



Ausarbeitung

**Fragen zur Verfassungsmäßigkeit von Funkzellenabfragen nach
§ 100g Abs. 3 Strafprozessordnung**

**Fragen zur Verfassungsmäßigkeit von Funkzellenabfragen nach § 100g Abs. 3
Strafprozessordnung**

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 197/17
Abschluss der Arbeit: 13. Oktober 2017
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Einleitung

Funkzellenabfragen nach § 100g Abs. 3 Strafprozessordnung (StPO) sind ein Mittel der Strafverfolgung zur verdeckten nachträglichen Erhebung von Verkehrsdaten in einem räumlich und zeitlich eingegrenzten Gebiet.¹ Während die Regelung zur Erhebung von Verkehrsdaten in § 100g Abs. 1 StPO auf die Erhebung ebensolcher von Tatverdächtigen oder deren Kontaktpersonen zielt, ist eine Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 StPO auf die Erhebung der Daten aller in der Funkzelle anwesenden Personen mit Mobilfunkendgerät gerichtet. Je nach Umständen des Einzelfalls ist damit eine erhebliche Zahl an Unbeteiligten von der Datenerhebung betroffen.

Vor diesem Hintergrund wird gefragt, inwieweit die Regelung zur Funkzellenabfrage in § 100g Abs. 3 StPO bzw. deren Umsetzung in der Praxis gegenüber Abgeordneten und Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern mit der Verfassung vereinbar ist.

2. Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 100g Abs. 3 StPO in Hinblick auf Abgeordnete und Berufsheimlichkeitsgeheimnisträger

2.1. Voraussetzungen für eine Funkzellenabfrage

Für die Durchführung einer Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 StPO gelten drei Voraussetzungen, die in § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 1-3 StPO normiert sind und kumulativ vorliegen müssen.

Zunächst müssen die Voraussetzungen des § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO erfüllt sein (Nr. 1). Es müssen also bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine **Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung** begangen hat oder – in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist – eine entsprechende Tat zu begehen versucht hat oder durch eine Straftat vorbereitet hat. Beispielhaft („insbesondere“) verweist der Gesetzgeber dabei auf den Katalog der schweren Straftaten in § 100a Abs. 2 StPO, zu dem aus dem Strafgesetzbuch u.a. Mord und Totschlag, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung sowie Raub und Erpressung zählen.² Ferner ist die Funkzellenabfrage nur zulässig, soweit die Erhebung der Daten in einem **angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache** steht (Nr. 2). Schließlich ist die Erhebung nur zulässig, soweit die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten **auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert** wäre (Nr. 3).

Die **erforderliche gerichtliche Anordnung**, die Datenkennzeichnung und -auswertung sowie die Benachrichtigungspflichten bei der Erhebung von Verkehrsdaten sind in § 101a i.V.m. § 100e StPO

1 Vgl. Sächsischer Datenschutzbeauftragter, Bericht zu den nichtindividualisierten Funkzellenabfragen und anderen Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung durch Polizei und Staatsanwaltschaft Dresden in Bezug auf den 13., 18. und 19. Februar 2011 in Dresden, LT-Drs. 5/6787, S. 8 ff., dort zum Folgenden.

2 Vgl. hierzu BVerfGE 107, 299 (322): „Die Orientierung an dem Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung und die Angabe von Regelbeispielen werden auch sonst in der Rechtsordnung als Begrenzungsmerkmal für Ermittlungsmethoden eingesetzt (vgl. BVerfGE 103, 21 [33 f.]; BGHSt 42, 139 [157]). Damit wird verdeutlicht, dass derartige Eingriffe nur bei Straftaten gerechtfertigt sind, denen der Gesetzgeber allgemein ein besonderes Gewicht beimisst. Ferner muss die Straftat im konkreten Fall erhebliche Bedeutung haben (vgl. BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, NJW 2001, S. 2320 [2321]; VerfG des Landes Brandenburg, StV 2002, S. 57 [58]), etwa auf Grund des angerichteten Schadens und des Grads der Bedrohung der Allgemeinheit (vgl. Welp, GA 2002, S. 535 [539]).“

geregelt. Dabei werden unter anderem detailliert der **Inhalt der Entscheidungsformel** der Anordnung vorgegeben (§ 100e Abs. 3 i.V.m. § 101a Abs. 1 S. 3 StPO) und Anforderungen an die **Begründung der Anordnung** gestellt (§ 101a Abs. 2 StPO). So sind bei der Anordnung oder Verlängerung einer entsprechenden Maßnahme in der Begründung einzelfallbezogen insbesondere die wesentlichen Erwägungen zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme, auch hinsichtlich des Umfangs der zu erhebenden Daten und des Zeitraums, für den sie erhoben werden sollen, darzulegen.

Die Regelung des § 100g Abs. 3 StPO in ihrer **heutigen Form** geht zurück auf das **Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten** aus 2015. Die Neufassung der Regelung wurde in den Gesetzesmaterialien insbesondere damit begründet, dass im Vergleich zur vorherigen Rechtslage engere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Funkzellenabfrage notwendig seien, um die „unverhältnismäßige Beeinträchtigung einer Vielzahl von Betroffenen zu vermindern“.³ Unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien zur bisherigen Rechtslage (BT-Drs. 16/5846, S. 55) wird die **Bedeutung der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall** betont. Eine Funkzellenabfrage könne im Einzelfall aus Verhältnismäßigkeitsgründen zeitlich und örtlich weiter zu begrenzen sein oder müsse unterbleiben, wenn eine solche Begrenzung nicht möglich sei und das Ausmaß, in dem Dritte betroffen seien, als unangemessen erscheine. Bei den anordnenden Stellen solle das Bewusstsein dafür geschärft werden, dass es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets einer besonderen Abwägung insbesondere im Hinblick darauf bedürfe, dass durch die Funkzellenabfrage in regelmäßig unvermeidbarer Weise Verkehrsdaten Dritter erhoben würden.⁴

2.2. Diskussion der Betroffenheit von Abgeordneten und Berufsheimlichkeitsgeheimträgern in der Gesetzgebungsgeschichte

Die Frage der allgemeinen Zulässigkeit des Instruments der Funkzellenabfrage und die Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 110g Abs. 3 StPO in ihrer vorherigen Fassung waren Gegenstand einer **rechtspolitischen Diskussion im Jahr 2011**. Die Diskussion wurde durch **Funkzellenabfragen in Dresden** ausgelöst, die im Zusammenhang mit den dort zum 66. Jahrestag der Bombardierung der Stadt stattfindenden Versammlungen durchgeführt wurden. Dabei wurden den Behörden knapp 140.000 Verkehrsdaten übermittelt, die mit knapp 900.000 Datensätzen aus einem anderen Ermittlungsverfahren, die neben Verkehrsdaten auch Bestandsdaten enthielten, verbunden wurden.⁵

Im Rahmen dieser Diskussion wurden im Bundestag von der Fraktion DIE LINKE. ein Gesetzentwurf zur Abschaffung des Instruments der Funkzellenabfrage⁶ sowie von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ein Gesetzentwurf zur Anhebung der materiellen Eingriffsschwellen bei der

3 BT-Drs. 18/5088, S. 32.

4 BT-Drs. 18/5088, S. 33.

5 Sächsischer Datenschutzbeauftragter, Bericht zu den nichtindividualisierten Funkzellenabfragen und anderen Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung durch Polizei und Staatsanwaltschaft Dresden in Bezug auf den 13., 18. und 19. Februar 2011 in Dresden, LT-Drs. 5/6787, S. 4.

6 BT-Drs. 17/7335.

Funkzellenabfrage⁷ eingebracht.⁸ In beiden Gesetzentwürfen wird auch auf die **Frage der Betroffenheit von Abgeordneten und Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern** eingegangen.

Im Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE. heißt es hierzu:

„Wenn sich außerdem beispielsweise Journalistinnen und Journalisten und Abgeordnete in der Funkzelle befinden oder mit ihnen aus der Funkzelle heraus kommuniziert wird, sind zusätzlich die Pressefreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 GG und das durch Artikel 38 Absatz 1 Satz 2 GG geschützte freie Mandat beeinträchtigt.“⁹

Im Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wird anknüpfend an die Vorfälle in Dresden hierzu ausgeführt:

„Darüber hinaus wurde in Schutzbereiche von Journalisten, Geistlichen, Rechtsanwälten, Ärzten sowie Land- und Bundestagsabgeordneten eingegriffen (vgl. hierzu ausführlich die Unterrichtung des sächsischen Datenschutzbeauftragten, a.a.O.).“¹⁰

Im **Rechtsausschuss** wurde zu den beiden genannten Gesetzentwürfen eine **Sachverständigenanhörung** durchgeführt. Dabei nahmen einige der Sachverständigen auch zur Frage der Betroffenheit von Abgeordneten und Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern Stellung:

Bannasch, der Stellvertreter des Sächsischen Datenschutzbeauftragten, vertritt in seiner Stellungnahme die Auffassung, dass das **Instrument der Funkzellenabfrage nicht per se unverhältnismäßig** sei, sondern erst, wenn sich nach den **Umständen des Einzelfalls** ein Missverhältnis ergebe.¹¹ Maßgeblich seien dabei insbesondere die Anzahl der betroffenen Dritten, der abgefragte Zeitraum, eventuell weitere berührte Grundrechte (zum Beispiel Versammlungsfreiheit) und eventuell weitere einfache Rechte (zum Beispiel die besonderen **Rechte der Abgeordneten, Journalisten und Strafverteidiger** nach § 163a StPO).

Ähnlich argumentiert **Buermeyer**, Richter am Landgericht Berlin. Er betont, dass der **Ermittlungsrichter**, der die Anordnung und damit auch die Verhältnismäßigkeit einer Funkzellenabfrage prüfe, auch **berücksichtigen müsse, in welchem Maße** die Maßnahme voraussichtlich die Kommunikation

7 BT-Drs. 17/7033.

8 Der Vollständigkeit halber sei auch auf den Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen für ein Gesetz zur Neuregelung der nichtindividualisierten Verkehrsdatenerhebung, der ebenfalls eine Beschränkung der Erhebungsbefugnis vorsieht, in BR-Drs. 532/11 hingewiesen.

9 BT-Drs. 17/7335, S. 6.

10 BT-Drs. 17/7033, S. 5.

11 Bannasch, Stellungnahme vom 7. Februar 2012, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2930&id=1223> (zuletzt abgerufen am 11. Oktober 2017), S. 3.

von **Seelsorgern, Journalisten, Abgeordneten oder Rechtsanwälten** in spezifischer Weise **erfasst** werde.¹²

Studenroth, Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Göttingen, räumt ein, dass mit der Abfrage von Funkzellendaten in das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG eingegriffen werde, betont aber gleichzeitig, dass bei einer Funkzellenabfrage die Annahme eines **Eingriffs in die Schutzbereiche von Journalisten, Geistlichen, Rechtsanwälten, Ärzten sowie Landtags- und Bundestagsabgeordneten einer eingehenden Prüfung im Einzelfall bedürfe**.¹³

Der Bundestag hat schließlich beschlossen, die genannten Gesetzentwürfe abzulehnen.¹⁴

2.3. Abwägung der Rechtspositionen

Zuallererst bedeutet eine Funkzellenabfrage einen **Eingriff in das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses** aus Art. 10 Abs. 1 GG. Daneben können – in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls – bei einer solchen Datenerhebung auch **weitere Grundrechte** wie etwa die Berufsausübungsfreiheit von Berufsgeheimnistägern aus Art. 12 GG, die Religionsfreiheit von Geistlichen aus Art. 4 GG, die Pressefreiheit von Journalisten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG oder das verfassungsrechtlich durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geschützte **freie Mandat von Abgeordneten** betroffen sein. Die **Immunität** von Abgeordneten nach Art. 46 GG greift insoweit nicht, da diese zwar einen Abgeordneten vor explizit gegen ihn gerichteten Maßnahmen der Strafverfolgung, nicht jedoch vor Ermittlungsmaßnahmen, mit denen er zufälligerweise in Berührung kommt, schützt.

Diese weiteren Grundrechte und verfassungsrechtlichen Gewährleistungen werden jedoch wie das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses **nicht schrankenlos gewährleistet**. Dies bedeutet, dass deren (potentielle) **Betroffenheit nicht per se zur Verfassungswidrigkeit** des Instruments der Funkzellenabfrage **führt**. Beschränkungen dieser Rechtspositionen können durch andere Verfassungsrechtspositionen gerechtfertigt werden.¹⁵ Im vorliegenden Fall kommt als solche Verfassungsrechtsposition das **Ziel der effektiven Strafverfolgung** in Betracht, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Verfassungsrang besitzt.¹⁶ Entscheidend ist damit auch bei einer Funkzellenabfrage, bei der Abgeordnete und Berufsgeheimnistäger unter den Betroffenen sind, stets die **Abwägung zwischen den kollidierenden Verfassungsrechtspositionen im Einzelfall** (siehe auch § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StPO). Erst wenn sich aus dieser Abwägung ein Missverhältnis

12 Buermeyer, Stellungnahme vom 1. Februar 2012, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2930&id=1223> (zuletzt abgerufen am 11. Oktober 2017), S. 11.

13 Studenroth, Stellungnahme vom 1. Februar 2012, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2930&id=1223> (zuletzt abgerufen am 11. Oktober 2017), S. 2.

14 Siehe hierzu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses in BT-Drs. 17/12419.

15 Siehe beispielsweise in Bezug auf das freie Mandat BVerfGE 134, 141 (179); Butzer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 34. Edition (15. August 2017), Art. 38 Rn. 124.

16 Vgl. BVerfGE 33, 367 (383).

ergibt, folgt hieraus die Verfassungswidrigkeit einer Funkzellenabfrage. In der Norm selbst ist ein solches Missverhältnis nicht bereits angelegt.¹⁷

3. Funkzellenabfragen in der Praxis

Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Funkzellenabfragen in der Praxis – insbesondere solcher, bei denen auch Abgeordnete und Berufsgeheimnisträger unter den Betroffenen sind – kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Dies würde insbesondere eine **Kenntnis der tatsächlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalles** voraussetzen, die hier nicht gegeben ist. Dies gilt insbesondere in Anbetracht der **Vielzahl von durchgeführten Funkzellenabfragen**. So wurden beispielsweise allein in Niedersachsen im Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis 15. Dezember 2016 insgesamt 19.020 Funkzellenabfragen durchgeführt.¹⁸ Auch die rechtswissenschaftliche Literatur beschäftigt sich soweit ersichtlich nicht vertieft mit der Praxis bei Funkzellenabfragen.¹⁹ Hingewiesen sei jedoch an dieser Stelle auf die **Befassung der Rechtsprechung mit den** oben angesprochenen **Funkzellenabfragen in Dresden 2011**.²⁰ MdB Göring-Eckardt hat in diesem Zusammenhang eine Verfassungsbeschwerde erhoben, in der sie sich gegen die Funkzellenabfragenanordnungen des Amtsgerichts Dresden, die Sofortige Beschwerdeentscheidung des Landgerichts Dresden und die Art und Weise des Vollzugs der Anordnungen wendet und neben der Verletzung von Art. 10 GG die Verletzung weiterer Grundrechte sowie der sich aus ihrem Abgeordnetenstatus ergebenden Rechtspositionen rügt.²¹

17 Vgl. auch Bannasch, Stellungnahme vom 7. Februar 2012, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2930&id=1223> (zuletzt abgerufen am 11. Oktober 2017), S. 3.

18 LT-Drs.17/7262, S. 2.

19 Siehe lediglich Singelnstein, Verhältnismäßigkeitsanforderungen für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen – am Beispiel der neueren Praxis der Funkzellenabfrage, JZ 2012, S. 601 (602 f.).

20 Siehe die Nachweise bei Bär, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Stand: 27. Edition (1. Januar 2017), § 100g StPO Rn. 40, insbesondere den Beschluss des LG Dresden vom 17. April 2013 – 15 Qs 34/12.

21 Siehe den Schriftsatz der Verfassungsbeschwerde, abrufbar unter http://www.johannes-lichdi.de/fileadmin/user_upload/Judica/VB-E_0609_mitck.pdf (zuletzt abgerufen am 10. Oktober 2017).