

Die Funkzellenabfrage im Gefüge des § 100g StPO

Von Stephen Soßna, Hannover*

Der vorliegende Beitrag befasst sich – ausgehend vom Beschluss des BGH vom 10. Januar 2024 – 2 StR 171/24 – mit den Voraussetzungen und der Einordnung der Funkzellenabfrage gem. § 100g Abs. 3 StPO. Neben einer Zusammenfassung von Regelungsinhalt und Anwendungsgebiet werden dabei die Geschichte der Funkzellenabfrage seit dem Jahr 2002, ihre systematische Einordnung im § 100g StPO sowie die Besonderheiten der mit der Funkzellenabfrage verbundenen Grundrechtseingriffe näher beleuchtet. Dabei soll gezeigt werden, dass die Funkzellenabfrage als eigenständige Eingriffsnorm verstanden werden sollte, bei deren Prüfung andere Aspekte im Vordergrund stehen als bei der anschlussbezogenen Erhebung von Verkehrsdaten.

I. Einleitung

So wie es heute für viele kaum mehr vorstellbar ist, nicht ständig durch ein Smartphone „online“ zu sein, so ist für die Ermittlungsbehörden die Abfrage der dadurch ständig entstehenden Daten als Instrument nicht mehr aus dem Arbeitsalltag hinwegzudenken. Die richtige Ausgestaltung der Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung gehört damit zu den praktisch wie rechtspolitisch wichtigsten Themen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

Die zahlenmäßig häufigste Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung ist heute die Abfrage der Verkehrsdaten.¹ Durch sie lassen sich gerade in frühen Stadien eines Ermittlungsverfahrens entscheidende Fragen klären, etwa: Wer hat wann mit wem für wie lange und von welchem Ort aus kommuniziert?² Etwa die Hälfte aller Verkehrsdatenabfragen sind heute Funkzellenabfragen.³ Die Funkzelle ist der Grundbaustein des Mobilfunknetzes; sie wird durch eine

Basisstation gebildet, die in Deutschland an 72.274 Standorten⁴ betrieben werden und je nach Bevölkerungsdichte Bereiche von wenigen Quadratmetern bis hin zu Quadratkilometern abdecken können. Jedes Mobiltelefon mit eingeschaltetem Funkmodul hält Kontakt zu einer Funkzelle, ist dort „eingeloggt“. Welche Anschlüsse in einer oder mehreren Funkzellen in einem bestimmten Zeitraum registriert waren, kann über die in § 100g Abs. 3 StPO geregelte Funkzellenabfrage ermittelt werden.

Damit kann die Funkzellenabfrage etwa die Frage beantworten, ob sich das Mobiltelefon eines bekannten Tatverdächtigen zur Tatzeit in der Funkzelle, die den Tatort abdeckt, befunden hat. Sie kann aber auch verwendet werden, um Ermittlungsansätze zu unbekanntem Tätern zu gewinnen, etwa indem nach einem Wohnungseinbruchsdiebstahl die Funkzellendaten der Tatortfunkzelle nach verdächtigen Bewegungen oder Verbindungen zur Tatzeit durchforstet werden.

Weil heute (fast) jeder ein Gerät mit sich führt, das dauerhaft in einer Funkzelle erfasst wird, ist potentiell jeder von solchen Abfragen mitbetroffen. Wegen dieser enormen Streubreite wird die Maßnahme seit vielen Jahren kritisch diskutiert, ohne dass – von wenigen spektakulären Fällen abgesehen – die Diskussion in der breiten Öffentlichkeit angelangt wäre. Trotz ihrer erheblichen praktischen Bedeutung bleibt die Funkzellenabfrage auch in der Fachliteratur bisher eher ein Nischenthema.

Dies könnte sich nun ändern: Mit Beschluss vom 10. Januar 2024 – 2 StR 171/23 hat der 2. Strafsenat des BGH die Anlasstaten für eine Funkzellenabfrage ganz erheblich beschränkt und diese Verschärfung (folgerichtig) mit einem Beweisverwertungsverbot bewehrt. Konkret soll auch die Funkzellenabfrage als retrograde Standortdatenerhebung gelten und daher eine Katalogtat aus dem (engen) Katalog des § 100g Abs. 2 StPO voraussetzen. Diese Entscheidung hat erhebliche Sprengkraft für die Ermittlungspraxis, schließt sie doch bei zahlreichen Delikten, vom Diebstahl bis zum Raub, die Funkzellenabfrage aus. Die Diskussion um die Entscheidung hat dementsprechend in der zweiten Jahreshälfte dieses Jahres erheblich Fahrt aufgenommen.⁵ Die Ent-

⁴ Laut der Bundesnetzagentur, wobei an einem Standort oft mehrere Betreiber eine Basisstation betreiben, vgl.

https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Technik/EMF/Standortbescheinigung/functions/statistiken_table.html (19.9.2024).

⁵ Bis Anfang Juli waren nur vereinzelte Besprechungen zu verzeichnen: Pfeiffer, CR 2024, R65–R66, der allerdings nur das Beweisverwertungsverbot beleuchtet; Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2024, 408, die von einer „Verdeutlichung“ der strengen Anforderungen ausgehen; sowie die kritische Kommentierung von Kienle, NZWiSt 2024, 261, die den hiesigen Überlegungen nahesteht. Kürzlich hinzugekommen Kürzlich hinzugekommen sind als kritische Besprechungen: Nettersheim, NSTZ 2024, 560, der u.a. die Bedeutung der Funkzellenabfrage für die effektive Strafverfolgung herausstellt;

* Der Verf. ist Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Hannover, derzeit abgeordnet. Der vorliegende Beitrag gibt allein die persönliche Meinung des Verf. wieder.

¹ Erstmals bundesweit erfasst wurden im Jahr 2010 6.828 Verfahren mit 12.576 Anordnungen nach § 100g StPO, im Vergleich zu mehr als 21.000 Anordnungen nach § 100a StPO aus 5.516 Verfahren. Im Jahr 2017 gab es bereits 23.640 Verkehrsdatenabfragen in 15.361 Verfahren, dazu im Vergleich 18.651 Anordnungen gem. § 100a StPO aus 5.629 Verfahren. Aktuell liegen die neuesten Daten für 2022 vor, demnach wurde in 20.553 Verfahren eine Verkehrsdatenabfrage durchgeführt, davon 13.888 Anordnungen gem. § 100g Abs. 1 StPO, 2.443 Anordnungen gem. § 100g Abs. 2 StPO und 13.851 Anordnungen gem. § 100g Abs. 3 StPO. Demgegenüber stehen ca. 15.500 Anordnungen nach § 100a StPO aus weniger als 5.000 Verfahren, vgl. Justizstatistiken des Bundesamts für Justiz, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken_node.html (19.9.2024).

² Ähnlich bei A. Hartmann, in Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StPO § 100g Rn. 9.

³ Vgl. Fn. 1.

scheidung gibt darüber hinaus Anlass, das Institut der Funkzellenabfrage im Gefüge der Verkehrsdatenerhebung insgesamt zu beleuchten.

II. Die Verkehrsdatenerhebung im Allgemeinen

1. Verkehrsdaten

Die Funkzellenabfrage ist eine Erhebung von sog. Verkehrsdaten. Verkehrsdaten sind in § 100g Abs. 1 S. 1 StPO durch einen Verweis auf das (kaum aussprechbare) Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz (TDDDG), dort § 9, legaldefiniert (die im wesentlichen inhaltsgleiche Definition in § 2a Abs. 1 BDBOS-Gesetz soll aufgrund der geringen praktischen Bedeutung der Datenerhebung im Digitalfunk hier nicht weiter behandelt werden). Demnach umfassen die Verkehrsdaten:

1. die Nummer oder Kennung der beteiligten Anschlüsse oder der Endeinrichtung, personenbezogene Berechtigungskennungen, bei Verwendung von Kundenkarten auch die Kartenummer, bei mobilen Anschlüssen auch die Standortdaten,
2. den Beginn und das Ende der jeweiligen Verbindung nach Datum und Uhrzeit und, soweit die Entgelte davon abhängen, die übermittelten Datenmengen,
3. den vom Nutzer in Anspruch genommenen Telekommunikationsdienst,
4. die Endpunkte von festgeschalteten Verbindungen, ihren Beginn und ihr Ende nach Datum und Uhrzeit und, soweit die Entgelte davon abhängen, die übermittelten Datenmengen und
5. sonstige zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation sowie zur Entgeltabrechnung notwendige Verkehrsdaten.

Verkehrsdaten sind – anders zusammengefasst – diejenigen Informationen, die erforderlich sind, um einen Informationsaustausch zwischen zwei Endgeräten einzuleiten und aufrecht zu erhalten, sowie diejenigen Daten, die im Rahmen eines solchen Vorgangs zwingend mit anfallen (z.B. die Länge des Kommunikationsvorgangs) und die für die Abrechnung relevanten Daten.⁶ Zu beachten ist allerdings, dass durch den

Verweis auf §§ 9, 12 TDDDG klargestellt wird, dass nicht alle technisch möglichen, sondern nur die zu geschäftlichen Zwecken nötigen Verkehrsdaten der Abfrage nach § 100g StPO unterliegen.⁷

Die Verkehrsdaten können auch den Standort der Geräte umfassen. Das gilt etwa für regional zuzuordnende Kennungen wie IP-Adressen, insbesondere aber für den Mobilfunk. Mobilfunkgeräte bauen eine Verbindung zur nächsten Basisstation auf (genauer, derjenigen mit dem stärksten Signal).⁸ Das Gebiet, das von einer Basisstation so faktisch abgedeckt wird, ist die Funkzelle. Zu den Verkehrsdaten gehört die Information, in welcher Funkzelle sich ein Anschluss oder ein Gerät befinden, zusätzlich wird regelmäßig auch der Abstrahlwinkel zwischen Mobilfunkgerät und Basisstation erfasst. Wie genau hieraus ein konkreter Standort bestimmt werden kann, hängt von verschiedenen Faktoren, insbesondere aber der Größe der Funkzelle ab.

Das Gegenstück zu den Verkehrsdaten sind die Inhaltsdaten, also der Inhalt der Kommunikation. Auch wenn der Inhalt der Kommunikation unbekannt bleibt, können durch Verkehrsdaten allein bereits umfassende Informationen über eine Person gesammelt werden, etwa ihre regelmäßigen Aufenthalte und die Inhaber der Anschlüsse, mit denen sie regelmäßig kommuniziert.⁹ Die Eingriffstiefe der Verkehrsdatenerhebung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt damit auf der Hand.

Seit dem Versuch des Gesetzgebers, eine Vorratsdatenspeicherung zu etablieren, muss bei der Erhebung von Verkehrsdaten zwischen zwei verschiedenen Quellen der Daten unterschieden werden: diejenigen Daten, welche die Betreiber selbstständig zur Bereitstellung und zum Betrieb ihrer Dienste speichern und diejenigen Daten, welche im staatlichen Auftrag anlasslos (vorrats-)gespeichert werden. Erstere, vormals in § 96 TKG a.F. und nun im oben zitierten § 9 sowie in § 12 TDDDG geregelt, bezeichnet man regelmäßig als „geschäftsmäßig gespeichert“, letztere, vormals in § 113a TKG a.F. und nun in § 176 TKG geregelt, als „anlasslos gespeichert“.

2. Übersicht zum Regelungsinhalt von § 100g StPO

Die Erhebung von Verkehrsdaten ist in § 100g StPO in einer Reihe von verschachtelten Alternativen differenziert geregelt. Unterschieden wird nicht nur zwischen dem technischen Ansatzpunkt (Anschluss/Gerät oder Funkzelle), sondern auch nach der Art der Daten. Die zentralen Weichenstellungen sind dabei die Unterscheidung zwischen anterograden (zukünftigen) und retrograden Daten sowie die Unterscheidung zwischen Verkehrsdaten im Allgemeinen und Standortdaten im Besonderen.

Vogler, GSZ 2023, 202; Rosengarten/Angerer, Kriminalistik 2024, 494. Zustimmend hingegen: Singelstein, NJW 2024, 2339; Burhoff, StRR 2024, 14; Rixe/Wissemann, jurisPR-StrafR 18/2024 Anm. 2 (letztere eher ergebnisoffen). Aus der Rechtsprechung der Instanzgerichte sind bisher zwei Entscheidungen bekannt geworden, die sich dem 2. Strafsenat ausdrücklich nicht anschließen: LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24; LG Regensburg, Beschl. v. 5.9.2024, 8 Qs 30/24.

⁶ Vgl. u.a. A. Hartmann (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 9; Heinrichs/Weingast, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 10 ff.; Greco/Wolter, in: Wolter/Deiters (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100g Rn. 57/58.

⁷ Vgl. Rückert, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100g Rn. 32.

⁸ Näher zum technischen Hintergrund Bär, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.7.2024, § 100g Rn. 47.

⁹ Vgl. zur praktischen Bedeutung Münch, ZRP 2015, 130.

Regelungstechnisch ist darüber hinaus die Unterscheidung zwischen geschäftsmäßig und anlasslos gespeicherten Daten zentral, die aber wegen des Fehlens letzterer praktisch nach wie vor leerläuft.

Prozessual ist die zentrale Vorschrift § 101a StPO, der wiederum § 100e StPO umfassend für entsprechend anwendbar erklärt. Neben dem Erfordernis eines schriftlichen Beschlusses ist auch der Mindestinhalt der Gründe geregelt. Zudem werden umfassende Regelungen über die Benachrichtigung der Betroffenen getroffen.

Die zentrale Eingriffsnorm für die Verkehrsdatenabfrage ist in § 100g Abs. 1 S. 1 StPO geregelt. Umfasst sind anschluss-/gerätebezogene Abfragen der geschäftsmäßig gespeicherten Verkehrsdaten mit Ausnahme der Standortdaten.

Solche Abfragen könnten z.B. in folgenden Fallkonstellationen zum Tragen kommen: Bei Ermittlungen wegen des Handels mit Betäubungsmitteln wird eine Rufnummer festgestellt, bei der offenbar Bestellungen für Betäubungsmittel getätigt werden können. Über die Verkehrsdatenabfrage kann sowohl für die Vergangenheit (soweit noch Daten vorliegen) als auch für die Zukunft (bis zu drei Monate, verlängerbar) festgestellt werden, mit welchen Anschlüssen diese Händlernummer Kontakt hat und hatte und es können so weitere Abnehmer identifiziert werden.

Für die Anlasstaten verweist § 100g Abs. 1 S. 1 StPO zunächst auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO, allerdings lediglich als Auslegungshilfe („insbesondere“). Anlasstat kann gem. § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO jede „Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ sein.

Auch im Einzelfall erheblich ist die Straftat dann, wenn der Unrechtsgehalt der Tat jedenfalls nicht wesentlich hinter dem im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO vertypen Unrecht zurückbleibt, also im Hinblick auf die Art der Tatbegehung, das Gewicht der verletzten Rechtsgüter, und das Ausmaß des Schadens auch tatsächlich erhebliches Gewicht hat.¹⁰

§ 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO erweitert den Anwendungsbereich darüber hinaus auf alle Straftaten, unabhängig von ihrer Erheblichkeit, die durch Telekommunikation begangen werden, allerdings nur unter der strengen Subsidiaritätsklausel des § 100g Abs. 1 S. 2 StPO, die verlangt, dass die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise „aussichtslos“ wäre.

Unter diese Konstellation fällt z.B. das Anlegen von Fake-Profilen, die unerlaubt mit den Bildern Dritter versehen werden, auch, um diese zu beleidigen. Über die Abfrage der Verkehrsdaten kann dann festgestellt werden, welche IP-Adresse für die Anmeldungen verwendet wird, um den Urheber zu ermitteln.

Sollen auch Standortdaten abgefragt werden, müssen § 100g Abs. 1 S. 3 oder S. 4 StPO hinzutreten. Satz 4 erlaubt dabei grundsätzlich für Anlasstaten gem. § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO die Abfrage anterograder Standortdaten, auch in Echtzeit. Retrograde Standortdaten können demgegenüber

gem. § 100g Abs. 1 S. 3 StPO im Rahmen einer Abfrage nach § 100g Abs. 1 StPO nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO erhoben werden.

Die Abfrage der anterograden Standortdaten ist in vielen Konstellationen ein denkbare Ermittlungsmittel. Wird z.B. ein Anschluss einem mutmaßlichen BtM-Händler zugeordnet, kann über § 100g Abs. 1 S. 1 und S. 4 StPO eine mehrmonatige Überwachung stattfinden, um ein Profil der Bewegungen und Gesprächspartner des Beschuldigten zu erzeugen.

Weil heutzutage viele hochwertige Kfz mit einem Mobilfunkmodul versehen sind, kann über eine solche Abfrage auch versucht werden, den Standort eines entwendeten Fahrzeugs (und damit auch die Täter oder deren Abnehmer) zu ermitteln. Ein sog. IMSI-Catcher gem. § 100i stopp könnte dann verwendet werden, um den genauen Standort zu lokalisieren.

§ 100g Abs. 2 StPO enthält eine eigenständige Eingriffsnorm für die Abfrage anlasslos gespeicherter Verkehrsdaten. Der Katalog ist deutlich enger und weist, anders als Abs. 1, keine Öffnungsmöglichkeit auf. Zudem enthält Abs. 2 eine Subsidiaritätsklausel, die es jedoch genügen lässt, wenn die Ermittlungen ohne die Abfrage „wesentlich erschwert“ wären. Wie bereits oben angesprochen, ist die Norm für sich gesehen derzeit wirkungslos, da keine Daten vorliegen.

Relevant wird der Katalog des § 100g Abs. 2 StPO aber über § 100g Abs. 1 S. 3 StPO immer dann, wenn zusätzlich die Erhebung retrograder Standortdaten zu konkreten Anschlüssen oder Geräten erfolgen soll. Solche Abfragen können u.a. dazu dienen, das Bewegungsprofil des Anschlusses eines Beschuldigten für die Zeit vor und während der Tat zu ermitteln.

Die Funkzellenabfrage ist in § 100g Abs. 3 S.1 StPO legaldefiniert als „Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Daten“. Die Norm verweist für die Anlasstat auf § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO und damit ebenfalls, aber auch nur, auf die „Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“. In Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung ausdrücklich normiert sowie eine Subsidiaritätsklausel aufgestellt, die derjenigen des Abs. 2 entspricht.

Wie bereits einleitend kurz skizziert, können Funkzellenabfragen in einer Vielzahl von Konstellationen zur Ermittlung eingesetzt werden. Vielfach verwendet wird die Funkzellenabfrage etwa bei Wohnungseinbruchsdiebstählen, um verdächtige Anschlüsse zu ermitteln.¹¹ Zu den Anwendungsfällen können alle möglichen Delikte, die sich ausreichend räumlich und zeitlich eingrenzen lassen, gehören. Bei einem Tankstellenraub zur Nachtzeit mag es hinreichend wenige Mobilfunkgeräte geben, um allein aus dem Ein- und Austritt aus der Funkzelle passend zur Tatzeit einen Ermittlungsansatz zu generieren. Gibt es eine Serie gleichgelagerter Taten, kann zudem die Abfrage mehrerer Tatorte zu sog. „Kreuztreffen“ führen, also Anschlüssen, die an verschiedenen Tatornten jeweils zur Tatzeit registriert wurden. Insgesamt hängt die

¹⁰ Vgl. *Hauck*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 44; *Rückert* (Fn. 7), § 100g Rn. 59.

¹¹ Ausführlich zu Ermittlungen bei Wohnungseinbruchsdiebstahl *Wollinger/Dreißigacker/Müller/Baier*, Kriminalistik 2016, 384, mit einem Abschnitt speziell zur Funkzellenabfrage auf S. 388.

Erfolgsaussicht einer Abfrage entscheidend davon ab, ob das „Täterprofil“ ausreichend bestimmt ist, um Tatverdächtige aus der Menge der Betroffenen zu filtern.

Alle Verkehrsdaten haben über die konkrete Eingriffsnorm hinaus eine Reihe gemeinsamer Voraussetzungen und Besonderheiten, die im Folgenden kurz skizziert werden sollen.

Der erforderliche Anfangsverdacht wird für alle Abfragen nach § 100g StPO (analog zu § 100a StPO) dadurch modifiziert, dass er durch „bestimmte Tatsachen“ begründet werden muss. Dieses Erfordernis findet sich auch in den Formvorschriften wieder, wo § 100e Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO bestimmt, dass eben diese „bestimmten Tatsachen“ auch in der Begründung anzugeben sind. In der Literatur wird der erforderliche Verdachtsgrad regelmäßig als „qualifizierter Anfangsverdacht“ beschrieben,¹² wobei die genauen Unterschiede zum „einfachen“ Anfangsverdacht bisher eher kasuistisch ausgearbeitet sind und abstrakte Formulierungen vage bleiben.¹³ In praktischer Hinsicht dürfte vor allem relevant sein, Ziel und Umfang der Maßnahme anhand konkreter tatsächlicher Umstände begründen zu können, um eine Art „digitaler Schleppnetzfangung“ zu vermeiden.

Alle Alternativen des § 100g StPO normieren darüber hinaus die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme ausdrücklich durch die Formulierung „soweit die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht“. Hieraus folgen aber wohl keine besonderen Prüfungsschritte über die Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus.¹⁴ Allerdings verlangt § 100e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StPO, dass die „wesentlichen Erwägungen“ hierzu in den Gründen ausgeführt sind, womit jedenfalls die bloß formularmäßige Feststellung der Verhältnismäßigkeit ausscheidet.

Die zusätzlich u.a. in § 100g Abs. 2 und Abs. 3 StPO normierten Subsidiaritätsklauseln sind praktisch wenig wirksam, da der Erfolg anderer Ermittlungsmaßnahmen ex ante kaum abschätzbar ist. Da geschäftsmäßig gespeicherte Verkehrsdaten von den Anbietern gelöscht werden, wenn sie nicht mehr geschäftlich benötigt werden, wäre ein Zuwarten häufig mit einem endgültigen Datenverlust verbunden.¹⁵

Als Adressaten oder „Zielpersonen“ der Maßnahmen kommen stets nur Beschuldigte oder ihre „Nachrichtmittler“ – also Personen, bei denen Grund zu der Annahme besteht, dass Beschuldigte mit ihnen kommunizieren – in Be-

tracht.¹⁶ Dies ergibt sich im Hinblick auf die Standortdaten bereits aus § 100g Abs. 1 S. 4 sowie Abs. 2 S. 1 StPO, die ausdrücklich nur die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erlauben. Im Übrigen verweist § 101a StPO auf § 100a Abs. 3 StPO.¹⁷

Die Länge der Maßnahmen nach § 100g StPO ist über § 100e Abs. 1 S. 4 StPO auf drei Monate begrenzt, kann jedoch wiederholt um weitere drei Monate verlängert werden. Für Funkzellenabfragen ist diese Beschränkung praktisch bedeutungslos, da diese sich in aller Regel auf Zeiträume von Stunden bis Tagen beziehen.

3. Der Beschluss des BGH vom 10. Januar 2024 – 2 StR 171/23

Nachdem die grundsätzlichen Aspekte der Regelungen des § 100g StPO kurz skizziert wurden, kann eine Einordnung des Beschlusses des 2. Strafsenats des BGH vom 10. Januar 2024 erfolgen. Der Beschluss ist mit folgenden Leitsätzen versehen, die den Inhalt treffend zusammenfassen:

1. Die Anordnung einer Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO setzt den Verdacht einer besonders schweren Straftat nach § 100g Abs. 2 StPO voraus. Die in § 100g Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO enthaltene Verweisung auf § 100g Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO ist so auszulegen, dass diese zugleich die Anordnungsvoraussetzungen des § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO erfasst.
2. Fehlt es bei einer Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO an dem Verdacht einer Katalogtat nach § 100g Abs. 2 StPO, hat dies ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

In praktischer Hinsicht erteilt der 2. Strafsenat mit diesem Beschluss nicht nur Funkzellenabfragen bei Taten außerhalb des Katalogs des § 100a Abs. 2 StPO, z.B. bei Diebstahlsereen oder der Entwendung hochwertiger Kfz, eine Absage. Auch durchaus schwerwiegende Kriminalität wie Raub, räuberische Erpressung, Bestechlichkeit und Bestechung, Betrugsdelikte und ein großer Teil der Geldwäschdelikte entfallen. Hinzu kommt, dass § 100g Abs. 2 StPO oft das Vorliegen von Qualifikationstatbeständen oder besonders schweren Fällen voraussetzt, die in einem frühen Stadium der Ermittlungen regelmäßig nicht, jedenfalls nicht „auf bestimmten Tatsachen“ gestützt, feststellbar sind,¹⁸ zumal Daten nur wenige Tage nach der Tat abrufbar sind.¹⁹

¹² Vgl. nur *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 35; *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 154.

¹³ Vgl. z.B. *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100a Rn. 42; *Graf*, in: ders. (Fn. 8), § 100a Rn. 105 ff; ausführlicher bei *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 151 ff.

¹⁴ So auch *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 39; i.E. wohl auch *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 21; a.A. *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 17 f. für eine „zweite Verhältnismäßigkeitsprüfung“ insbesondere am Maßstab des Unionsrechts.

¹⁵ Die geringe praktische Relevanz zeigt sich auch an den eher kurzen Darstellungen in der Kommentarliteratur, vgl. *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 39; *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 177; *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100a Rn. 45.

¹⁶ Ein vorsätzliches oder bewusstes „mitteln“ für den Beschuldigten ist dafür nicht Voraussetzung, es genügt der bloß faktische Empfang von Mitteilungen, der Begriff „Nachrichtmittler“ ist insoweit etwas irreführend, allerdings als terminus technicus etabliert, vgl. nur *Rückert* (Fn. 7), § 100a Rn. 188 ff., *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100a Rn. 176.

¹⁷ Die Verweisung ist systematisch insofern ungewöhnlich, als eine Anordnungsvoraussetzung in der Verfahrensvorschrift aufgestellt wird.

¹⁸ So auch *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 50; *Kienle*, NZWiSt 2024, 261 (266).

¹⁹ Vgl. *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 47.

Zur praktischen Verdeutlichung der Folgen kann ein nächtlicher Raub herangezogen werden: Mehrere Täter nutzen die Nachtzeit aus, um ein allein auf dem Nachhauseweg befindliches Opfer zu umstellen, mit Faustschlägen und Tritten zu traktieren und die Wertsachen zu entwenden. Da es sich oft um Gelegenheitstaten handelt (also die Täter ihre Mobiltelefone gewohnheitsmäßig bei sich führen), die zur Nachtzeit oder in wenig belebten Bereichen stattfinden, ist die Funkzellenabfrage hier als Ermittlungsinstrument durchaus geeignet. Nach der Linie des 2. *Strafsenats* scheidet sie allerdings aus, wenn kein Fall des schweren Raubes gem. § 250 StGB vorliegt.

Die Argumentation des 2. *Strafsenats* ist um die Verweisung des § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StPO herum aufgebaut, welche die Funkzellenabfrage zulässt, „wenn die Voraussetzungen des § 100g Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 erfüllt sind“. Diese Verweisung bezieht nach Ansicht des 2. *Strafsenats* implizit auch den Regelungsinhalt des § 100g Abs. 1 S. 3 StPO ein.²⁰

Der 2. *Strafsenat* beginnt seine Auslegung in der üblichen Form mit dem Wortlaut. So sei die Funkzellenabfrage als „Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Daten“ legaldefiniert und damit per se retrograd. Dies lege nahe, dass die Verweisung in § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StPO auch den § 100g Abs. 1 S. 3 StPO mitumfasse, der sich ausdrücklich mit retrograden Daten beschäftige.²¹

Sodann steigt der Beschluss direkt in eine historische Auslegung ein, wobei er mit der Einführung der Funkzellenabfrage als eigenständiger Absatz des § 100g StPO mit Gesetz vom 10.12.2015 beginnt. Zur Konzeption dieses Gesetzes, so der 2. *Strafsenat*, habe es gehört, dass retrograde Standortdaten insgesamt ausschließlich nur noch unter den stark eingeschränkten Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO erhoben werden dürfen. Das Gesetz sah nämlich in § 100g Abs. 1 StPO den Rückgriff auf retrograde Standortdaten aus geschäftlich gespeicherten Daten ausdrücklich nicht vor und ließ die Erhebung solcher nur aus der Quelle der anlasslos gespeicherten Daten – und damit unter den Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO – zu. Da auch § 100g Abs. 3 StPO grundsätzlich zwischen der Erhebung von geschäftlich gespeicherten Daten und anlasslos gespeicherten Daten unterschied und unterscheidet, sei damit auch die Einschränkung bei der Erhebung geschäftsmäßig gespeicherter Daten in den § 100g Abs. 3 StPO übertragen worden.²²

Durch nachfolgende Veränderungen des § 100g Abs. 1 StPO war diese Einschränkung bei der Erhebung von geschäftsmäßig gespeicherten Daten wieder aufgehoben worden, da die Vorratsdatenspeicherung scheiterte. Der Gesetzgeber habe dabei aber betont, sein altes Konzept nicht aufgeben zu wollen.²³ Daher sei weiterhin davon auszugehen, dass

§ 100g Abs. 3 StPO, soweit auch retrograde Standortdaten mit erhoben werden sollen, eine Katalogtat des § 100g Abs. 2 StPO erfordert.²⁴

Zur systematischen Auslegung verhält sich der Beschluss nur äußerst kurz. Er hält diese für nicht eindeutig, da das System im Lichte der zuvor ausgearbeiteten gesetzgeberischen Konzeption verstanden werden müsse.²⁵ Teleologisch stützt der 2. *Strafsenat* sich auf die Eingriffstiefe der Maßnahme. Insbesondere ermögliche die Funkzellenabfrage durch die Erhebung retrograder Daten – auch Standortdaten – die Erstellung (partieller) Bewegungsprofile.²⁶ Da gerade diese Möglichkeit maßgeblich dafür war, die Erhebung retrograder Standortdaten einzuschränken, sei diese Einschränkung auch auf die Funkzellenabfrage zu übertragen.²⁷

Da schließlich bei der Funkzellenabfrage eine Trennung zwischen retrograden und anterograden Daten technisch nicht umsetzbar sei, sei daher stets eine Katalogtat nach § 100g Abs. 2 StPO erforderlich.²⁸

Das darauffolgende Beweisverwertungsverbot leitet der 2. *Strafsenat* aus der bisherigen Rechtsprechung zur Telekommunikationsüberwachung ab: Nach ständiger Rechtsprechung bedinge eine rechtswidrig angeordnete Überwachungsmaßnahme ein Beweisverwertungsverbot, wenn eine wesentliche sachliche Voraussetzung der Maßnahme fehle.²⁹ Als solche sei jedenfalls das Fehlen der erforderlichen Katalogtat zu sehen.³⁰

Der 2. *Strafsenat* zitiert gleich zu Beginn verschiedene Literaturmeinungen zur Unterstützung seiner Position. Von diesen vertritt *Rückert*³¹ tatsächlich die im Beschluss eingeschlagene Linie. Im Übrigen findet sich die Position des 2. *Strafsenats* in den zitierten Kommentarstellen allerdings nicht ausdrücklich wieder.³² Auch die Mehrzahl der sonstigen verbreiteten Kommentare zur StPO behandeln eine solche Einschränkung nicht oder nicht eindeutig.³³ Im ebenfalls

²⁴ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 22.

²⁵ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 23.

²⁶ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 24.

²⁷ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23.

²⁸ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 16. Ob daneben eine rein anterograde Funkzellenabfrage ohne die Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO möglich bleibt, erläutert der 2. *Strafsenat* nicht.

²⁹ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 28.

³⁰ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23.

³¹ *Rückert* (Fn. 7), § 100g Rn. 86/87.

³² *Greco/Wolter* (Fn. 6), § 100g Rn. 57/58 enthält gar keinen Hinweis auf eine solche Position; bei *Eschelbach*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafprozessordnung, Kommentar*, § 100g Rn. 37–39, lässt sich eine entsprechende Position erahnen, die Stelle ist aber alles andere als eindeutig.

³³ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24; vgl. *Köhler*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 67. Aufl. 2024, § 100g Rn. 36; *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 50–52; *A. Hartmann* (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 16/17 allerdings weniger eindeutig in der 5. Aufl. 2022, § 100g Rn. 29/30; *Heinrichs/Weingast* (Fn. 6), § 100g Rn. 12; *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 52/53.

²⁰ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 14.

²¹ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 16.

²² BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 19, so bereits der BGH Ermittlungsrichter, BGH NStZ 2018, 48, welcher die Regelung in § 100g Abs. 1 S. 3 StPO a.F. (2015) als „Verbot“ auffasst.

²³ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 21/22.

zitierten Aufsatz von *Singelstein*, der sich mit der Verhältnismäßigkeit von Funkzellenabfragen befasst, findet sich zu einer Verschärfung des Katalogs der Anlasstaten nichts.³⁴

Vor diesem Hintergrund kann man die Entscheidung aus Sicht des *Verf.* durchaus als „Schock“ bezeichnen. Soweit die anekdotische Erfahrung es hergibt, hat die Entscheidung bei der Richterschaft und den Verfolgungsbehörden große Überraschung hervorgerufen. Die Entscheidung des 2. *Strafsenats* ist aber auch darüber hinaus bemerkenswert: Nicht nur übernimmt sie eine Position, die, soweit ersichtlich, bisher nur von sehr wenigen Juristen explizit vertreten wurde. Sie stützt sich dabei auch weit überwiegend auf eine historische Auslegung der Norm. Ob ein so starker Fokus auf die historische Auslegung methodisch überzeugend ist, kann hier nicht geklärt werden. Allerdings sollen die nachfolgenden Ausführungen, beginnend mit einem vertieften Blick auf die Normgeschichte, zeigen, dass bereits die Annahmen des 2. *Strafsenats* zur Intention des Gesetzes keinesfalls zwingend sind.

III. Zur Einordnung der Funkzellenabfrage und ihren Voraussetzungen

1. Gesetzeshistorie

Die Erhebung von Verkehrsdaten wurde erstmals mit Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 20.12.2001³⁵ in die Strafprozessordnung aufgenommen. Zuvor war die Erhebung entsprechender Daten aufgrund § 12 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen (FAG) möglich, ohne dass es hierzu besonderer Anforderungen an den Anfangsverdacht oder den Deliktstyp bedurfte.³⁶ Eine Legaldefinition oder eine abgegrenzte Regelung zu Funkzellenabfragen enthielten weder § 12 FAG noch der neue § 100g StPO a.F. (2002). Schon vor der Neuregelung hatten einige Gerichte Funkzellenabfragen aufgrund des § 12 FAG angeordnet, die Zulässigkeit solcher Abfragen war jedoch umstritten.³⁷ Unter anderem wurde vertreten, dass möglichst alle in der Funkzelle befindlichen Anschlüsse Beschuldigten zuzuordnen sein müssten, um die Anordnung rechtfertigen zu können.³⁸ Um die Funkzellenabfrage explizit möglich zu machen, wurde in § 100h Abs. 1 S. 2 StPO a.F. (2002), der eigentlich die formellen Anforderungen regelte, ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, die

Bezeichnung eines Anschlusses durch eine „räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation“ zu ersetzen.³⁹ Für diesen Fall sollte als Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ erforderlich sein.

Mit Gesetz vom 21. Dezember 2007⁴⁰ erhielt § 100g StPO eine umfassende neue Form, welche der aktuellen Gesetzesfassung bereits deutlich ähnlicher war. Eine abgegrenzte Regelung zur Abfrage von Funkzellendaten enthielt auch diese Fassung nicht. Im Rahmen der Neufassung 2007 wird allerdings die Funkzellenabfrage erstmals thematisiert.⁴¹ Sie wird hier noch nicht eindeutig von sonstigen Verkehrsdatenerhebungen abgegrenzt, soll aber ausdrücklich erhalten bleiben.⁴² Die bisherige Regelung des § 100h Abs. 1 S. 2 StPO a.F. (2002) wurde im Gesetz vom 21. Dezember 2007 in den § 100g Abs. 2 S. 2 StPO a.F. (2008) übernommen, wobei sie weiterhin systematisch fragwürdig als Ausnahme vom formalen Erfordernis, betroffene Personen und Anschlüsse zu nennen, ausgestaltet war.⁴³ Verschärft wurden die Anforderungen durch das Einfügen einer Subsidiaritätsklausel, welche der heutigen Fassung bereits entsprach. Dabei sah der Gesetzesentwurf die Interessen der unbeteiligten Dritten, welche bei einer Funkzellenabfrage unvermeidlich mit betroffen sind, dadurch ausreichend gewahrt, dass Zielpersonen der Maßnahme weiterhin der Beschuldigte oder seine Nachrichtermittler sein müssten und sah vor, dass im Übrigen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Abwägung vorzunehmen sei.⁴⁴

Ausführliche Erörterungen hatte es vor der Neuregelung im Jahr 2007 in der Rechtsprechung und Literatur zuvor vor allem zu der Frage gegeben ob, und ggf. unter welcher Vorschrift, der laufende Zugriff auf automatisch gesendete Daten eines Mobilfunkgeräts (stand-by-Daten) zur Standortbestimmung zulässig ist.⁴⁵ Hier spielt bereits die Erstellung von Bewegungsprofilen durch die Erfassung der (passiven) Nutzung von Mobiltelefonen eine wichtige Rolle.⁴⁶

Soweit Funkzellenabfragen problematisiert wurden, ging es hier primär um die große mögliche Anzahl an Drittbetroffenen, weshalb teilweise eine restriktive Anwendung befürwortet wurde;⁴⁷ teilweise wurde die Maßnahme wegen

³⁴ Eher scheint *Singelstein*, JZ 2012, 601 (603 letzter Absatz), im Gegenteil davon auszugehen, dass nur eine gründliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit die Maßnahme in der Praxis effektiv begrenzen könne. Gleichwohl ist *Singelstein* in einer jüngst veröffentlichten Anmerkung der Argumentation des 2. *Strafsenats* als „mustergültige Auslegung“ ausdrücklich beigetreten, vgl. *Singelstein*, NJW 2024, 2339.

³⁵ BGBl. I 2001, S. 3879.

³⁶ Vgl. die Erwägungen zum Gesetzesentwurf in BR-Drs. 702/01; Für die weiter zurückliegende Geschichte vgl. auch *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Entstehungsgeschichte; näher zur Neuregelung auch *Bär*, MMR 2002, 358.

³⁷ Angeordnet u.a. durch den BGH-Ermittlungsrichter, Beschl. v. 20.4.2001 – 1 BGs 48/01; vgl. auch BT-Drs. 14/7258, S. 2; Zum vorherigen Streitstand *Danckwerts*, CR 2002, 539 (540) m.w.N.

³⁸ Vgl. *Bär*, MMR 2002, 358 (362).

³⁹ Vgl. BT-Drs. 14/7258, S. 4 f.

⁴⁰ BGBl. I 2007, S. 3198.

⁴¹ Vgl. BR-Drs. 275/07, S. 123 f. und BT-Drs. 16/5846, S. 55

⁴² In diesem Zusammenhang erfolgt der Verweis auf § 100h Abs. 1 S. 2 StPO in der Fassung vom 1.1.2002, vgl. *ibid.*

⁴³ Entsprechend handelt es sich um eine Ausnahme von § 100b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO a.F., der, analog zum heutigen § 100e Abs. 3 StPO, die Mindestangaben der Gründe regelte.

⁴⁴ BR-Drs. 275/07, S. 123 f. und BT-Drs. 16/5846, S. 55.

⁴⁵ Vgl. nur BGH NJW 2001, 1587; *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (243 f.); *dies.*, NStZ 2004, 57; *Ruhmannseder*, JA 2007, 47; *Eisenberg/Singelstein*, NStZ 2005, 62.

⁴⁶ Vgl. *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (247).

⁴⁷ Vgl. *Bizer*, DuD 2005, 578; LG Magdeburg, Beschl. v. 21.12.2005 – 25 Qs 117/05 = BeckRS 2006, 585, welches konkrete Anhaltspunkte dafür verlangt, dass die Täter auch tatsächlich in der Funkzelle telefonieren; a.A. zur selben

dieses Eingriffs in die Rechte Dritter insgesamt für verfassungswidrig gehalten.⁴⁸ Die Überlegungen wurden dabei auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit, auch bereits im Hinblick auf die Subsidiarität der Maßnahme, verortet.⁴⁹ Streit bestand auch weiterhin zu der Frage, welche konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen mussten, dass die Täter in der Funkzelle tatsächlich kommuniziert hatten.⁵⁰ Die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 12. März 2003⁵¹ zur Verkehrsdatenerhebung, die noch zu § 12 FAG erging, dürfte ebenfalls Einfluss auf die Neufassung genommen haben. Das BVerfG stellte hier nicht nur klar, dass auch Verbindungsdaten ohne Kommunikationsinhalte vom Schutzbereich des Art. 12 GG umfasst sind,⁵² sondern arbeitete für die Zulässigkeit von Abfragen auch vier Aspekte heraus: Die Erforderlichkeit im Sinne der Ausschöpfung milderer Mittel, das Vorliegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung, ein konkreter Tatverdacht und hierfür eine hinreichend sichere Tatsachengrundlage.⁵³ Für den Kontext der Funkzellenabfrage ist interessant, dass das BVerfG die Zielwahlsuche wegen der Betroffenheit einer Vielzahl von Dritten problematisiert, wobei es zumindest offen lässt, ob vor diesem Hintergrund ein Katalog besonders schwerer Straftaten erforderlich ist.⁵⁴ Dass die Funkzellenabfrage insbesondere auch retrograde Standortdaten beinhaltet, scheint zu diesem Zeitpunkt explizit keine Rolle gespielt zu haben.⁵⁵

Mit der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Neufassung werden die Regelungen zur Verkehrsdatenerhebung untrennbar mit der geplanten Vorratsdatenspeicherung verbunden. Das Schicksal der letzteren hat in der Folge erheblichen Einfluss auf das Regelungsgefüge des § 100g StPO. Aus Platzgründen soll hier allerdings auf ausführliche Darstellungen zur Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung verzichtet werden, sofern diese nicht insbesondere die Funkzellenabfrage betreffen.

Im Rahmen der richtungsweisenden Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung⁵⁶ wurde ausdrücklich auch § 100g Abs. 1 StPO insoweit für nichtig erklärt, als er die Abfrage von gespeicherten Verkehrsdaten gem. § 113a TKG a.F. zuließ. Bereits zuvor hatte das BVerfG in einer

Eilentscheidung die Erhebung nach § 113a TKG gespeicherter Daten auf Katalogtaten des § 100a Abs. 2 StPO a.F. (2008) beschränkt.⁵⁷ Die besondere Eingriffstiefe der anlasslosen Speicherung von Verkehrsdaten begründete das BVerfG unter anderem damit, dass durch Aufzeichnung von Zeitpunkt und Ort der Kommunikation sowie der Kommunikationspartner über einen längeren Zeitraum ein umfangreiches Persönlichkeits- und Bewegungsprofil der Bürger entstehen könne.⁵⁸ Auch entstehe durch die anlasslose Speicherung eine hohe Belastung der Bürger, die befürchten müssten, bereits bei Anwesenheit in einer bestimmten Funkzelle Gegenstand von Ermittlungen zu werden.⁵⁹ Für eine zulässige Verwendung von gespeicherten Daten de lege ferenda führte das BVerfG zunächst aus, dass die Abfrage anlasslos gespeicherter Daten wegen ihrer „Unausweichlichkeit, Vollständigkeit und damit gesteigerten Aussagekraft“ schwerer wiegt als die sonstige Abfrage von Telekommunikationsverbindungsdaten, was sich in den Anordnungsvoraussetzungen einer auf Abfrage der Daten gerichteten Maßnahme widerspiegeln müsse.⁶⁰ Besonders Bezug nahm das BVerfG dabei nochmals auf die bereits angesprochenen „Persönlichkeits- und Bewegungsprofile“.⁶¹ Bei einer solchen Abfrage sei daher ein Katalog besonders schwerer Straftaten erforderlich, der gerade keine Generalklausel zur Öffnung des Katalogs enthält.⁶²

Das Urteil des BVerfG, zusammen mit der späteren Entscheidung des EuGH, welcher die Richtlinie insgesamt für ungültig erklärte,⁶³ führte zu einer grundlegenden Neuregelung der Verkehrsdatenerhebung unter der Maßgabe, die Vorratsdatenspeicherung in verfassungsmäßiger Weise auszugestalten.⁶⁴ Neben einer deutlichen Beschränkung der Vorratsdatenspeicherung sah die Neuregelung als Kernstück eine Trennung der zu erhebenden Daten zwischen den zu geschäftlichen Zwecken erhobenen Daten (§ 96 TKG a.F.) und den anlasslos verpflichtend gespeicherten Daten (§§ 113a ff. TKG a.F.) vor.⁶⁵ Dies sollte sich insbesondere auf gespeicherte Standortdaten beziehen.⁶⁶ Demnach war beabsichtigt, retrograde Standortdaten zukünftig ausschließlich über die anlasslos gespeicherten Verkehrsdaten – und daher nur bei Vorliegen einer Tat aus dem neuen und deutlich engeren Katalog des 100g Abs. 2 StPO – zu erheben. Auf zu geschäftlichen Zwecken gespeicherte retrograde Standortdaten sollte ausdrücklich i.R.d. § 100g Abs. 1 StPO nicht mehr zugegriffen werden können. Zu diesem Zweck wurde die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten aus den Anordnungszwecken des § 100g Abs. 1 S. 1 StPO a.F. (2015) entfernt. Für den Anordnungszweck Aufenthaltsermittlung wurde der

Konstellation allerdings LG Rottweil, Beschl. v. 5.8.2004 – 3 Qs 105/04; LG Rostock, Beschl. v. 16.10.2007 – 19 Qs 97/07 = BeckRS 2009, 7011, welches zunächst andere Ermittlungen als vorrangig ansah.

⁴⁸ Vgl. *Danckwerts*, CR 2002, 539; *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (247).

⁴⁹ Vgl. *Rentzel-Rothe*, StV 2005, 434.

⁵⁰ Vgl. *Rauschberger*, Kriminallistik 2009, 273; *Götz*, Kriminallistik 2009, 403; noch 2012 für eine insoweit restriktive Anwendung: *Kurz*, DRiZ 2012, 153 (154).

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 12.3.2003 – 1 BvR 330/96, 1 BvR 348/99 = NJW 2003, 1787.

⁵² BVerfG NJW 2003, 1787 (1788 f.).

⁵³ BVerfG NJW 2003, 1787 (1791).

⁵⁴ BVerfG NJW 2003, 1787 (1793).

⁵⁵ Vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Ruhmannseder*, JA 2007, 47.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 u.a.

⁵⁷ vgl. BVerfGE 121, 1.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 211.

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 212.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 227.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08.

⁶² BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 228.

⁶³ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12.

⁶⁴ So ausdrücklich BT-Drucks. 18/5088 zu A. Problem und Ziel.

⁶⁵ BT-Drucks. 18/5088 zu B. Lösung.

⁶⁶ BT-Drucks. 18/5088.

neue § 100g Abs. 1 S. 3 StPO a.F. (2015) eingefügt, der vorsah, dass anterograde Standortdaten zur Ermittlung des Aufenthaltsortes herangezogen werden können. Daneben trat § 100g Abs. 2 StPO für die Erhebung anlasslos gespeicherter Daten, die auch retrograde Standortdaten umfassten. Da allerdings die Vorratsdatenspeicherung erst anlaufen musste, war in § 12 Abs. 1 EGStPO eine Übergangsregelung enthalten, die bis 29. Juli 2017 den Rückgriff auf die vorherige Fassung des § 100g Abs. 1 StPO⁶⁷ zur Erhebung geschäftsmäßig gespeicherter, retrograder Standort-Verkehrsdaten erlaubte.

Eher beiläufig findet sich anschließend die Entwurfsbegründung zur Neufassung der Funkzellenabfrage:

„Außerdem werden die Anforderungen an eine Funkzellenabfrage *präzisiert*, um zu gewährleisten, dass auch bei diesen Datenerhebungen die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.“⁶⁸

Auch in der ausführlichen Darstellung der Ziele⁶⁹ wird die Funkzellenabfrage nur in einem Absatz erwähnt. Hier wird erneut der Begriff der Präzisierung verwendet.⁷⁰ Die Erhebung von Verkehrsdaten unbeteiligter, die der Funkzellenabfrage immanent ist, soll auf das notwendige Maß beschränkt werden.⁷¹ Durch die räumlich und zeitlich eng begrenzte Abfrage werde die Erstellung von Bewegungsprofilen unbeteiligter Dritter „wirksam verhindert“.⁷²

Der Gesetzesentwurf enthält dann erstmals eine ausdrückliche Regelung der Funkzellenabfrage in § 100g Abs. 3 StPO, welche der heutigen Fassung im Wesentlichen entspricht. Lediglich der Verweis auf § 113b TKG in § 100g Abs. 3 S. 2 StPO a.F. wurde später durch einen Verweis auf § 176 TKG ersetzt.

Die Ausführungen in der Begründung des Entwurfs legen nahe, dass die Neuregelung der Funkzellenabfrage nicht unmittelbar auf den Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung fußt. Im Anschluss an die Ausführungen zur Neugestaltung des § 100g Abs. 1 StPO und zur Vorratsdatenspeicherung verwendet der Gesetzesentwurf die Formulierung:

„Bei dieser Gelegenheit werden auch die Voraussetzungen der Funkzellenabfrage *präzisiert*.“⁷³

Die Erhebung von Standortdaten hält der Entwurf zwar für „besonders sensibel“,⁷⁴ bespricht diese allerdings in der Folge nur im Zusammenhang mit Erhebungen nach Abs. 1. Zum neuen Abs. 3 führt der Entwurf demgegenüber gerade aus:

„Absatz 3 enthält eine Sonderregelung für Funkzellenabfragen. Bei diesen *handelt es sich nicht um Standortdatenerhebungen*; vielmehr werden bei einer solchen Abfrage alle Verkehrsdaten erhoben, die in einer bestimmten Funkzelle angefallen sind, um festzustellen, welche Mobilgeräte zu einer bestimmten Zeit der betreffenden Funkzelle zuzuordnen waren.“⁷⁵

Auch hinsichtlich der Funkzellenabfrage unterscheidet der Entwurf zwar nach dem Ursprung der Daten: Nach § 96 TKG erhobene Daten, also geschäftsmäßig anfallende Verkehrsdaten, sollen über Abs. 3 S. 1 abgerufen werden können. Für anlasslos gespeicherte Daten sind gem. Abs. 3 S. 2 auch die Voraussetzungen des Abs. 2 zu erfüllen.⁷⁶ In jedem Fall sollen dabei die Zulässigkeitsvoraussetzungen insofern verschärft werden, als durch die ausdrückliche Aufnahme der Verhältnismäßigkeit in die Anordnungsvoraussetzung das „Bewusstsein [...] geschärft“ werde.⁷⁷ Auch an dieser Stelle erwähnt der Entwurf nochmals, der Bildung von Bewegungsprofilen möglichst entgegenwirken zu wollen.⁷⁸

Keine expliziten Ausführungen enthält der Gesetzesentwurf allerdings dazu, ob die Funkzellenabfrage im Gegensatz zu § 100g Abs. 1 StPO a.F. weiterhin den Zugriff auf geschäftsmäßig gespeicherte retrograde Standortdaten ermöglicht. Die Übergangsregelung in § 12 Abs. 1 EGStPO sagt hierzu ebenfalls nichts und erklärt allein § 100g Abs. 1 StPO in seiner vorherigen Fassung⁷⁹ für anwendbar. Weil aber die vorherige Fassung des Gesetzes die Funkzellenabfrage noch nicht aus der allgemeinen Regelung des § 100g Abs. 1 StPO herausgelöst hatte und sie – unsystematisch – nur als Ausnahme von einer Formvorschrift regelte,⁸⁰ blieb die Reichweite dieser Verweisung unklar. Das widersprüchliche Bild, das hierdurch erzeugt wird, zeigt exemplarisch ein Beschluss des BGH-Ermittlungsrichters⁸¹ kurz nach Auslaufen der Übergangsfrist auf. In diesem nahm der BGH-Ermittlungsrichter die nun vom 2. Strafsenat vertretene Linie in Teilen bereits vorweg. Die Entscheidung wird und wurde allerdings kaum rezipiert.⁸² Mutmaßlich galt die Entscheidung bisher

⁶⁷ Also die Fassung 2008.

⁶⁸ BT-Drucks. 18/5088, *Hervorhebung* durch den Verf.

⁶⁹ BT-Drucks. 18/5088, ab S. 21.

⁷⁰ BT-Drucks. 18/5088, S. 24.

⁷¹ BT-Drucks. 18/5088.

⁷² BT-Drucks. 18/5088.

⁷³ BT-Drucks. 18/5088, S. 27, *Hervorhebung* durch den Verf.

⁷⁴ BT-Drucks. 18/5088.

⁷⁵ BT-Drucks. 18/5088, S. 32, *Hervorhebung* durch den Verf.

⁷⁶ BT-Drucks. 18/5088, S. 32 f.

⁷⁷ BT-Drucks. 18/5088.

⁷⁸ BT-Drucks. 18/5088, S. 33

⁷⁹ Der des Gesetzes vom 21.12.2007.

⁸⁰ Zur fragwürdigen Systematik der Regelung aus dem Jahr 2002 *Danckwerts*, CR 2002, 539, 541.

⁸¹ BGH, Beschl. v. 3.8.2017 – 1 BGs 237/17 = NStZ 2018, 47 f. Da es sich um einen relativ kurzen Beschluss handelt, wird davon abgesehen, diese Quelle für die folgenden Sätze zu wiederholen.

⁸² Zur Entscheidungsbesprechung von *Greier* siehe Fn. 87; Aufgenommen wurde die Entscheidung u.a. vom Münchener Kommentar, dem BeckOK StPO, BeckOK IT-Recht und vom Dölling/Duttge/Rössner, auch das LG Arnsberg verweist in einem Beschluss vom 7.6.2019, abrufbar unter BeckRS 2019, 11188, auf die Entscheidung, ohne dass an diesen Stellen eine ausführliche Befassung mit der Begründung stattfindet.

aufgrund der Gesetzesänderung zum 20. November 2019 als überholt.⁸³

Zunächst führt der BGH-Ermittlungsrichter aus, dass der Gesetzgeber die Funkzellenabfrage als Abfrage aller Verkehrsdaten geregelt und damit auch die Abfrage der geschäftsmäßig gespeicherten retrograden Standortdaten mit umfasst habe. Dann allerdings folgt die entgegengesetzte Aussage, dass für die Erhebung solcher Daten mit Auslaufen des § 12 EGStPO keine gesetzliche Grundlage mehr bestehe. Denn es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Funkzellenabfrage von dem, so wörtlich, „seit 29.07.2017 geltenden Verbot“⁸⁴ der Erhebung geschäftlich gespeicherter retrograder Standortdaten habe ausnehmen wollen. Während der BGH-Ermittlungsrichter also anerkennt, dass der Gesetzgeber die Funkzellenabfrage offenbar separat und als eigenständige Rechtsgrundlage geregelt hat, welche den Zugriff auf retrograde Standortdaten ermöglichen würde, legt er gleichwohl die übrigen Regelungen des § 100g Abs. 1 StPO und des § 12 Abs. 1 EGStPO als Verbot der Erhebung solcher Daten aus. Fragwürdig ist dies indessen schon deshalb, weil die StPO keine Verbote für die Erhebung von Daten enthält, sondern vielmehr die bereits durch die Grundrechte umfassend verbotene Erhebung unter bestimmten Umständen ermöglichen soll. Wenn der BGH-Ermittlungsrichter weiter ausführt, es sei gerade die Intention des Gesetzgebers gewesen, auch die Funkzellenabfrage an besondere Voraussetzungen zu knüpfen⁸⁵, erscheint dies eher als apodiktische Festlegung denn als argumentativ hergeleitete Schlussfolgerung.⁸⁶

Es stehen nämlich zwei gegensätzliche Interpretationsmöglichkeiten im Raum: Entweder hat der Gesetzgeber versäumt, die Einbettung des § 100g Abs. 3 StPO in das neue Regelungssystem des § 100g Abs. 1 StPO zu den Standortdaten klarzustellen, oder die Funkzellenabfrage sollte als eigenständige Maßnahme gerade nicht zwischen Standortdaten und sonstigen erhobenen Verkehrsdaten unterscheiden.

Die insgesamt eher kurze Gesetzesbegründung mit ihren etwas vagen Ausführungen zur „Bewusstseinsklärung“ bei Funkzellenabfragen lässt, wie auch die im Übrigen eher beiläufige Behandlung der Regelung als „Präzisierung“ den Schluss zu, dass der Gesetzgeber sich hier weniger gestalterisch tätig sah als vielmehr beabsichtigte, die bestehende Eingriffsnorm möglichst zukunftsicher in eine neue Regelung zu überführen.⁸⁷ Dafür spricht auch eine kurze Übersicht

über die wesentlichen Streitigkeiten um die Funkzellenabfrage in den Jahren zwischen 2008 und 2015.

In den Jahren vor der Neuregelung war die Funkzellenabfrage zu einem in der Praxis häufig verwendeten Ermittlungsinstrument avanciert.⁸⁸ Zu erheblicher Kritik kam es dabei regelmäßig aufgrund des Umfangs an Daten unbeteiligter Dritter, die miterhoben wurden.⁸⁹

Mehrere besonders großflächige Funkzellenabfragen in Dresden anlässlich des 66. Jubiläums der Bombardierung der Stadt, welche zur Aufklärung mutmaßlicher Landfriedensbrüche und Aufdeckung krimineller Vereinigungen beitragen sollten und in einer Erhebung mehr als 65.000 Anschlüsse, in einer weiteren Erhebung sogar mehr als 250.000 Anschlüsse erfasst hatten, führten zu gleich drei Gesetzesinitiativen zur Abschaffung bzw. Begrenzung des Instruments.⁹⁰ Die Entwürfe wurden nicht angenommen, sowohl der Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur Neufassung der Voraussetzungen der Funkzellenabfrage⁹¹ als auch der Entwurf des Freistaates Sachsen zur Neuregelung der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage⁹² haben aber offenbar in einigen Aspekten Eingang in die spätere Neuregelung gefunden. Im Rahmen der Debatte um den Vorgang kam es zu verschiedenen Stellungnahmen. Bereits der Sächsische Datenschutzbeauftragte forderte einen größeren Fokus auf die Abwägung der Rechtsgüter sowie möglichst eine Reduzierung der erhobenen Daten.⁹³ Die Landesdatenschutzkonferenz NRW for-

⁸⁸ Eine bundesweite Statistik zu Maßnahmen speziell nach § 100g Abs. 3 StPO existiert erst seit 2018. Für den vorherigen Zeitraum lassen sich nur aus länderspezifischen Angaben Rückschlüsse ziehen, etwa:

- Schleswig-Holstein: 2009 – 151 Anfragen, 2012 – 256 Anfragen, 2014 – 569 Anfragen (vgl. MMR-Aktuell 2013, 349963; Landtag Schleswig-Holstein, Drs. 18/2838).
- Berlin: 2014 in 305 Verfahren Abfragen (Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17, 615); 2015 in 500 Verfahren (Vgl. Deutscher Anwalt Verein, Pressemitteilung PM 27/15).
- Nordrhein-Westfalen: 2013 mehr als 4.000 Abfragen (Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 16/6051); 2017 mehr als 7.000 (Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 16/14528).
- Niedersachsen: 2015 und 2016 ca. 20.000 Abfragen (Landtag Niedersachsen, Drs. 17, 7262).

Die hohen Zahlen für Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen beruhen mutmaßlich darauf, dass nicht Anordnungen, sondern betroffene Funkzellen und für jeden Betreiber separat gezählt wurden; siehe zur Bedeutung auch S. Hartmann, MMR-Aktuell 2013, 349963, Marberth-Kubicki, Computer und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 428; Singelnstein, JZ 2012, 601 (603).

⁸⁹ Vgl. wie vor, sowie BT-Drs. 17/7033; Puschke/Singelnstein, NJW 2008, 113; ders., NStZ 2012, 593 (602).

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 17/7335, gerichtet auf die ersatzlose Streichung sowie BT-Drs. 17/7033 und BR-Drs. 532/11 zur Verschärfung der Voraussetzungen.

⁹¹ BT-Drs. 17/7033.

⁹² BR-Drs. 532/11.

⁹³ Im Original nicht mehr abrufbar, vgl. aber ZD-Aktuell 2019, 19.

⁸³ So explizit Bär (Fn. 8), § 100g Rn. 52.

⁸⁴ BGH NStZ 2018, 47 (48).

⁸⁵ Ibid., unter Berufung auf BT-Drs. 18/5088 S. 35/36, wo sich allerdings zu dieser Frage, soweit ersichtlich, nichts weiter findet.

⁸⁶ Zustimmung findet die Entscheidung bei Greier, JurisPP-StrafR 2/2018, Anm. 3, der sich allerdings weder mit einer möglichen Unterscheidung zwischen Abfragen nach Abs. 1 und Abs. 3 auseinandersetzt noch näher ausführt, warum die Entscheidung „dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes entspricht“ (S. 3).

⁸⁷ So auch M. Martini, in: v. Münch/König, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 10 Rn. 209 f.

derte eine Beschränkung des Anwendungsbereichs und eine stärkere Beachtung der Verhältnismäßigkeit.⁹⁴ In einer öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 8. Februar 2012 wurde eine Präzisierung und Einschränkung von mehreren Experten befürwortet, ohne dass, soweit ersichtlich, hierzu ein konkreter Vorschlag gemacht worden ist.⁹⁵

Ähnliche Kontroversen löste die Erhebung von 600.000 Datensätzen im sogenannten „Autotransporterfall“ (Schüsse auf Fahrzeuge) aus.⁹⁶ Über die Drittbetroffenheit und die hieraus folgenden Transparenzgebote wurde im Berliner Abgeordnetenhaus längere Zeit gestritten.⁹⁷ Der DAV lehnte Funkzellenabfragen im Jahr 2015 als „kleine Vorratsdatenspeicherung“ ab,⁹⁸ die Berliner taz legte eine Rechnung vor, derzufolge jeder deutsche Mobilfunkanschluss im Jahr 2014 durchschnittlich in mehr als neun Funkzellenabfragen erfasst worden sei.⁹⁹

Die vorstehend skizzierte Debatte stützt die Schlussfolgerung, dass die Neufassung zum Ziel hatte, den Umfang von Abfragen einzudämmen und insbesondere die Verhältnismäßigkeitsprüfung hervorzuheben. Dafür sprechen auch die Anleihen, welche die Neufassung bei den Entwürfen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und des Freistaates Sachsen aus dem Jahr 2011 macht.¹⁰⁰ Dabei bleibt die Neuregelung im Hinblick auf die Anlasstaten sogar hinter den Entwürfen zurück, die eine strikte Begrenzung auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO¹⁰¹ oder zumindest für sonstige erhebliche Straftaten eine Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten¹⁰² vorsahen.

Insgesamt scheint es daher überzeugend, die Begründung des Gesetzgebers im Sinne einer „naiven“ grammatikalischen Auslegung beim Wort zu nehmen: Die Funkzellenabfrage ist keine Standortdatenerhebung im Gefüge des § 100g Abs. 1 StPO, sondern eine eigenständige Maßnahme zur Erhebung aller Verkehrsdaten aus einem räumlich und zeitlich umgrenzten Bereich. Dafür, dass der Gesetzgeber § 100g Abs. 3 StPO gerade ausdrücklich von den ansonsten geltenden Vo-

oraussetzungen für die Erhebung von Standortdaten ausnehmen wollte, spricht darüber hinaus, dass § 100g Abs. 3 StPO zeitgleich mit den Einschränkungen zu Standortdaten überhaupt in das Gesetz aufgenommen worden ist. Hätte der Gesetzgeber von vornherein beabsichtigt, Funkzellenabfragen in das Regelungsgefüge des § 100g Abs. 1 StPO a.F. einzubetten, hätte es nahegelegen, die bisherige Regelungstechnik zu übernehmen und die Funkzellenabfrage weiterhin und ausdrücklich als Unterfall des § 100g Abs. 1 StPO zu behandeln.¹⁰³

Unklar bleibt, warum der Entwurf auch zu Funkzellenabfragen den Gesichtspunkt der Erstellung von Bewegungsprofilen hervorhebt. Wahrscheinlich erscheint, dass der Begriff schlicht deshalb auftaucht, weil es sich um einen fokalen Punkt der gesamten Debatte um die Verkehrsdaten handelt. Konkrete praktische Fälle, in denen gerade Funkzellendaten zur Erstellung eines Bewegungsprofils geführt haben sollen, sind aus den im vorangegangenen zitierten Quellen jedenfalls nicht ersichtlich.¹⁰⁴

Wie bereits angesprochen hat die Ermächtigungsgrundlage für die Funkzellenabfrage mit dem Gesetz vom 10. Dezember 2015¹⁰⁵ im Wesentlichen ihre heutige Form erhalten. Bekanntermaßen ist allerdings auch dieser Versuch des Gesetzgebers, eine Vorratsdatenspeicherung zu etablieren, fehlgeschlagen. Auf verwaltungsgerichtlichem Weg wurde die tatsächliche Umsetzung zunächst per einstweiliger Verfügung gestoppt.¹⁰⁶ Die in § 12 EGStPO vorgesehene Übergangsfrist lief aus, ohne dass Daten gem. § 113b TKG tatsächlich erhoben werden konnten. Weil das Gesetz vom 10. Dezember 2015 in § 100g Abs. 1 S. 1 und S. 3 StPO a.F. die Erhebungsbefugnis für bestimmte, namentlich die Standort-Daten, an eine bestimmte Datenquelle geknüpft hatte¹⁰⁷, führte das Auslaufen der Übergangsfrist dazu, dass keine Regelung zur Erhebung retrograder Standortdaten mehr bestand – jedenfalls nicht i.R.d. § 100g Abs. 1 StPO.

In der Praxis wurde dieses Problem bald durch eine analoge Anwendung des § 100g Abs. 2 StPO auch auf geschäftsmäßig gespeicherte Daten gelöst.¹⁰⁸ Kurz nachdem durch den EuGH auch die neuen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung für unionsrechtswidrig erklärt worden waren¹⁰⁹, wurde eine erneute Neuregelung der Verkehrsdatener-

⁹⁴ Im Original nicht mehr abrufbar, vgl. aber MMR-Aktuell 2011, 321135.

⁹⁵ *Deutscher Bundestag*, Pressemeldung 2012, abrufbar unter https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2012/37274933_kw06_pa_recht-207316 (19.9.2024);

vgl. auch ZD-Aktuell 2012, 02772.

⁹⁶ Vgl. dazu NJW-Spezial 2013, 666.

⁹⁷ Vgl. den Gastbeitrag von C. Lauer, Tagesspiegel v. 12.9.2015, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/vielleicht-werden-sie-gerade-uberwacht-4429000.html> (19.9.2024).

⁹⁸ DAV, Pressemitteilung PM 27/15.

⁹⁹ Peter, taz v. 9.8.2015, abrufbar unter <https://taz.de/UeberwachungdurchFunkzellenabfrage/!5219090/> (19.9.2024).

¹⁰⁰ BT-Drs. 17/7033 sowie BR-Drs. 532/11. Sowohl in dem Verweis auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO wie auch in den Begründungsanforderungen spiegeln sich bereits in den Entwürfen verwendete Formulierungen wider.

¹⁰¹ Der Entwurf BT-Drs. 17/7033.

¹⁰² Der Entwurf 532/11.

¹⁰³ So auch Kienle, NZWiSt 2024, 261 (267).

¹⁰⁴ Vgl. Fn. 89 ff.

¹⁰⁵ Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten.

¹⁰⁶ Vgl. nur OVG Münster, Beschl. v. 22.6.2017 – 13 B 238/17.

¹⁰⁷ Obwohl dies, wie die späteren Änderungen zeigen, zur Erreichung des Zwecks eigentlich nicht erforderlich gewesen wäre.

¹⁰⁸ Zusammenfassend Bär, DRiZ 2019, 94, m.w.N.; vgl. auch LG Mannheim, Beschl. v. 18.1.2018 – 4 Qs 39/17; Heinrichs/Weingast (Fn. 6), § 100g Rn. 1a; Kritisch dazu Wimmer, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 842 ff.

¹⁰⁹ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 20.9.2022 – C-793/19, C-794/19.

fassung und -abfrage verabschiedet.¹¹⁰ Diese beruhte allerdings auf einem bereits im Jahr 2018 ausgearbeiteten Gesetzesentwurf zur Anpassung an das neue europäische Datenschutzrecht.¹¹¹

Diese Änderungen dienten nach der Begründung des Entwurfs neben der Erfassung nicht öffentlicher Telekommunikationsdienste¹¹² dazu, eine ausdrückliche Möglichkeit zu schaffen, „unter den besonders strengen Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO“ auf retrograde Standortdaten, die im geschäftlichen Betrieb gespeichert sind, zurückzugreifen.¹¹³ Zu diesem Punkt führt die Begründung weiter aus, dass nach der bisherigen Rechtslage die Erhebung aus geschäftlichen Gründen gespeicherter, retrograder Standortdaten nicht möglich war.¹¹⁴ Durch die Neuregelung soll der Zugriff hierauf wieder ermöglicht werden, wobei „die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers gewahrt [wird], der im Jahr 2015 Standortdaten *insgesamt* nur noch nach den strengen Anforderungen des § 100g Abs. 2 StPO erheben lassen wollte“.¹¹⁵ Am Ende folgt der etwas kryptische Satz, dass „mit Blick auf die weitere [sic!] Verfahrensvorschriften“ zu beachten sei, dass es sich um eine auf § 100g Abs. 1 StPO gestützte Erhebung handele.¹¹⁶

Ausführungen zur Funkzellenabfrage enthält der Entwurf nicht. Allerdings könnte man die „retrograden“ Ausführungen zur Intention der Neufassung im Jahr 2015 dahingehend verstehen, dass eben doch „insgesamt“ bei retrograden Standortdaten auch § 100g Abs. 2 StPO zur Anwendung kommen müsse. Dann allerdings stellt sich die Frage, warum dies nicht auch für die Funkzellenabfrage ausdrücklich klar gestellt worden ist. Dass der Gesetzgeber in den Wirren der wiederholten Neuregelungen von einer Selbstverständlichkeit ausgegangen ist, scheint wenig plausibel. Auch die strafrechtliche Praxis kann ihm hierzu kaum Anhaltspunkt gegeben haben; die einschlägige Kommentarliteratur behandelt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die Frage bis heute nicht oder jedenfalls nicht eindeutig.¹¹⁷

¹¹⁰ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 20.11.2019.

¹¹¹ BT-Drs. 19/4671.

¹¹² Gemeint ist der, für die Praxis kaum relevante, digitale Behördenfunk.

¹¹³ BT-Drs. 19/4671, S. 46.

¹¹⁴ BT-Drs. 19/4671, S. 61 a.E.

¹¹⁵ BT-Drs. 19/4671, S. 61, *Hervorhebung* durch den Verf.

¹¹⁶ BT-Drs. 19/4671, S. 62. Aus dem Kontext scheint sich dieser Satz auf die Vorschriften für die Verwertung von Daten in anderen Verfahren zu beziehen, was damit in der Sache gemeint sein soll, bleibt dennoch unklar.

¹¹⁷ Vgl. Köhler (Fn. 33), § 100g Rn. 36; Bär (Fn. 8), § 100g Rn. 50–52; A. Hartmann (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 16/17 allerdings weniger eindeutig in der 5. Aufl. 2022, § 100g Rn. 29/30; Heinrichs/Weingast (Fn. 6), § 100g Rn. 12; Greco/Wolter (Fn. 6), § 100g Rn. 57/58; Hauck (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 52/53; unklar bei Eschelbach (Fn. 32),

Grundsätzlich scheint es aus methodischer Sicht problematisch, die knappen Ausführungen der Entwurfsbegründung aus dem Jahr 2018 als Auslegungshilfe für die grundlegende Neuordnung im Jahr 2015 zu behandeln. Bei den im Jahr 2018 entworfenen Änderungen handelt es sich um Korrekturen – man könnte auch von Notfallmaßnahmen sprechen –, die nach dem Scheitern des ursprünglichen Konzepts notwendig geworden waren. Dass dies einer klaren und systematisch stringenten Regelung nicht zuträglich ist, liegt auf der Hand. Die Ausführungen des Entwurfs lassen sich zwanglos als Korrektur einer fehlgeschlagenen Konstruktion innerhalb des § 100g Abs. 1 StPO deuten.¹¹⁸ Sie über die ausdrückliche Positionierung aus dem Entwurf 2015, Funkzellenabfragen seien eben keine Standorterhebungen¹¹⁹, zu stellen, überzeugt nicht. Auch wenn man diese Positionierung in der Sache für verfehlt hält,¹²⁰ muss sie bei der Ermittlung der Intention des Gesetzgebers in Ermangelung weiterer konkreter Stellungnahmen desselben zur Einordnung der Funkzellenabfrage erhebliches Gewicht beanspruchen.

Mit der Modernisierung des Telekommunikationsgesetzes hat § 100g StPO auch im Hinblick auf die Verweisungsvorschriften seine heutige Form erhalten, ohne dass hierbei eine Änderung in der Sache erfolgte.¹²¹ Abschließend kann damit auch konstatiert werden, dass der Gesetzgeber § 100g Abs. 3 StPO trotz mehrerer Gelegenheiten nicht dahingehend konkretisiert hat, dass (jedenfalls für auch retrograde Abfragen) stets eine Anlasstat aus dem Katalog des § 100g Abs. 2 StPO erforderlich ist.

Die Annahmen des BGH zur Intention des Gesetzgebers begegnen daher aus hiesiger Sicht erheblichen Zweifeln. Eine klare Positionierung des Gesetzgebers zur Einordnung des § 100g Abs. 3 StPO in das Regelungskonzept des § 100g Abs. 1 StPO fehlt, eine implizite Einordnung ergibt sich weder aus den Entscheidungen des BVerfG noch aus der öffentlichen Debatte oder nachfolgenden Gesetzesänderungen. Eine solch weitgehende Auslegung wird, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen sollen, auch von der Systematik des Gesetzes nicht gestützt.

2. Wortlaut und Systematik der Funkzellenabfrage *de lege lata*

Auch Wortlaut und Systematik der Funkzellenabfrage streiten in der heutigen Fassung des § 100g Abs. 3 StPO für eine eigenständige Eingriffsnorm.¹²² Dafür spricht nicht nur die

§ 100g Rn. 37/39; a.A. allerdings ausdrücklich bei Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 86/87.

¹¹⁸ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 40 ff. (juris).

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/5088.

¹²⁰ Dies deutet der BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 Str 171/23, Rn. 26, zumindest an, wenn er ausführt, die Wertung des Gesetzgebers sei „nicht näher begründet“.

¹²¹ Gesetz v. 23.6.2021, BGBl. I 2021, S. 1858, siehe auch die Begründung in BT-Drs 19/26108, S. 393.

¹²² So auch Kienle, NZWiSt 2024, 261 (267); A. Hartmann (Fn. 2), StPO § 100g Rn. 1; Greco/Wolter (Fn. 6), § 100g Rn. 1; Köhler (Fn. 33), § 100g Rn. 36; wohl auch Eschelbach

Regelung in einem gesonderten Absatz, sondern auch die Aufnahme der Legaldefinition in diesen Absatz und die Regelung eigener Anordnungsvoraussetzungen. Dabei findet sich keine Formulierung (etwa „darüber hinaus“ oder „insbesondere“), die nahelegen würde, dass es sich bei den in § 100g Abs. 3 StPO geregelten Voraussetzungen lediglich um eine Änderung oder Präzisierung der allgemeinen Regeln der Abs. 1 und 2 handelt.

Dagegen ließe sich allerdings anführen, dass die Formulierung in § 100g Abs. 3 S. 1 StPO, „Die Erhebung [...] ist nur zulässig [...]“, im Gegensatz zur ansonsten üblichen Formulierung „darf erhoben/abgehört etc. werden“ für die Regelung eines Sonderfalls und nicht für eine eigenständige Ermächtigung spricht. Von „zulässigen“ Erhebungen spricht das Gesetz auch in § 100g Abs. 1 S. 2, S. 3 und S. 4 StPO für die unterschiedlichen Varianten der Maßnahme nach Abs. 1.¹²³ Allein die vorstehenden Punkte ergeben daher keine eindeutige Einordnung. Ein genauerer Blick auf die konkreten Regelungen zu den Anordnungsvoraussetzungen spricht jedoch für eine eigenständige und insbesondere von § 100g Abs. 2 StPO getrennte Eingriffsermächtigung.

Besonderes Augenmerk ist im Lichte der Konstruktion, die der 2. Strafsenat für die Einbeziehung des § 100g Abs. 1 S. 3 StPO in den § 100g Abs. 3 StPO gewählt hat, auf die Verweisung des § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO zu richten. Diese lautet: „wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 erfüllt sind“. Die Verweisung ist also spezifisch und ihrem Wortlaut nach abschließend. Eine erweiternde Auslegung ist daher bereits vor dem Hintergrund der Wortlautgrenze problematisch.

Auch umgekehrt enthält der vom 2. Strafsenat mit in Bezug genommene § 100g Abs. 1 S. 3 StPO die Formulierung „Die Erhebung [...] ist nach diesem Absatz nur zulässig [...]“. Damit würden durch die Inbezugnahme „auf beiden Seiten“ ausdrückliche Beschränkungen ausgehebelt.¹²⁴

Systematisch ist weiter zu konstatieren, dass § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StPO eine strenge Subsidiariätsklausel enthält, welche der Subsidiaritätsklausel des § 100g Abs. 2 S. 1 StPO entspricht. Die Verhältnismäßigkeitsklausel des § 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StPO findet sich ebenfalls sowohl in § 100g Abs. 1 S. 1 StPO als auch in § 100g Abs. 2 S. 1 StPO. Diese Doppelung der Voraussetzungen wäre überflüssig, wenn man den gesamten § 100g StPO als einheitliche Regelung mit Abstufungen betrachten wollte. Insbesondere wäre nicht erklärbar, warum § 100g Abs. 3 StPO ein Mosaik aus den Anordnungsvoraussetzungen der Absätze 1 und 2 enthält, wenn über § 100g Abs. 1 S. 3 StPO ohnehin die gesamten Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO einbezogen wären.¹²⁵

Dagegen ließe sich noch anführen, dass die Möglichkeit rein anterograder Funkzellenabfragen besteht, und für diesen Fall auch nach der Konzeption des 2. Strafsenats eine Überschneidung zwischen § 100g Abs. 2 und Abs. 3 StPO nicht besteht.

Selbst dann ergibt sich jedoch ein weiterer Widerspruch mit § 100g Abs. 3 S. 2 StPO. Denn dieser erklärt für den Rückgriff auf anlasslos gespeicherte Verkehrsdaten ausdrücklich § 100g Abs. 2 StPO für anwendbar. Dies kann sich offensichtlich allein auf rückwirkende Abfragen beziehen, da es andernfalls keiner Speicherung bedarf. Diese Regelung würde nach der Konzeption des BGH damit vollständig leerlaufen.¹²⁶ Im Übrigen verweisen auch die Vorschriften zur Verwendung von erhobenen Daten in anderen Verfahren stets auf § 100g Abs. 2 StPO i.V.m. § 100g Abs. 3 S. 2 StPO, aber nicht auf § 100g Abs. 3 S. 1 StPO.¹²⁷

Schließlich soll noch einmal die Legaldefinition der Funkzellenabfrage in den Blick genommen werden: Funkzellenabfrage ist „Die Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Verkehrsdaten“. Dem entspricht der auch vom 2. Strafsenat gesehene Umstand, dass bei einer ortsbasierten Abfrage, die sich auf einen vergangenen Zeitraum bezieht, naturgemäß retrograde Standortdaten erhoben werden.¹²⁸ Daraus hat der 2. Strafsenat, wie bereits oben (I. 3.) ausgeführt, geschlossen, dass die Funkzellenabfrage als Erhebung retrograder Standortdaten i.S.v. § 100g Abs. 1 S. 3 StPO zu behandeln ist.¹²⁹ Dieser Schluss erscheint aber nicht zwingend. Denn die Prämisse, dass die Erhebung „aller Verkehrsdaten“ § 100g Abs. 1 S. 3 StPO unterfällt, widerspricht dessen eindeutigem Wortlaut: „nach diesem Absatz“. Vor diesem Hintergrund eröffnet sich eine diametral entgegengesetzte Lesart der Legaldefinition: Während § 100g Abs. 1 StPO in den Sätzen 3 und 4 zwischen Standortdaten und sonstigen Verkehrsdaten, retrograd und anterograd unterscheidet, weist § 100g Abs. 3 S. 1 StPO diese Unterscheidung in der Legaldefinition ausdrücklich zurück.

Insgesamt sprechen daher die deutlich besseren Gründe für eine Einordnung des § 100g Abs. 3 StPO als eigenständige Eingriffsnorm, die gerade keine Unterscheidung zwischen verschiedenen Formen von Verkehrsdaten (außer ihrer Quelle nach) trifft und daher ohne besondere Voraussetzungen – de lege lata – auch retrograde Standortdaten umfasst.

Der 2. Strafsenat hat demgegenüber in seinem Beschluss die Systematik historisierend betrachtet und kommt vor diesem Hintergrund ohne nähere Auseinandersetzung mit den vorgenannten Punkten zu dem Schluss, diese sei „nicht eindeutig“.¹³⁰ Dies ist bereits methodisch verfehlt, denn damit wird die Wechselwirkung zwischen gesetzgeberischer Intention und tatsächlichem Wortlaut und Systematik einseitig zugunsten der (vermeintlichen) Intention aufgelöst. Die be-

(Fn. 32), § 100g Rn. 1; vgl. auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 23 (juris).

¹²³ Wobei allerdings umgekehrt § 100g Abs. 3 S. 2 StPO wiederum im Gegensatz zu § 100g Abs. 1 S. 4 StPO die Formulierung „darf“ verwendet.

¹²⁴ So i.E. auch Kienle, NZWiSt 2024, 261 (266).

¹²⁵ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 27 ff. (juris).

¹²⁶ So auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 25 (juris).

¹²⁷ Vgl. LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 45 ff. (juris).

¹²⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 16.

¹²⁹ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23.

¹³⁰ BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 23.

reits unter 1. ausgeführten Zweifel an der Verlässlichkeit der dem Beschluss zugrunde liegenden Einschätzung der gesetzgeberischen Intention werden dadurch nicht beseitigt.

3. Teleologische Aspekte

Ungeachtet der vorgenannten Punkte mag es dennoch gute Argumente geben, die Funkzellenabfrage einschränkend auszulegen, insbesondere auch vor dem Hintergrund der zur Vorratsdatenspeicherung ergangenen Entscheidungen des BVerfG und des EuGH. Unbestreitbar muss gerade im Bereich der Telekommunikationsüberwachung einer verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung erhebliches Gewicht zukommen. Zweifel bestehen hier aber hinsichtlich der Frage, ob ausgerechnet der Aspekt der Erstellung von Bewegungsprofilen für die Funkzellenabfrage der relevante Anknüpfungspunkt sein kann.

Der 2. Strafsenat nimmt, wie bereits Rückert¹³¹, ausdrücklich Bezug auf die Erstellung von Bewegungsprofilen.¹³² Angeknüpft wird dabei an die Begründung des Gesetzesentwurfs, welche diesen Punkt ebenfalls referiert hat.¹³³ Zumindest merkwürdig ist dies deshalb, weil eine Funkzellenabfrage gerade nicht anschluss-, sondern ortsbezogen ist. Eine Abfrage, die zum Gegenstand hat zu ermitteln, in welchen Funkzellen sich ein bestimmter Anschluss wann aufgehalten hat – das klassische Bewegungsprofil –, ist gerade keine Funkzellenabfrage.¹³⁴ Tatsächlich gibt es Fälle, in denen über Funkzellenabfragen eine Bewegung der Täter – genauer ihrer unbekanntem Anschlüsse/Geräte – abgebildet werden soll. Z.B. könnte aufgrund von Zeugenangaben zum Fluchtweg der Täter eine Abfrage mehrerer Funkzellen entlang dieses Fluchtweges angestrebt werden, um nach Kreuztreffern zu suchen. Allerdings handelt es sich hier eigentlich nicht um die Erstellung eines Bewegungsprofils, sondern es ist umgekehrt ein Bewegungsprofil bereits bekannt (bzw. es besteht ein entsprechender Verdacht) und anhand dieses „Profils des unbekanntem Täters“ sollen nun z.B. Identifizierungsansätze gewonnen werden.

Der qualitative Unterschied zwischen Abfragen gem. § 100g Abs. 1 und solchen gem. Abs. 3 StPO liegt insofern darin, dass eine Abfrage gem. Abs. 1 stets und zwangsläufig (sofern überhaupt Verbindungsdaten anfallen) ein (mehr oder weniger lückenhaftes) Bewegungsprofil erzeugt, während eine Abfrage gem. Abs. 3 ein bestehendes (Verdachts-)Bewegungsprofil belegen, aber nicht gezielt erzeugen kann.¹³⁵

¹³¹ Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 86/87.

¹³² BGH, Beschl. v. 10.1.2024 – 2 StR 171/23, Rn. 26, zumindest „partielle“ Bewegungsprofile.

¹³³ BT-Drucks. 18/5088, S. 24.

¹³⁴ Vgl. auch Bär (Fn. 8), § 100g Rn. 47; Rosengarten/ Angerer, Kriminalistik 2024, 494.

¹³⁵ So auch Rosengarten/Angerer, Kriminalistik 2024, 494; i.E. auch LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 56 (juris). In diese Richtung Graulich, in: Lisen/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Rn. 821; Ruppert, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 26 Rn. 42.

Entgegen der von Rückert¹³⁶ vertretenen Ansicht sind Bewegungsprofile durch Funkzellenabfragen nicht lediglich „technisch schwieriger zu bewerkstelligen“¹³⁷, sondern können nur durch Abfrage *aller potentiellen Aufenthaltsorte* der Betroffenen entstehen. Ein solches Ergebnis mag für unbeteiligte Dritte zufällig eintreten, wie es ohne offensichtlichen Rechtsmissbrauch von den Ermittlungsbehörden – erst recht für eine „Vielzahl von Unbeteiligten“¹³⁸ – forciert werden sollte, erschließt sich nicht.¹³⁹ Erstaunlich ist, dass Rückert ein entsprechendes Argument bei der Eingriffsintensität des IMSI-Catchers anführt, wo doch sowohl Ansatzpunkt der Maßnahme (vermuteter Aufenthalt des Beschuldigten) als auch die technische Umsetzung (es wird eine Funkzelle erzeugt) der Funkzellenabfrage durchaus ähneln.¹⁴⁰

Dabei geht es nicht um die rein semantische Frage, wie ein „Bewegungsprofil“ richtig zu definieren ist. Hinter dem Begriff steht die vom BVerfG artikulierte besondere Eingriffstiefe einer Erhebung der Verkehrsdaten bei umfassender und automatisierter Auswertung.¹⁴¹ Bereits in seiner Grundlagenentscheidung zu den Verkehrsdaten legt das BVerfG besonderes Augenmerk auf die Schlüsse, die sich aus der Gesamtheit der Verbindungsdaten ziehen lassen.¹⁴² Im Rahmen seiner Ausführungen zur Gestaltung der Vorratsdatenspeicherung de lege ferenda knüpft das BVerfG die Einführung eines Katalogs besonders schwerer Straftaten, wie er in § 100g Abs. 2 StPO umgesetzt wurde, explizit an die „Unausweichlichkeit, Vollständigkeit und damit gesteigerte Aussagekraft“¹⁴³ der Vorratsdatenspeicherung. Ähnlich stützt auch der EuGH in seinen Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung die besondere Eingriffstiefe auf die umfassende Erfassung von Daten und das sich daraus ergebende Gesamtbild.¹⁴⁴ Bemerkenswert ist hier, dass der EuGH explizit die

¹³⁶ Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 87; auch in seiner Habilitationsschrift Rückert, Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 340 f.

¹³⁷ Rückert (Fn. 7), § 100g Rn. 87.

¹³⁸ So die Befürchtung Rückerts (Fn. 7), § 100g Rn. 87.

¹³⁹ Wenn Rückert, (Fn. 7), § 100g Rn. 87, hier als Beispiel das „mehrfache Abfragen der Daten verschiedener, örtlich zusammenhängender Funkzellen für länger zurückliegende Zeiträume (z.B. in einem bestimmten Stadtviertel)“ anbietet, trägt das zur Erhellung wenig bei. Wie soll entschieden werden, welche „verschiede[n], örtlich zusammenhängende[n]“ Funkzellen abgefragt werden müssen, um die Bewegungen einer oder mehrerer Personen zu erfassen?

¹⁴⁰ Vgl. Rückert (Fn. 136), S. 344.

¹⁴¹ BVerfG NJW 2010, 833 (838 Rn. 211), in dieselbe Richtung (839 Rn. 218).

¹⁴² BVerfG NJW 2003, 1787 (1790 a.E.).

¹⁴³ BVerfG NJW 2010, 833 (841 Rn. 227 f.).

¹⁴⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 78, 87. Zwar führt der EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 88/89, aus, dass auch die begrenzte oder kurze Speicherung von Verkehrsdaten geeignet ist, „sehr genaue Informationen“ zu liefern, dies dürfte sich aber im Kontext auf Zeiträume von Tagen oder Wochen beziehen, vgl. EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 90.

Möglichkeit eröffnet hat, eine gezielte Vorratsdatenspeicherung nach einem geographischen Kriterium zu regeln.¹⁴⁵

Funkzellenabfragen sind demgegenüber ihrer Konzeption nach punktuell.¹⁴⁶ Hierin liegt auch ihr Wert für die Ermittlungen, denn es soll in der Regel ein ganz bestimmter Vorgang einer Person zugeordnet werden.¹⁴⁷ Zwar können auch aus einer punktuellen Abfrage grundsätzlich Schlüsse gezogen werden, die in die Privat- oder sogar Intimsphäre der Betroffenen hereinreichen. Die besondere Aussagekraft einer umfassenden oder gar vollständigen Erfassung wird dadurch aber nicht erzeugt.¹⁴⁸ Im Gegensatz zu einer ggf. mehrere Monate andauernden anschlussbezogenen Erhebung gem. § 100g Abs. 1 StPO generiert die Funkzellenabfrage zu einzelnen Betroffenen nur Datenpunkte ohne innere Verknüpfung.¹⁴⁹ Zwar greift auch die Erhebung nur verknüpfbarer Daten in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ein,¹⁵⁰ die Bildung eines Profils erfordert aber zusätzliche Schritte auf der Ebene der Datenverarbeitung.

Für die Ebene der Datenerhebung treten daher andere grundrechtlich relevante Aspekte, namentlich die hohe Anzahl von Betroffenen und das Interesse an einer unbefangenen Kommunikation, ohne das dauerhafte Risiko, in den Fokus von Ermittlungen zu geraten, in den Vordergrund.¹⁵¹ Gerade diese Umstände waren es auch, die vor 2015 die Debatte um die Funkzellenabfragen dominierten¹⁵² und wei-

terhin regelmäßig Erwähnung finden.¹⁵³ Eine Verschärfung des Maßnahmenkatalogs führt natürlich dazu, dass auch diese Bedenken durch die rein faktische Verringerung von Abfragen jedenfalls gemindert werden. Doch allein die Anlasstat selbst begrenzt die Streubreite der Maßnahme für sich gesehen nicht. Dies zeigen eindrucksvoll die Maßnahmen in Dresden im Jahr 2011: Anlasstaten waren hier der besonders schwere Landfriedensbruch gem. § 125a StGB sowie die Bildung krimineller Vereinigungen gem. § 129 Abs. 1 StGB. Bei beiden Taten handelt es sich um Katalogtaten gem. § 100g Abs. 2 StPO.¹⁵⁴

Gleichzeitig würde die Anwendung des Katalogs des § 100g Abs. 2 StPO die abstrakte Schwere der durch retrograde Funkzellenabfragen verursachten Grundrechtseingriffe deutlich oberhalb selbst der inhaltlichen Telekommunikationsüberwachung und in der Nähe der Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO angesiedelt. Dies scheint jedenfalls prima facie überzogen. Wie genau die Schwere des durch eine Funkzellenabfrage verursachten Eingriffs zu bewerten ist, würde einer eigenständigen Untersuchung bedürfen. An dieser Stelle sollen daher nur einige Ansätze skizziert werden.

Rechtstechnisch wird sich eine konkrete Bestimmung der Eingriffstiefe schwer anders als in der Verhältnismäßigkeitsprüfung verorten lassen.¹⁵⁵ Dabei stellt sich das Problem, dass Entscheidungen unter Zeitdruck und in einem sehr frühen Stadium der Ermittlungen bei entsprechend knapper Tatsachengrundlage zu treffen sind.¹⁵⁶ Die derzeitigen gesetzlichen Formulierungen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit sind wenig konkret und stellen praktisch wohl kaum mehr als eine Ermahnung dar.¹⁵⁷ Inhaltlich fundierte Abwägungen auf Grundlage der vorliegenden Erkenntnisse zum voraussichtlichen Umfang der Erhebung der Daten Dritter sind gleichwohl möglich.¹⁵⁸

Zentral für das Gewicht des Grundrechtseingriffs dürfte auch die Frage sein, wann das Vertrauen der Bürger in eine unbefangene Kommunikation tatsächlich Schaden nimmt. Die um die Vorratsdatenspeicherung entbrannte Debatte hat hier möglicherweise durchaus interessante Ansatzpunkte „verschüttet“. So stellte *Danckwerts* 2002 einen Bezug zur DNA-Reihenuntersuchung her.¹⁵⁹ Auch Bezüge zur Raster-

¹⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.4.2022 – C 140/20, Rn. 76, 79, bestätigt in EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C 793/19, C 794/19, Rn. 105, 108.

¹⁴⁶ So auch aus der Praxis LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24, Rn. 56 (juris).

¹⁴⁷ Funkzellenabfragen sollten daher bereits aus dem Aufklärungsinteresse selbst heraus möglichst eng begrenzt werden. Mehr Daten bedeutet hier nicht zwangsläufig mehr Ermittlungserfolg, da die Gefahr falscher positiver Treffer steigt und die Ressourcen zur Auswertung begrenzt sind. Zum technischen Aufwand vgl. auch *Bär* (Fn. 8), § 100g Rn. 53.

¹⁴⁸ Schließlich können auch andere Maßnahmen, wie Observationen oder sogar Durchsuchungen zu Erkenntnissen führen, die tief in die Privatsphäre hineinreichen.

¹⁴⁹ So auch *Kienle*, NZWiSt 2024, 261 (267). Demgegenüber stellt *Rückert* (Fn. 136), S. 340 f., die Funkzellenabfrage umfassend der Erhebung nach § 100g Abs. 1 StPO gleich, ohne auf die verschiedenen Ansatzpunkte der Maßnahmen einzugehen.

¹⁵⁰ Vgl. *Rückert* (Fn. 136), S. 246, unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 = NJW 1984, 419.

¹⁵¹ So bereits *Wohlers/Demko*, StV 2003, 241 (247); BVerfG NJW 2003, 1787 (1793 unter cc); BVerfG NJW 2010, 833 (838 a.E.); ähnlich der EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 = NJW 2014, 2169 (2172 Rn. 58); vgl. auch *Bär*, NZWiSt 2017, 84 (85).

¹⁵² Siehe oben Fn. 46 ff., 89 ff.; vgl. auch die dementsprechende Positionierung des Gesetzgebers in BT-Drs. 18/5088, S. 32 f.

¹⁵³ Vgl. neben der Kommentarliteratur (Fn. 117) *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 2478.

¹⁵⁴ § 100g Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b und c StPO, wobei hinsichtlich der Bildung krimineller Vereinigungen noch die Voraussetzungen des § 129 Abs. 5 S. 3 StGB zu prüfen wären.

¹⁵⁵ So bereits *Ruhmannseder*, JA 1/2007, 47 (51); *Singelstein*, JZ 2012, 601 (603 letzter Absatz); in dieselbe Richtung *Hauck* (Fn. 10), StPO § 100g Rn. 53.

¹⁵⁶ So auch *Eschelbach* (Fn. 32), § 100g Rn. 40.

¹⁵⁷ Vgl. Fn. 14, 15.

¹⁵⁸ Als ein Beispiel einer solchen Abwägung ließe sich nennen LG Dortmund, Beschl. v. 23.2.2016 – 36 Qs 25/15 = BeckRS 2016, 117114.

¹⁵⁹ *Danckwerts*, CR 2002, 539, 542.

fahndung wurden verschiedentlich gesehen.¹⁶⁰ Zwischen diesen Maßnahmen und der Funkzellenabfrage bestehen tatsächlich wichtige Gemeinsamkeiten: Auch die Funkzellenabfrage ist regelmäßig darauf gerichtet, ein bestimmtes persönliches Merkmal (die Anwesenheit an einem bestimmten Ort) einer großen Zahl von Personen zu erfassen, um sodann einen Abgleich mit bestimmten „Tätermerkmalen“ vorzunehmen. Dabei können die Tätermerkmale bereits eindeutig sein, etwa wenn bereits ein Tatverdächtiger und sein Anschluss bekannt sind und die Anwesenheit am Tatort nachgewiesen werden soll. Sie können aber auch diffus sein, etwa wenn zu unbekannt Tätern nur ein Fluchtweg mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann. Jedenfalls tritt zur Datenerhebung regelmäßig ein zweiter Schritt der Datenverarbeitung hinzu. Die Schwere des Eingriffs wird sich dabei für die Drittbeteiligten auch danach bestimmen, ob die erhobenen Daten dabei mit weiteren Informationen, etwa aus Bestandsdaten und Melderegisteranfragen, kombiniert werden.¹⁶¹

Maßgebliche Bedeutung sollte daher nicht nur der Frage zukommen, wie stark die Abfrage zeitlich und örtlich begrenzt ist und damit wie groß die Zahl der mutmaßlich miterfassten Unbeteiligten sein wird. Hinzutreten sollte insbesondere die Überlegung, ob und ggf. auf Grundlage welcher Kriterien aus den Daten verdächtige Anschlüsse gefiltert werden sollen und welche zusätzliche Verarbeitung der Daten unbeteiligter Dritter dabei zu erwarten ist. Dies setzt voraus, dass die Ermittlungsbehörden bereits bei Antragstellung konkret darstellen, wie sie beabsichtigen, die Daten weiterzuverarbeiten, um Ermittlungsansätze zu erzeugen.

Es scheint plausibel, die Eingriffsintensität einer Maßnahme dann niedriger zu bewerten, wenn die Daten Dritter nicht mit weiteren Informationen angereichert werden. So wäre die Erhebung mehrerer Funkzellen zur Suche nach Kreuztreffern als weniger schwerwiegend zu betrachten, weil zwar eine größere Zahl Dritter von der Maßnahme betroffen ist, die Daten der Dritten aber lediglich in Rohform verglichen werden und dabei der allergrößte Teil wieder ausscheidet, ohne in den Fokus von Ermittlungen zu geraten. Soll dagegen aus einer einzigen Funkzelle durch Zusammentragen von weiteren Informationen ein Täterprofil ausgeschieden werden – etwa durch weitere Überprüfung der Anschlussinhaber, ihrer Wohnorte oder gar ihres Aussehens – scheint diese Maßnahme eher schwerer zu wiegen, auch wenn die absolute Zahl Drittbetroffener gering bliebe.¹⁶²

¹⁶⁰ Vgl. etwa *Ruhmannseder*, JA 2007, 47 (51); *Kurz*, DRiZ 2012, 153 (154).

¹⁶¹ In diese Richtung auch *Rückert* (Fn. 136), S. 246, der die Eingriffstiefe jedenfalls herabgesetzt sieht, wenn Daten erst durch weitere Abfragen einer Person zugeordnet werden können.

¹⁶² Insofern erlangt, auf der Ebene der Datenverarbeitung, das Persönlichkeitsprofil wieder Bedeutung; vgl. dazu auch *Rückert* (Fn. 136), S. 250 ff.

Transparenzsysteme, wie das zuletzt pilotierte Berliner Modell,¹⁶³ könnten dabei dazu beitragen, das Vertrauen der Bürger zu stärken, wenn entsprechend der obigen Überlegungen auch mitgeteilt wird, ob zusätzlich zu der Rufnummer weitere personenbezogene Daten eingeholt wurden.¹⁶⁴ Die retrograde Erfassung eines Aufenthaltsorts dürfte für den Einzelnen gerade dann Bedeutung erlangen, wenn diese Information mit anderen Informationen zusammengefasst wird, um weitere Aussagen über die Person zu ermöglichen.

IV. Fazit

Betrachtet man die eingangs genannten Zahlen zur Funkzellenabfrage – knapp 14.000 Abfragen im Jahr 2022 – und setzt man diese zu den etwa 72.000 Standorten ins Verhältnis, wird klar, dass ein großer Teil der Bundesbürger von Funkzellenabfragen tatsächlich betroffen ist.¹⁶⁵ Anders als bei der anschlussbezogenen Abfrage werden die allermeisten dieser Personen niemals namentlich in einer Strafsakte auftauchen. Das kann für den Einzelnen beruhigend sein, kann aber gleichzeitig bedeuten, dass nicht alle Betroffenen die Gelegenheit erhalten, die Maßnahme zu hinterfragen.¹⁶⁶

Insofern ist es durchaus zu begrüßen, wenn sich die obergerichtliche Rechtsprechung vertieft mit dem Institut der Funkzellenabfrage beschäftigt. Der Beschluss des 2. *Strafsenats* vom 10. Januar 2024 hat dabei allerdings das Ziel verfehlt, die Interessen der Betroffenen und diejenigen der Strafverfolgung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Systematisch ist die Konstruktion des 2. *Strafsenats* wenig überzeugend, die historischen Überlegungen beruhen auf einer sehr spezifischen Interpretation der Gesetzgebungsgeschichte, die alternative Lesarten nicht ausreichend zu berücksichtigen scheint. Es kann nur spekuliert werden, ob der 2. *Strafsenat* sich vor dem Hintergrund einer verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung dazu veranlasst sah, den Gesetzgeber möglichst „streng“ zu verstehen. Ganz konkrete Hinweise auf schwelende Probleme mit der Funkzellenabfrage lassen sich den Urteilen zur Vorratsdatenspeicherung nicht entnehmen.

Die erhebliche Einschränkung der Funkzellenabfrage durch die Entscheidung wird wohl dazu führen, dass sich bei den Ermittlungsbehörden Widerstand gegen diese Auslegung formiert.¹⁶⁷ Es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, bis der Instanzenweg wegen einer Funkzellenabfrage erneut beschriftet

¹⁶³ Vgl. dazu *Buermayer*, DRiZ 2019, 10. Im Rahmen des Projekts konnten Mobilfunknummern über ein Internetportal registriert werden, um per SMS über die Erfassung dieser Rufnummer in Funkzellenabfragen informiert zu werden. Das Pilotprojekt wurde allerdings nicht in den Regelbetrieb übernommen und ist zwischenzeitlich eingestellt.

¹⁶⁴ Zur Bedeutung der Heimlichkeit ausführlich *Rückert* (Fn. 136), S. 277 ff.

¹⁶⁵ Zu den Zahlen vgl. Fn. 1 und 4.

¹⁶⁶ Zur daraus folgenden Bedeutung der Datenschutzbeauftragten *Kurz*, DuD 2012, 258.

¹⁶⁷ Offenbar nicht ohne Erfolgsaussichten, wie der jüngst veröffentlichte Beschluss des LG Hamburg, Beschl. v. 6.6.2024 – 621 Qs 32/24 (juris), zeigt.

ten wird. Ob und wie sich die anderen *Senate* des BGH positionieren werden, bleibt abzuwarten.

Es wäre zu begrüßen, wenn sich die Debatte dabei nicht allein auf die Frage beschränkt, ob eine Anlasstat aus dem Katalog des § 100g Abs. 2 StPO Voraussetzung einer Abfrage ist, sondern auch die Konturen der Verhältnismäßigkeit weiter ausgearbeitet werden. Das allgemeine Bewusstsein für die Bedeutung der Daten, die jeder Einzelne bei der Nutzung digitaler Medien erzeugt, hat sich in den letzten Jahren weiter geschärft, insbesondere auch in Bezug auf die automatische Verarbeitung solcher Daten. Für die Funkzellenabfrage als „Massenabfrage“ wird die automatisierte Verarbeitung, möglicherweise mittels als „künstliche Intelligenz“ beschreibbaren Modellen, mutmaßlich weiter an Bedeutung gewinnen. Es erscheint daher sinnvoll, die Frage der Datenverarbeitung bereits jetzt in den Blick zu nehmen.