der Verkehrsdaten sind Rückschlüsse etwa auf mögliche Mandatsverhältnisse von Rechtsanwälten, auf Quellen von Journalisten und die Tätigkeit von Abgeordneten möglich.⁵⁵ So war bekannt, dass zur fraglichen Zeit in Dresden in dem betroffenen Gebiet eine erhebliche Anzahl von Berufsgeheimnisträgern ihrer Tätigkeit nachgegangen ist, unter anderem Abgeordnete, Geistliche, Rechtsanwälte und Journalisten.

b) Strafverfolgungsinteresse

Auf der anderen Seite ist bei der Abwägung das Strafverfolgungsinteresse als Zweck der Maßnahme einzustellen. Für die Bestimmung des Gewichts dieses Interesses sind zwei Parameter von Bedeutung.⁵⁶ Zum einen die Schwere der Tat und des Tatverdachts, da mit diesen das Strafverfolgungsinteresse zunimmt. Die Dresdner Funkzellenabfragen wurden in Ermittlungsverfahren wegen schweren Landfriedensbruchs nach §§ 125, 125a StGB in 23 Fällen bzw. der Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB angeordnet; in Berlin ging es um Brandstiftung nach § 306 StGB. Diese

Tatbestände erfassen – abstrakt gesehen – schwere Taten. Ob und wie schwer die Tat im Einzelfall wiegt, ist anhand der konkreten Tatvorwürfe zu bestimmen.

Zum anderen sind die Erfolgsaussichten der Maßnahme zu berücksichtigen. Hierbei kommt es erstens auf den Auffindeverdacht an⁵⁷, also auf die Wahrscheinlichkeit, dass überhaupt relevante Daten erhoben werden können. Insofern ist an dieser Stelle erneut zu berücksichtigen, dass die Täter Mobilfunkgeräte mitgeführt und diese in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Tat auch benutzt haben müssen. Fehlt es an Anhaltspunkten hierfür, mindert dies den Auffindeverdacht. Zugleich ist davon auszugehen, dass mit zunehmender Bekanntheit solcher Strafverfolgungsmaßnahmen seltener zuzuordnende Handys mitgeführt werden.

Zweitens ist zu fragen, welche Bedeutung das potentielle Beweismittel im Fall des Auffindens für die Sachverhaltserforschung hat. Dabei ergibt sich bei der Funkzellenabfrage zunächst die Besonderheit, dass die relevanten Daten – nämlich die der Tatverdächtigen – erst einmal innerhalb der Gesamtheit der erfassten Daten identifiziert werden müssen. Dies ist umso schwieriger, je umfangreicher der Bestand der erhobenen Daten ist. Je mehr Daten also erhoben werden, desto geringer ist grundsätzlich die Bedeutung der Maßnahme für das Verfahren.⁵⁸ Wenn es gelingt, die relevanten Daten zu identifizieren, müssen weiterhin die jeweiligen Telefone bzw. Anschlüsse für den einschlägigen Zeitraum bestimmten Personen zugeordnet werden können. Ist auch dies möglich, bleibt die Aussagekraft der Ergebnisse gleichwohl begrenzt. Es lässt sich lediglich feststellen, dass sich eine bestimmte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort aufgehalten und wie sie kommuniziert hat. Selbst wenn dies für mehrere Orte festgestellt werden kann, kommt dem nur Indizien-Qualität zu. Diese ist wiederum umso schwächer, je belebter das jeweilige Gebiet zum fraglichen Zeitpunkt war.

Die Suche nach Mehrfachtreffern – also die Erfassung eines Gerätes bzw. einer Kennung an verschiedenen Tatorten – kann mithin grundsätzlich geeignet sein, einen Ermittlungsansatz zu generieren und somit ein gewisses Strafverfolgungsinteresse begründen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der bzw. die Täter kommuniziert haben.⁵⁹ Das Gewicht dieses Interesses hängt aber stark von den konkreten Umständen ab, insbesondere von der Aussagekraft, die einem festgestellten Treffer zukommt. Wird der gleiche Anschluss an zwei erheblich voneinander entfernten, wenig belebten Tatorten festgestellt, kommt dem ganz andere Bedeutung zu, als wenn die Tatorte in der gleichen Funkzelle liegen, in der etwa auch Anwohner doppelt erfasst werden.⁶⁰ Mit der Aussagekraft sinkt das in der Abwägung zu berücksichtigende Strafverfolgungsinteresse. Von einem besonderen Strafverfolgungsinteresse wird in der Regel nur gesprochen werden können, wenn bereits zwei Treffer an verschiedenen Tatorten in der Lage sind, einen Ermittlungsansatz bzw. Tatverdacht zu begründen.

Durch die Dresdner Funkzellenabfragen mögen daher angesichts des angefallenen Umfangs der Daten zwar eine Strukturaufklärung und also eine allgemeine Ausforschung des Protestgeschehens möglich sein – wer bewegt sich mit wem zusammen wie wohin bzw. kommuniziert miteinander. Konkrete Handlungen lassen sich anhand der Daten aber

⁵¹ *BVerfGE* 69, 315 (345 ff.) = JZ 1986, 27 mit Anm. *Schenke*.

⁵² *BVerfGE* 69, 315 (349).

⁵³ Vgl. *BVerfGE* 122, 342 (369).

⁵⁴ Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 232a; *Schäfer*, in: *Löwe-Rosenberg* (Fn. 2), Vor § 94 Rn. 125.

⁵⁵ Siehe zur Schutzbedürftigkeit mitbetroffener Vertrauensverhältnisse auch *BVerfGE* 113, 29 (53).

⁵⁶ Näher *BVerfGE* 96, 44 (51); 113, 29 (53); 115, 166 (197 f.); 124, 43, (66 f.).

⁵⁷ Siehe etwa *BVerfGE* NJW 2007, 2752 f.

⁵⁸ *LG Magdeburg* StV 2006, 125 f.

⁵⁹ Siehe etwa *LG Rostock* StV 2008, 461 f.

⁶⁰ *Henrichs/Wilhelm* Die Kriminalpolizei 1/2010, 26 (26 f.).

nicht nachweisen. Angesichts der Masse der in dem Gebiet befindlichen und dementsprechend erfassten Personen lassen sich auch aus den Bewegungsprofilen der erfassten Mobiltelefone kaum belastbare Schlüsse ziehen.⁶¹ Hieraus können allenfalls Ermittlungsansätze generiert werden, denen mit weiteren Ermittlungsmaßnahmen nachgegangen werden müsste.

c) Abwägung

In einem dritten Schritt sind im Rahmen der Angemessenheit schließlich die zuvor erörterten Belange für jede Einzelmaßnahme gegeneinander abzuwägen. Die Funkzellenabfrage bedeutet wie ausgeführt einen besonders schwerwiegenden Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG – insbesondere wegen der massiven Streubreite der Maßnahme. Damit wird der Umfang der jeweiligen Datenerhebung zu einem zentralen Kriterium bei der Abwägung. Die fachgerichtliche Rechtsprechung verlangt insofern ebenso wie der Wortlaut des § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO eine enge zeitliche und räumliche Begrenzung der Abfrage, so dass unbeteiligte Dritte so wenig wie möglich in ihren Grundrechten beeinträchtigt werden.⁶² Ist eine hinreichende Begrenzung nicht möglich, muss die Maßnahme unterbleiben.⁶³

Zwar variieren die Anforderungen an die Begrenzung mit dem Grad des Strafverfolgungsinteresses. Selbst bei Ermittlungen wegen sehr schwerer Straftaten darf das Ausmaß der erhobenen Daten aber einen gewissen Rahmen nicht überschreiten. Dies gilt nicht allein deshalb, weil sich mit zunehmendem Umfang der Datenerhebung die Eingriffsintensität der Maßnahme enorm intensiviert. Zugleich nehmen auch ihre Erfolgsaussichten erheblich ab, weil der Erkenntnisgewinn sinkt, wenn Tausende Anschlüsse erfasst werden.⁶⁴ Ab einem gewissen Grad führen der Umfang der Erhebung und die damit einhergehende übermäßige Betroffenheit unbeteiligter Dritter daher auch unabhängig von der Schwere der Tat und des Tatverdachts zur Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Diese Grenze dürfte jedenfalls erreicht sein, wenn Tausende von Anschlüssen erfasst werden, ohne dass ausnahmsweise ein aus sonstigen Gründen massiv gesteigertes Strafverfolgungsinteresse vorliegt.

Um eine angemessene Begrenzung der Datenerhebung zu erreichen, ist die Maßnahme zeitlich und örtlich möglichst weitgehend einzugrenzen⁶⁵ – in der Regel auf die Funkzelle des konkreten Tatorts und eine kurze Zeitspanne rund um die konkrete Tatzeit. Wie eng die Begrenzung auszufallen hat, hängt insbesondere auch von der Prognose ab, mit welchem Telekommunikationsaufkommen in der betreffenden Zelle zur fraglichen Zeit zu rechnen ist. Je mehr unbeteiligte Dritte danach voraussichtlich betroffen sein werden, umso enger ist die Maßnahme zu begrenzen. Insbesondere in eng besiedelten innerstädtischen Bereichen mit entsprechend stark genutzten Funkzellen kann dies zu der Situation führen, dass eine angemessene Begrenzung praktisch gar nicht zu erreichen ist: Örtlich ist keine genauere Eingrenzung als auf eine Funkzelle möglich; zeitlich gesehen können selbst in einer relativ kurzen Zeitspanne Tausende von Verkehrsdaten in einer solchen Zelle anfallen.

Für die Suche nach Mehrfachtreffern im Besonderen ergibt sich daraus folgendes: Zwar ist jede Maßnahme für sich zu beurteilen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Mehrfachtreffersuche von vorneherein auf mehrere Abfragen ausgelegt ist und sich also mit jeder Abfrage die Eingriffstiefe verstärkt. Umgekehrt sinken mit jeder weiteren Abfrage ohne Treffer, der eine hinreichende Aussagekraft aufweist, in der Regel die Erfolgsaussichten und daher das Strafverfolgungsinteresse. Auch hier ist daher ab einem gewissen Grad die weitere Suche mit weiteren Funkzellenabfragen nicht mehr angemessen und daher unverhältnismäßig. Dieses Maß ist jedenfalls erreicht, wenn bei in gewisser Häufigkeit auftretenden Delikten quasi standardmäßig eine Abfrage vorgenommen wird. Insbesondere bei der Mehrfachtreffersuche ist es daher erforderlich, dass der anordnende Richter bei seiner Entscheidung auch andere bereits durchgeführte oder in der Zukunft anstehende Abfragen in seine Abwägung einbezieht. Für die beantragende Staatsanwaltschaft ergibt sich hieraus die Notwendigkeit zu entsprechendem Sachvortrag bei der Beantragung.⁶⁶

Diesem Maßstab und damit dem Ausnahmecharakter der Maßnahme wird die neuere zu beobachtende Praxis der Funkzellenabfrage nicht gerecht. Bei den Berliner Abfragen überrascht – auch ohne Kenntnis aller Details – das Verhältnis zwischen Ausmaß der Maßnahmen und dem Strafverfolgungsinteresse. Auf der einen Seite stehen Hunderte von Abfragen mit mehreren Millionen erhobener Datensätze. Auf der anderen Seite fehlt es nicht nur an der erfolgreichen Begründung eines Ermittlungsansatzes im Ergebnis. Offenbar waren die erhobenen Daten auch so wenig aussagekräftig, dass erst ab fünf Treffern in fünf verschiedenen Abfragen weitere Ermittlungen vorgenommen wurden. Es liegt nahe, dass dies mit der Masse der erhobenen Daten in Verbindung steht. Bei den Dresdner Abfragen ergibt sich die Unverhältnismäßigkeit gleich aus mehreren Gesichtspunkten. Zunächst steht bei Teilen der Funkzellenabfragen bereits der Umfang der Maßnahme außer Verhältnis zum verfolgten Zweck. Soweit die Abfragen entweder Dutzende Stunden betrafen oder über Stunden verschiedene Zellen in dicht besiedelten Wohngebieten abgefragt und dadurch mehrere Zehntausend bzw. Hunderttausend Unbeteiligte in ihren Grundrechten beeinträchtigt wurden, fehlt es an einer hinreichenden Begrenzung.⁶⁷

Soweit die Abfragen nicht bereits *allein* wegen ihres Umfangs unverhältnismäßig sind, ergibt sich dies aus einer Abwägung der sonstigen Umstände. Auch bei den durch die „Soko 19/2“ angeregten Maßnahmen, die für sich jeweils eine gewisse zeitliche und örtliche Begrenzung aufweisen, wurden Zehntausende Unbeteiligte, darunter zahlreiche Berufsheimnisträger, in ihren Grundrechten beeinträchtigt. Dem stehen auf der anderen Seite nur geringe Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Aufklärung konkreter Straftaten gegenüber. Zwar mag die Auswertung der erlangten Daten Strukturkenntnisse erbringen. Zweck der Maßnahme ist jedoch die Aufklärung konkreter Straftaten, weshalb es auf die Bedeutung im Strafverfahren ankommt.⁶⁸ Der diesbezügliche Fortschritt durch die Funkzellenabfragen ist aber – auch wenn sie im Einzelfall einen Ermittlungsansatz erbringen mögen – wie dargestellt als gering einzustufen. Dieser Zweck vermag daher auch nur entsprechend geringe Grund-

⁶¹ Allgemein dazu *Danckwerts* CR 2002, 539 (542).

⁶² Siehe *LG Stade* StV 2005, 434; *LG Rottweil* StV 2005, 438; *LG Magdeburg* StV 2006, 125 f.; *Bär* (Fn. 16), § 100g Rn. 23; *Danckwerts* CR 2002, 539 (542); *Sankol* JuS 2006, 698 (702).

⁶³ *Wolter*, in: SK-StPO (Fn. 1), § 100g Rn. 48; so ausdrücklich auch schon der Gesetzgeber, BT-Drs. 16/5846, S. 55.

⁶⁴ *LG Magdeburg* StV 2006, 125 f.

⁶⁵ *Henrichs/Wilhelm* Die Kriminalpolizei 1/2010, 26 (27).

⁶⁶ *LG Rostock* StV 2008, 461 f.

⁶⁷ Siehe auch den Bericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten (Fn. 26), S. 43 ff.

⁶⁸ Siehe *BVerfGE* 124, 43 (66 f.); *Danckwerts* CR 2002, 539 (542).

rechtseingriffe zu legitimieren. Diese Grenze ist hier sehr deutlich überschritten.

Soweit die Dresdner Abfragen schließlich Zeit und Ort von Versammlungen betreffen, die den Schutz von Art. 8 Abs. 1 GG genießen, begründet auch dies unabhängig vom sonstigen Erhebungsumfang die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Die heimliche Totalerfassung einer von Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Versammlung, die zudem selbst nicht den Anlass der Maßnahme bildet, überwiegt das Strafverfolgungsinteresse grundsätzlich, hier sogar ganz erheblich. Dies gilt insbesondere angesichts der Einschüchterungseffekte, die sich aus der Möglichkeit ergeben, heimlich die Identität sämtlicher Versammlungsteilnehmer festzustellen.

3. Folgen für die Verwertbarkeit

Die strafprozessuale Maßnahme der Funkzellenabfrage ist in ihrem Ausmaß eng zu begrenzen. Die einzige tatbestandliche Voraussetzung des § 100g StPO, die geeignet ist, diese Begrenzung umzusetzen, ist das ungeschriebene Merkmal der Verhältnismäßigkeit. Dessen Nichtbeachtung erlangt Bedeutung auch hinsichtlich der Verwertbarkeit der erhobenen Daten in etwa folgenden Strafverfahren. Nach der Rechtsprechung sind rechtswidrig erlangte Beweise zwar nicht generell unverwertbar, sondern ist über das Vorliegen eines Verwertungsverbotes anhand einer Abwägung zu entscheiden.⁶⁹ Dabei erlangen jedoch die dargestellten Überlegungen Bedeutung. Insbesondere kann sich bei der Funkzellenabfrage die Unverwertbarkeit daraus ergeben, dass die Maßnahme erstens evident rechtswidrig und zweitens zur Ermittlung von Tatverdächtigen ungeeignet war.⁷⁰

IV. Verhältnismäßigkeit bei der weiteren Datenverwendung

Gemäß dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG und der diesbezüglichen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung unterliegen die durch eine Funkzellenabfrage gewonnenen personenbezogenen Daten dem Zweckbindungsgrundsatz.⁷¹ Sie dürfen grundsätzlich also nur in dem Strafverfahren Verwendung finden, in dem sie auch erhoben wurden. Sollen derart gebundene Daten für andere Strafverfahren oder gar für präventivpolizeiliche Zwecke genutzt werden, ist eine Zweckumwidmung erforderlich, die einer Rechtsgrundlage bedarf.⁷² Diese stellt für besonders eingriffsintensive strafprozessuale Maßnahmen wie die Funkzellenabfrage § 477 Abs. 2 Satz 2 bzw. 3 StPO bereit. Nach hier vertretener Auffassung lassen diese Vorschriften allerdings nur eine Umwidmung rechtmäßig erhobener Daten zu.⁷³ Unabhängig davon ist auch bei jeder Umwidmung erneut der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, wobei die vorstehenden Ausführungen entsprechend gelten.

Weiterhin sind die Daten nach § 101 Abs. 3 StPO zu kennzeichnen und gemäß § 101 Abs. 8 StPO unverzüglich zu löschen bzw. zu sperren, wenn sie nicht mehr benötigt

werden. Selbst wenn die Datenerhebung durch die Maßnahme rechtmäßig erfolgt ist, ist dabei zu berücksichtigen, dass die Speicherung grundrechtsrelevant ist und in hohem Maße Unbeteiligte trifft. Während bei anderen Eingriffsmaßnahmen, wie etwa Durchsuchungen und Datenbeschlagnahmen, eine Beschränkung des Beweismaterials in der Anordnung bzw. bei der Maßnahme vorzunehmen ist⁷⁴, lässt sich dies bei der Funkzellenabfrage nicht bewerkstelligen. Umso bedeutsamer wird die unverzügliche Datenreduktion im Anschluss an die Maßnahme, die sich ebenso an den dargelegten Verhältnismäßigkeitsmaßstäben zu orientieren hat. Diese Anforderungen erlangen im Fall der Dresdner Funkzellenabfragen besondere Bedeutung. So wurden etwa vom LKA 896 072 Datensätze an die Polizeidirektion Dresden übermittelt. In mehreren Dutzend Fällen haben die Daten Eingang in sonstige Strafverfahren gefunden, die nicht den Anforderungen des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO genügen.⁷⁵ Schließlich wurden die Daten in eine polizeiliche Ermittlungssoftware eingespeist, die zur Auswertung und Verknüpfung verschiedener Arten von Daten in der Lage ist.⁷⁶ Bei den Berliner Funkzellenabfragen verwundert, dass im Januar 2012 1,7 der 4,2 Millionen erhobenen Datensätze noch nicht gelöscht waren.

V. Schluss

Die Praxis strafprozessualer Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen immer wieder nicht gerecht.⁷⁷ Insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird, wenn er nur als ungeschriebene Voraussetzung auftritt, in der Praxis mitunter vollständig in den Hintergrund gedrängt.⁷⁸ In den Anordnungen der Dresdner Funkzellenabfragen etwa findet sich keine Auseinandersetzung mit der Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahme, obwohl sich dies aufgrund des zu erwartenden Erhebungsumfangs aufgedrängt hätte. Der öffentlich gewordene Beschluss aus Berlin setzt sich hinsichtlich des Umfangs ebenfalls nicht mit der Verhältnismäßigkeit auseinander.

Die dargestellte Problemlage ist indes nicht auf die Funkzellenabfrage begrenzt, sondern Teil einer allgemeinen Entwicklung. Die weiter zunehmende Bedeutung gespeicherter Daten führt zu einem wachsenden Interesse und neuen technischen Möglichkeiten bei den Strafverfolgungsbehörden. So machen die kaum zu überschauenden Datenmengen, die durch umfangreiche Funkzellenabfragen anfallen, für die Strafverfolgungsbehörden nur – aber eben auch gerade – Sinn, weil Ihnen mit der genannten Ermittlungssoftware eine Möglichkeit zur weiterführenden Auswertung zur Verfügung steht. Dies führt aber auch zu erheblich gravierenderen Grundrechtsbeeinträchtigungen.⁷⁹ Die rechtlichen Begrenzungen in Form der einschlägigen Eingriffsgrundlagen sind hierauf nicht eingestellt. Dies betrifft nicht alleine die Funkzellenabfrage, sondern alle Ermittlungsmaßnahmen, mit denen Daten beschafft werden können, wie etwa auch die Beschlagnahme. An dieser Stelle kommt dem Grundsatz

⁶⁹ Siehe Eisenberg (Fn. 15), Rn. 362 ff.

⁷⁰ LG Stade StV 2005, 434 m. zust. Anm. Rentzel-Rothe/Wesemann.

⁷¹ Allgemein BVerfGE 65, 1 (46); 100, 313 (360); Eisenberg (Fn. 15), Rn. 2470a.

⁷² BVerfGE 100, 313 (360f., 385); 109, 279 (375ff.); 110, 33 (68ff.); umfassend dazu Singelstein ZStW 120 (2008), 854 (857ff.), wonach dies auch die Verwendung als Spurenansatz betrifft, da auch diese eine Nutzung der Daten im Sinne der verfassungsrechtlichen Vorgaben darstellt.

⁷³ Singelstein ZStW 120 (2008), 854 (888f.).

⁷⁴ BVerfGE 115, 166 (198).

⁷⁵ Bericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten (Fn. 26), S. 21 f.

⁷⁶ Bericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten (Fn. 26), S. 38.

⁷⁷ So auch Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 35), Art. 10 Rn. 194: „Auseinanderklaffen von Verfassungsrecht und Justizalltag“.

⁷⁸ Medieninformation des Sächsischen Datenschutzbeauftragten vom 9. 9. 2011, S. 2: „Bei meiner Kontrolle hat sich der Eindruck bestätigt, dass die Funkzellenabfrage als Standardermittlungsmaßnahme betrachtet wurde und eine notwendige Rechtsgüterabwägung, wenn überhaupt, nur unzureichend erfolgte.“

⁷⁹ Singelstein ZStW 120 (2008), 854 (856f.).

der Verhältnismäßigkeit eine besondere, neue Bedeutung zu, um solche Zugriffe im Umfang zu begrenzen.

Im Fall der Funkzellenabfrage könnte der Gesetzgeber diesem Problem auf verschiedene Weise begegnen. Als erstes wäre an die Abschaffung der Maßnahme zu denken.⁸⁰ Alternativ könnten strengere bzw. klarere Anforderungen eingeführt werden. So sollte statt der versteckten Befugnis eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfolgen, die dem Ausnahmecharakter und der Eingriffsintensität der Maßnahme gerecht wird. Daneben sollten einerseits eigenständige tatbestandliche Voraussetzungen zur Begrenzung des Erhebungsumfangs eingeführt werden.⁸¹ Andererseits könnten

die Begründungsanforderungen für die richterlichen Anordnungen erhöht werden, um eine eingehende Prüfung formell abzusichern. Weiterhin ist an Konsequenzen bei Missachtung der gesetzlichen Vorgaben zu denken. Hier ließe sich etwa der diesbezügliche Rechtsschutz weiter ausbauen und erleichtern; für das Strafverfahren ist an Verwertungsverbote als Fehlerfolge zu denken. Schließlich ist der Gesetzgeber angesichts der beschriebenen steigenden Bedeutung von gespeicherten Daten dringend aufgerufen, klarere Regelungen für die weitere Verwendung der einmal erhobenen Daten zu schaffen.⁸²

⁸⁰ So der Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion der Linkspartei (BT-Drs. 17/7335 vom 18. 10. 2011) sowie die Stellungnahme des DAV, Nr. 11/2012, Februar 2012.

⁸¹ Dies berücksichtigen die Gesetzentwürfe aus Sachsen (BR-Drs. 532/11 vom 6. 9. 2011) und von Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/7033 vom

21. 9. 2011) nur insofern, als sie die zur Anordnung berechtigenden Taten klarer bzw. enger fassen.

⁸² In diese Richtung der Gesetzentwurf aus Sachsen und von Bündnis 90/Die Grünen (Fn. 81).

Titus Walek, Frankfurt a. M.*

Kein gutgläubiger Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG bei Veräußerungsverboten, bedingten Verfügungen, Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung

Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 20. 9. 2011 – II ZB 17/10**

Der BGH (JZ 2012, 633, in diesem Heft) hat entschieden, dass im Fall einer bedingten Verfügung über einen GmbH-Geschäftsanteil ein gutgläubiger Erwerb gemäß § 161 Abs. 3 BGB i. V. mit § 16 Abs. 3 GmbHG nicht möglich ist. Der Beitrag zeigt auf, wieso die Begründung des BGH mit der § 161 Abs. 3 BGB und den Parallelvorschriften der §§ 135 Abs. 2, 2113 Abs. 3, 2211 Abs. 2 BGB zu Grunde liegenden gesetzlichen Wertung nicht vereinbar, die Entscheidung aber im Ergebnis dennoch zutreffend ist.

I. Die Entscheidung

Der BGH¹ hat am 20. 9. 2011 zu der umstrittenen Frage Stellung bezogen, ob im Falle einer aufschiebend bedingten Abtretung eines Geschäftsanteils an einer GmbH ein gutgläubiger Erwerb gemäß § 161 Abs. 3 BGB i. V. mit § 16 Abs. 3 GmbHG möglich ist. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte der beurkundende Notar im Anschluss an die aufschiebend bedingte Abtretung eines Geschäftsanteils eine Gesellschafterliste der betroffenen Gesellschaft eingereicht, in der die bedingte Abtretung vermerkt war. Wie sich aus den Gründen der vorinstanzlichen Entscheidung² ergibt, hatte der Notar zur Begründung der Zulässigkeit eines solchen Vermerks vorgetragen, der Abtretungsempfänger müsse davor geschützt werden, dass der Gesellschafter vor Eintritt der Bedingung ein weiteres Mal über den betroffenen Geschäftsanteil verfügt und diese Zwi-

schenverfügung gemäß § 161 Abs. 3 BGB i. V. mit § 16 Abs. 3 GmbHG auch bei Eintritt der Bedingung wirksam bleibt. Der BGH hat demgegenüber den Standpunkt eingenommen, die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs gemäß § 161 Abs. 3 BGB i. V. mit § 16 Abs. 3 GmbHG durch eine während der Schwebezeit von dem (Noch-)Gesellschafter vorgenommene Verfügung bestehe auch ohne Einreichung einer die bedingte Verfügung ausweisenden Gesellschafterliste nicht³ und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Ob ein gutgläubiger Erwerb nach bedingter Verfügung möglich sei, bestimme sich „nicht allein nach § 161 Abs. 3 BGB, sondern vorrangig nach denjenigen Vorschriften, die einen Gutgläubensschutz für den jeweiligen Verfügungsgegenstand vorsehen“, hier also nach § 16 Abs. 3 GmbHG.⁴ Die Rechtsscheinwirkungen des § 16 Abs. 3 GmbHG könnten jedoch nur so weit reichen, wie die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger den für den Rechtsverkehr maßgeblichen Vertrauenstatbestand begründen kann.⁵ Für die Abwesenheit vorgängiger bedingter Verfügungen könne sie einen solchen Vertrauenstatbestand nicht begründen, da sie keine Aussagen über die Freiheit von Belastungen des Geschäftsanteils mit Anwartschaftsrechten Dritter oder den Gesellschafter treffenden Verfügungsbeschränkungen enthielte.⁶ Aus dem Umstand, dass im Liegenschaftsrecht bestimmte Verfügungsbeschränkungen (einschließlich der aus § 161 BGB) dem Erwerber gegenüber gemäß § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann wirksam wären, wenn sie im Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt sind, ergebe sich keine abweichende

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.

** BGH JZ 2012, 633 ff., in diesem Heft.

¹ BGH JZ 2012, 633 ff.

² OLG Hamburg NZG 2010, 1157 f.

³ BGH JZ 2012, 633, 635 Rn. 14.

⁴ BGH JZ 2012, 633, 635 Rn. 15.

⁵ BGH JZ 2012, 633, 635 Rn. 16.

⁶ BGH JZ 2012, 633, 635 f. Rn. 16–19.