Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit

51.1028.32

3. September 2012

Bereich Recht I

beim
Berliner Beauftragten für
Datenschutz und Informations-
freiheit

An der Urania 4 – 10
10787 Berlin

Telefon: (030) 13889-0
Telefax: (030) 215 50 50
E-Mail:
mailbox@datenschutz-berlin.de

Sprechzeiten

tgl. 9-15 Uhr, Do. 9-18 Uhr
(oder nach Vereinbarung)

Erreichbarkeit

U1, U2 und U15
U-Bahnhof:
Nollendorfplatz, Wittenbergplatz

S-Bahn:
Zoologischer Garten

Bus: 100. 187, X9

Internet

http://www.datenschutz-berlin.de
http://www.informationsfreiheit.de

Abschlussbericht
zur rechtlichen Überprüfung von Funkzellenabfragen

I. Prüfungsumfang

Nachdem in der Presse über die Durchführung von Funkzellenabfragen im Rahmen eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens in Folge einer Brandstiftung an einem Kraftfahrzeug im Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg im Oktober 2009 berichtet und daraufhin die Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen im Abgeordnetenhaus von Berlin thematisiert wurde, kündigte der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit zu Beginn dieses Jahres eine stichprobenartige Überprüfung der Durchführung von Funkzellenabfragen durch die Berliner Strafverfolgungsbehörden an. Dieses Vorhaben wurde vom Ausschuss für Digitale Verwaltung, Datenschutz und Informationsfreiheit des Abgeordnetenhauses begrüßt.

Wir haben 108 staatsanwaltliche Ermittlungsakten anhand der gesetzlichen Vorgaben für die Durchführung solcher Maßnahmen ausgewertet. Die geprüften Akten betrafen Ermittlungsverfahren, die in den Jahren 2009 bis 2011 eingeleitet und inzwischen überwiegend abgeschlossen wurden.

Es stellte sich heraus, dass das Mittel der Funkzellenabfrage schwerpunktmäßig zur Aufklärung von Brandstiftungen, Betrug (insbesondere sogenannte Enkeltrickfälle), Raub und wesensverwandten Delikten eingesetzt

wird. Über die Hälfte der von uns untersuchten Ermittlungsverfahren bezogen sich auf die Deliktsbereiche Kfz-Brandstiftung und „Enkeltrickbetrug“.

In etwa einem Drittel aller von uns geprüften Fälle führte die Maßnahme zu neuen Ermittlungsansätzen. Fast jedes dieser Verfahren wurde dennoch letztlich mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Besonders bemerkenswert war, dass die von uns geprüften Funkzellenabfragen, die in Ermittlungsverfahren wegen Kfz-Brandstiftung und „Enkeltrickbetrug“ durchgeführt wurden, in lediglich zwei Betrugsfällen zur Ermittlung eines Täters beitrugen.

Neben der Auswertung der staatsanwaltlichen Ermittlungsakten führten wir eine Kontrolle beim LKA 72 des Polizeipräsidenten in Berlin durch, das für die technische Durchführung der Funkzellenabfragen zuständig ist. Hierbei wurden im Hinblick auf die technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Gewährleistung der datenschutzrechtlichen Anforderungen keine Mängel festgestellt.

Darüber hinaus führten wir Gespräche mit Mitarbeitern der Staatsanwaltschaft Berlin sowie des Polizeipräsidenten in Berlin zur praktischen Umsetzung der Maßnahmen.

Die Strafverfolgungsbehörden unterstützten uns bei der Durchführung unserer Prüfung, indem sie umfassend Auskunft zu unseren Fragen sowie Einsicht in betreffende Unterlagen und Akten gaben.

II. Prüfungsergebnisse

1. Rechtsgrundlage für Funkzellenabfragen

Die Strafverfolgungsbehörden können unter bestimmten Voraussetzungen von Telekommunikationsanbietern Auskunft über Verbindungsdaten von allen Mobilfunktelefonaten verlangen, die in einem konkreten Zeitraum in einer Funkzelle geführt worden sind. Die gesetzliche Grundlage hierfür ist § 100g Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 StPO.

Danach ist die Maßnahme, die unter Richtervorbehalt steht, nur zulässig, soweit sie der Aufklärung besonders schwerer Straftaten dient und die Er-

forschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Aufgrund der hohen Eingriffsintensität dieser Maßnahme, insbesondere auch für unbeteiligte Dritte, sind darüber hinaus den Strafverfolgungsbehörden im Hinblick auf die Auswertung der Telekommunikationsdaten sehr enge Grenzen gesetzt. Unter anderem sind solche Daten besonders zu kennzeichnen und unterliegen nicht den allgemeinen Löschfristen für Strafverfahrensdaten, sondern sind unverzüglich zu löschen, sobald sie nicht mehr zum Zwecke der Strafverfolgung oder einer möglichen gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme erforderlich sind. Wegen der verdeckten Durchführung der Maßnahme und des großen Kreises unbeteiligter Personen, die hiervon tangiert werden, kommt zudem den Betroffenenrechten eine besondere Bedeutung zu.

Inwieweit die praktische Durchführung von Funkzellenabfragen durch die Berliner Strafverfolgungsbehörden diesen Anforderungen in den geprüften Vorgängen genügt, wird im Folgenden dargestellt.

2. Straftat von erheblicher Bedeutung

Gegenstand der Ermittlungstätigkeit muss eine Straftat von erheblicher Bedeutung sein. Dies ist insbesondere bei Vorliegen einer im Katalog in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftat zu bejahen. Die Straftat muss darüber hinaus gemäß § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO nicht nur abstrakt von besonderem Gewicht sein, sondern auch im konkreten Einzelfall eine erhebliche Bedeutung haben (vgl. BVerfG, 1 BvR 330/96 vom 12.3.2003, Absatz-Nr. 76; BT-Drs. 16/5846, S. 40, 52).

a) In der überwiegenden Anzahl der überprüften Funkzellenabfragen lag eine Katalogstraftat vor, z. B. gemäß § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. n StPO (Enkeltrickbetrug) oder § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. s StPO (Kfz-Brandstiftung).

In fünf geprüften Ermittlungsverfahren war die Anlasstat vom Katalog in § 100a Abs. 2 StPO jedoch nicht erfasst:

Zwei dieser Delikte waren nicht nur abstrakt, sondern auch in ihrer konkreten Ausprägung aufgrund der Ausführung und des Schadensausmaßes von erheblicher Bedeutung und erfüllten somit die gesetzliche Voraussetzung für die Durchführung einer Funkzellenabfrage.

Zwei weitere Fälle betrafen einen Wohnungseinbruchsdiebstahl und einen Diebstahl aus einer durch eine Schutzvorrichtung besonders gesicherten Sache. Selbst wenn man die Ansicht vertritt, dass es sich hierbei abstrakt um Straftaten von erheblicher Bedeutung handelt, wogen sie im Einzelfall nicht schwer. Weder war die Schadenshöhe beträchtlich, noch lag beispielsweise eine besondere Bedrohung der Allgemeinheit durch die Taten oder ein ähnlich erschwerendes Element vor. Die Durchführung einer Funkzellenabfrage hätte in diesen Fällen daher nicht von der Staatsanwaltschaft beantragt werden dürfen.

In einem Ermittlungsverfahren begründeten die Strafverfolgungsbehörden unter Verkennung der tatsächlichen und rechtlichen Lage die Funkzellenabfrage mit dem Vorliegen einer Katalogstraftat, deren konkrete Voraussetzungen jedoch nicht gegeben waren:

Die Funkzellenabfrage wurde beantragt und durchgeführt, nachdem sich zwei Männer durch Täuschung Zutritt zu einer Wohnung verschafft und dort Geld und Schmuck mitgenommen hatten. Die Staatsanwaltschaft begründete die Maßnahme damit, dass es sich bei der Tat um einen Betrug nach § 263 StGB handele. Es lag jedoch ein Trickdiebstahl nach § 242 StGB vor, da das Opfer die Sachen nicht freiwillig herausgab, das Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung also fehlte. Auch hier war die Beantragung einer Funkzellenabfrage daher unzulässig.

b) Bei den geprüften Ermittlungsverfahren, die der Aufklärung von Straftaten von abstrakt erheblicher Bedeutung dienten, war nicht immer sofort ersichtlich, ob die Delikte auch im Einzelfall von schwerem Gewicht waren. Dies lag insbesondere daran, dass die Staatsanwaltschaft regelmäßig zur Begründung des Antrags auf Durchführung einer Funkzellenabfrage nur den Gesetzeswortlaut wiedergab oder allgemein auf den Schlussbericht der Polizei verwies, ohne auf die spezifischen Besonderheiten des jeweiligen Falls einzugehen. Unklar blieb deshalb auch, ob die Staatsanwalt-

schaft vor der gerichtlichen Beantragung der Maßnahme das Vorliegen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen hinreichend geprüft hat.

In einigen Fällen war auch unter Berücksichtigung sämtlicher dokumentierter Ermittlungsergebnisse nicht erkennbar, weshalb der Straftat im konkreten Fall eine erhebliche Bedeutung zugemessen wurde:

Beispielsweise wurde nach einem Handtaschenraub eine Funkzellenabfrage durchgeführt, obwohl der Täter die Beute auf der Flucht wegwarf und diese daher dem Opfer wieder übergeben werden konnte. Zudem führte die Tat lediglich zu einer leichten Körperverletzung aufgrund eines Stoßes.

In einem anderen Ermittlungsverfahren wurde eine Funkzellenabfrage durchgeführt, nachdem ein Mann von zwei Personen überfallen wurde, die ihm Geld abnehmen wollten, das dieser sich anscheinend zuvor von den beiden Personen durch Betrug erschlichen hatte. Es blieb bei dem Versuch, das Geld zurückzuerhalten.

In beiden Fällen war die Beantragung der Maßnahme unzulässig, da die gesetzlichen Bedingungen hinsichtlich der Schwere der Straftat nicht erfüllt waren.

3. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Verkehrsdaten dürfen gemäß § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO nur erhoben werden, soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erforderlich ist. Ergänzend hierzu bestimmt § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO, dass Funkzellenabfragen nur durchgeführt werden dürfen, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Aussichtslosigkeit bedingt das Nichtvorhandensein anderer Aufklärungsmöglichkeiten. Eine wesentliche Erschwerung von Ermittlungen liegt vor, wenn andere Aufklärungsmaßnahmen aufgrund des damit verbundenen großen Zeit- oder Arbeitsaufwands zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führen würden (vgl. StPO, Meyer-Goßner, Cierniak, Rn. 13 zu

§ 100a mit weiteren Nachweisen). Darüber hinaus gilt der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Vor der Beantragung und Durchführung einer Funkzellenabfrage ist deshalb stets zu prüfen, ob diese Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist.

a) In vielen der von uns geprüften Fälle war bereits die Geeignetheit der Funkzellenabfrage als Aufklärungsmittel sehr zweifelhaft, weil es keinerlei Anhaltspunkte (z. B. aufgrund von Zeugenaussagen oder kriminalistischen Erfahrungen hinsichtlich einer bestimmten Deliktgruppe) dafür gab, dass der oder die Täter während der Tat ein Mobilfunktelefon benutzten.

So wurde in einem Ermittlungsverfahren wegen Einbruchdiebstahls in einer Galerie bereits zwei Tage nach der Tat mit der allgemeinen Begründung „Es besteht der Verdacht, dass über die zu erlangenden Daten die noch unbekannten Täter der Tat ermittelt werden können“ von dem zuständigen Staatsanwalt die richterliche Anordnung einer Funkzellenabfrage beantragt, ohne dass er darlegte, weshalb dieser Verdacht besteht, und ohne dass ein solcher Verdacht aus den in der Akte dokumentierten Ermittlungsergebnissen herzuleiten war.

In einem anderen Fall begründete die Staatsanwaltschaft die Funkzellenabfrage damit, dass die Tat und deren Folgen nach Zeugenaussagen von den Tätern mit einem Mobilfunktelefon fotografiert worden seien. Eine Funkzellenabfrage wäre jedoch nur dann hilfreich, wenn diese Fotos innerhalb der Funkzelle per Mobilfunktelefon versendet worden wären, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte bestanden.

In einem weiteren Fall wurde durch einen oder mehrere unbekannte Täter ein Laubhaufen angezündet, dessen Feuer auf den Reifen eines Lkw übergriff und dort zu leichten Brandschäden sowie zur Verrußung der Felge führte. Auch hier gab es weder Zeugenaussagen noch sonstige Hinweise, dass der oder die Täter während der Tat ein Mobilfunktelefon nutzten. Der Antrag auf Genehmigung der Maßnahme wurde damit begründet, dass davon auszugehen sei, dass die Täter Mobilfunktelefone bei sich führten. Das Mitführen eines Telefons sagt jedoch nichts über dessen Nutzung aus

und reicht daher nicht als Begründung für eine Funkzellenabfrage (vgl. LG Stade, 10 Ks 131 Js 6944/04 vom 22.2.2005).

Generell ist zu fragen, ob die Funkzellenabfragen zur Aufklärung von Kfz-Brandstiftungen in den geprüften Ermittlungsverfahren geeignet waren. In keinem einzigen dieser Fälle konnte eine solche Maßnahme zur Täterermittlung beitragen.

Die Frage nach der Geeignetheit der Maßnahme stellt sich auch hinsichtlich der „Enkeltrickbetrugsfälle“. Lediglich in zwei der von uns geprüften Ermittlungsverfahren waren Funkzellenabfragen förderlich für die weiteren Ermittlungen, weil sie durch Datenabgleiche mit einem anderen Bundesland zum Täter führten.

b) Auch die Erforderlichkeit einer Funkzellenabfrage war in vielen Fällen (noch) nicht gegeben, da weitere Ermittlungsansätze bestanden, die jedoch häufig parallel zur Funkzellenabfrage geprüft und deren Ergebnisse vor der Beantragung und Durchführung einer solchen Maßnahme nicht abgewartet wurden bzw. denen erst nach Durchführung der Funkzellenabfrage oder überhaupt nicht nachgegangen wurde. Diese Vorgehensweise widerspricht dem gesetzgeberischen Willen, Funkzellenabfragen lediglich als Ultima Ratio einzusetzen (vgl. auch LG Rostock, 18 Qs 97/07 vom 16.10.2007).

Oftmals wurden gleichzeitig Verkehrsdaten zu Anschlüssen des Opfers oder eines Tatverdächtigen (§ 100g Abs. 1 StPO) und Funkzellendaten (§ 100g Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 StPO) abgefragt bzw. fanden Funkzellenabfragen statt, obwohl es sich aufgrund der bisherigen Ermittlungsergebnisse anbot, primär die Telekommunikationsverbindungen bereits bekannter Anschlüsse zu prüfen.

Beispielsweise gab es in einem Ermittlungsverfahren wegen Raubes bereits zwei Tatverdächtige, dennoch beantragte die Staatsanwaltschaft mit der Begründung, es könne noch einen dritten Tatverdächtigen geben, eine Funkzellenabfrage, ohne zunächst die Anschlüsse der Tatverdächtigen zu überprüfen.

In vielen Fällen wurden Funkzellenabfragen durchgeführt, obwohl die am Tatort gesicherten Spuren wie Fingerabdrücke, Schuh- oder DNA-Spuren noch nicht ausgewertet waren. Die Polizei teilte uns hierzu in einem Gespräch mit, dass die ermittlungstechnische Auswertung solcher Spuren jedenfalls in den Deliktbereichen „Enkeltrickbetrug“ und „Kfz-Brandstiftung“ regelmäßig drei Monate (daktyloskopische Untersuchung) bis zu anderthalb Jahren (DNA-Untersuchung) dauere, es sei denn, es liege ein besonders eiliger Fall, etwa eine Haftsache, vor. Diese zeitliche Verzögerung kann jedoch keine Funkzellenabfragen rechtfertigen, da die Dauer der Spurenauswertung in erster Linie nicht einem damit verbundenen großen Zeit- oder Arbeitsaufwand, sondern fehlenden personellen Kapazitäten geschuldet ist.

In einigen der von uns geprüften Verfahren boten sich weniger eingriffsintensive Ermittlungsansätze an, denen nicht bzw. erst nach Durchführung der Funkzellenabfrage nachgegangen wurde.

So wurde in einem Verfahren wegen „Enkeltrickbetrugs“ bereits ein Tatverdächtiger aufgrund einer Wahllichtbildvorlage ermittelt und noch vor dessen Vernehmung oder Prüfung seines Mobilfunkanschlusses ohne nähere Begründung eine Funkzellenabfrage durchgeführt.

In einem anderen Verfahren fand, nachdem ein Kfz gebrannt hatte, eine Funkzellenabfrage statt, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch völlig unklar war, ob überhaupt von einer Brandstiftung ausgegangen werden konnte. Weder wurden zunächst die Zeugen abschließend befragt, noch wurde eine Begutachtung durch einen Sachverständigen ins Auge gefasst. Später stellte sich heraus, dass das Kfz aufgrund eines technischen Heizungsfehlers gebrannt hatte.

In einem weiteren Verfahren wegen einer Kfz-Brandstiftung fand die Zeugenbefragung erst nach Durchführung der Funkzellenabfrage statt. Aufgrund der Zeugenangaben konnte ein Tatverdächtiger ermittelt und die Tat zur Anklage gebracht werden. Die Funkzellenabfrage hingegen war ergebnislos.

c) Einzelne der von uns geprüften Funkzellenabfragen waren insbesondere in Anbetracht des Tatverlaufs bzw. der Tatfolgen nicht angemessen.

Zum Beispiel war in dem bereits erwähnten Ermittlungsverfahren wegen Kfz-Brandstiftung durch Anzünden eines Laubhaufens nicht ersichtlich, ob der Täter den Übergriff des Feuers auf das Lkw-Rad überhaupt bezweckt hat, zudem wurde der entstandene Schaden von der Polizei auf lediglich 200 € geschätzt. In einem anderen Verfahren wegen Kfz-Brandstiftung wurde eine Funkzellenabfrage bei einem entstandenen Schaden von 100 € durchgeführt.

d) Ähnlich wie bei der Begründung der erheblichen Bedeutung der Straftat auch im Einzelfall im staatsanwaltlichen Antrag auf Durchführung einer Funkzellenabfrage stellten wir fest, dass die Staatsanwaltschaft die Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme regelmäßig nur durch Wiedergabe des Gesetzeswortlauts oder durch allgemeinen Verweis auf die polizeilichen Ermittlungsergebnisse im Antrag dargelegt hat bzw. eine Begründung vollständig fehlte. Auch hier war deshalb nicht erkennbar, in welcher Form und welchem Umfang die Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über den Einsatz einer Funkzellenabfrage deren Verhältnismäßigkeit tatsächlich geprüft hat.

4. Kennzeichnung der Verkehrsdaten

Gemäß § 101 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 StPO sind personenbezogene Daten, die durch Maßnahmen nach § 100g StPO erhoben wurden, entsprechend zu kennzeichnen. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass die Daten nur zu den gesetzlich vorgesehenen Zwecken verwendet werden (vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 3, 58; BVerfG, 1 BvR 2226/94 vom 14.7.1999, Absatz-Nr. 168). Die Kennzeichnung kann durch Kennzeichnungsvermerke, wie z. B. Stempelaufdrucke, oder durch die Aufbewahrung der entsprechenden Unterlagen in Sonderheften erfolgen (vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 33).

In annähernd der Hälfte der von uns durchgesehenen staatsanwaltlichen Ermittlungsakten befanden sich keine Verkehrsdaten. In den betreffenden Verfahren hat die Polizei bei der Auswertung festgestellt, dass die bei den Telekommunikationsdienstleistern erhobenen Verkehrsdaten keinen Ermitt-

lungsansatz bieten und daher nicht zur weiteren Verwendung an die Staatsanwaltschaft als sachleitende Behörde übersandt werden müssen.

Soweit Verkehrsdaten in den staatsanwaltlichen Ermittlungsakten enthalten waren, wurden diese lediglich in etwa jeder fünften Akte gemäß den gesetzlichen Vorgaben gekennzeichnet. Zum Teil erfolgte diese Kennzeichnung durch einen Vermerk, teilweise lag der Akte eine CD-ROM bzw. ein Sonderband mit den entsprechenden Daten bei.

In einigen Fällen waren die CD-ROM bzw. die Sonderbände jedoch nicht so beschriftet, dass daraus ohne Weiteres deren Inhalt ersichtlich war. Bei einer solchen Form der Kennzeichnung besteht die Gefahr, dass ihr wichtigstes Ziel – der Schutz vor unbefugtem Zugriff – nicht erreicht wird, da allein zur Einordnung der Daten unter Umständen vom Inhalt der CD-ROM bzw. des Sonderbandes Kenntnis genommen werden muss.

5. Benachrichtigung der Betroffenen

Die Beteiligten der von einer Funkzellenabfrage betroffenen Telekommunikation sind nach § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 StPO von dieser Maßnahme zu benachrichtigen und gemäß § 101 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. Abs. 7 Satz 2, 3 StPO auf die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes und die hierfür vorgesehenen Fristen hinzuweisen.

Eine Benachrichtigung kann nach § 101 Abs. 4 Satz 3, 4 StPO unterbleiben, wenn ihr überwiegende schutzwürdige Belange einer betroffenen Person entgegenstehen oder wenn ein Telekommunikationsteilnehmer nur unerheblich von der Maßnahme betroffen wurde und anzunehmen ist, dass er kein Interesse an einer Benachrichtigung hat.

Soweit zur Benachrichtigung noch eine Identitätsfeststellung des Betroffenen erforderlich ist, sind diesbezügliche Nachforschungen gemäß § 101 Abs. 4 Satz 5 StPO nur vorzunehmen, wenn dies unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität der Maßnahme gegenüber dieser Person, des Aufwands für die Feststellung ihrer Identität sowie der daraus für diese oder andere Personen folgenden Beeinträchtigung geboten ist.

In etwa drei Viertel der von uns geprüften Ermittlungsverfahren wurden zu den durch die Funkzellenabfragen erlangten Verkehrsdaten keine Bestandsdaten wie Name und Adresse des Betroffenen erhoben bzw. es stellte sich nach Erhebung der Bestandsdaten heraus, dass diese keiner realen Person zugeordnet werden können, weil sie absichtlich falsch angegeben wurden. In allen diesen Verfahren lagen auch nicht die Voraussetzungen des § 101 Abs. 4 Satz 5 StPO vor, sodass eine Benachrichtigung der Betroffenen unterbleiben konnte.

In den Verfahren, in denen Bestandsdaten erhoben worden sind, die einer Person zuzuordnen waren, wurden lediglich in zwei Fällen Betroffene nachträglich über die Durchführung der Maßnahme informiert, hierbei jedoch, soweit aus den Akten ersichtlich, nicht auf ihre Rechtsschutzmöglichkeiten hingewiesen. In einigen der Verfahren, in denen eine Benachrichtigung der betroffenen Personen generell unterblieben ist, wurden bis zu 75 Bestandsdatensätze erhoben.

In den vorgenannten Fällen lagen die Voraussetzungen des § 101 Abs. 4 Satz 3 StPO, die zu einem Unterlassen der Benachrichtigung berechtigen, nicht vor.

Schwieriger gestaltete sich die Prüfung des Vorliegens von Voraussetzungen des § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO, wonach eine Benachrichtigung unterbleiben kann, wenn der Betroffene von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurde und anzunehmen ist, dass er kein Interesse an einer Benachrichtigung hat.

Nach der Gesetzesbegründung ist von einer unerheblichen Betroffenheit auszugehen, wenn diese nur zufällig und nur geringfügig ist (vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 60). Bestandsdaten dürfen von den Ermittlungsbehörden bei den Telekommunikationsdienstleistern nur erhoben werden, wenn sich aus den durch die Funkzelle erlangten Verkehrsdaten Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Bestandsdaten für die weiteren Ermittlungen erforderlich sind. Die Betroffenheit ist daher ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zufällig, sondern durch ermittlungstaktische Erwägungen bedingt. Da der Telekommunikationsteilnehmer mit der Abfrage der Bestandsdaten in den Fokus

der Ermittlungen gerät, ist von nun an regelmäßig auch von einer erheblichen Betroffenheit auszugehen.

Nur in wenigen Ausnahmefällen ist denkbar, dass von einer Benachrichtigung über die Funkzellenabfrage nach Erhebung von Bestandsdaten abgesehen werden kann, da nur eine geringfügige Betroffenheit vorliegt, weil z. B. sofort nach Kenntnisnahme der Daten deutlich wird, dass eine Täterschaft der betroffenen Person nicht in Frage kommt und die Daten für die weiteren Ermittlungen deshalb nicht mehr verwendet werden.

Ein Vorliegen der Voraussetzungen für solche Ausnahmen war aus den von uns geprüften Ermittlungsakten nicht ersichtlich, weshalb davon ausgegangen werden muss, dass die Benachrichtigung der Betroffenen unrechtmäßig unterblieben ist. Da die Akten zudem keine Vermerke zur Entscheidung über eine Benachrichtigung enthalten, ist auch hier ungeklärt, ob die Staatsanwaltschaft überhaupt das ihr insoweit obliegende Ermessen ausgeübt hat.

6. Löschung der Daten

Sind die durch eine Funkzellenabfrage erlangten personenbezogenen Daten zur Strafverfolgung und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich, so sind sie gemäß § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO unverzüglich zu löschen. Die Löschung ist zudem nach § 101 Abs. 8 Satz 2 StPO aktenkundig zu machen.

Die Daten sind zur Strafverfolgung erforderlich, soweit und solange sie für weitere Ermittlungen oder zur Beweisführung unentbehrlich sind. Daher sind sie unter anderem spätestens dann zu löschen, wenn darauf basierende Ermittlungen abgeschlossen sind.

Eine darüber hinausgehende Speicherung von Verkehrsdaten kann hingegen regelmäßig nicht pauschal damit begründet werden, dass die Auswertung der durch eine Funkzellenabfrage erhobenen Daten möglicherweise im Hauptverfahren thematisiert wird. Insbesondere genügt es nicht, allgemein darauf zu verweisen, die Verteidigung könnte die Entscheidung über die Relevanz einzelner Datensätze aus der Funkzellenabfrage für das

Strafverfahren angreifen, weshalb vorbeugend sämtliche Daten aufbewahrt werden müssen.

Auch bei Ermittlungsverfahren, die gemäß § 170 Abs. 2 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt werden, kann nicht unter allgemeinem Verweis auf die mögliche Fortführung dieses Verfahrens eine weitere Speicherung gerechtfertigt werden.

Folgt man einer solchen Argumentation, wäre eine Löschung von Verkehrsdaten vor Abschluss eines Verfahrens praktisch unmöglich. Dies widerspräche jedoch sowohl dem Wortlaut als auch der gesetzlichen Begründung der Norm, die eine solche allgemeine Einschränkung nicht vorsieht. Vielmehr muss anhand objektiver Kriterien in jedem Einzelfall geprüft werden, welche der Daten im weiteren Strafverfahren beweiserheblich sind oder werden könnten bzw. ob und in welchem Zeitrahmen mit einer Wiederaufnahme eines eingestellten Ermittlungsverfahrens zu rechnen ist.

Werden die Daten für eine mögliche gerichtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme gespeichert, müssen sie mit Ablauf der Rechtsbehelfsfrist gelöscht werden (vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 62f.). Gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO endet diese Frist zwei Wochen nach der Benachrichtigung des Betroffenen.

Ob eine Löschung von personenbezogenen Daten, die in der Strafakte enthalten sind, zu erfolgen hat, ist von der Akten führenden Stelle fortlaufend zu kontrollieren (vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 63).

Die Entscheidung über die Löschung der durch die Funkzellenabfragen erlangten Daten hat während des Ermittlungsverfahrens die Staatsanwaltschaft zu treffen, auch soweit sie bei der Polizei zu Strafverfolgungszwecken gespeichert werden. Eine entsprechende Vorgehensweise wurde uns von der Staatsanwaltschaft Berlin bestätigt. Auch wenn daher in der Strafakte selbst keine Daten aus einer Funkzellenabfrage vorhanden sind, kann bei einer fehlenden Löschverfügung der Staatsanwaltschaft nicht ausgeschlossen werden, dass die Polizei noch entsprechende Daten zum Vorgang speichert.

In den von uns geprüften Vorgängen, die in überwiegender Zahl abgeschlossene Ermittlungsverfahren betreffen, wurde in etwa zehn Prozent der Fälle die Löschung der aus Funkzellenabfragen erlangten Daten dokumentiert, der eine entsprechende Löschungsverfügung der Staatsanwaltschaft vorausging.

In etwa jeder dritten von uns durchgesehenen Akte wurde in der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft hingegen nur eine konkrete Löschfrist bezüglich der gesamten Akte bzw. im Hinblick auf den gesamten elektronischen Vorgang angegeben. Diese Angaben bezogen sich nicht ausdrücklich auf die aus Funkzellenabfragen erlangten Daten. Die angegebenen Löschfristen betrugen in der Regel zwischen fünf und dreißig Jahren. Eine Löschung nach diesen Fristen kann mangels näherer einzelfallbezogener Begründung nicht mehr als unverzüglich im Sinne des § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO gelten.

Soweit ein Abschlussvermerk keine konkrete Löschfrist enthält, das Strafverfahren jedoch abgeschlossen wurde, wird die Akte nach Auskunft der Staatsanwaltschaft gemäß den Fristvorgaben des Schriftgutaufbewahrungsgesetzes i. V. m. der Schriftgutaufbewahrungsverordnung vernichtet. Auch in diesen Fällen liegt keine unverzügliche Löschung gemäß den gesetzlichen Vorschriften vor.

Aufgrund dieser Prüfungsergebnisse ist daher davon auszugehen, dass die Staatsanwaltschaft überwiegend die Erforderlichkeit der weiteren Speicherung der Daten aus Funkzellenabfragen nicht fortlaufend kontrolliert und daher die gesetzlichen Vorgaben zur Löschung dieser Daten größtenteils nicht umsetzt.

Welche Auswirkungen diese Nichtbeachtung der Löschungsvorschriften haben kann, zeigt sich bei näherer Betrachtung einzelner Ermittlungsverfahren, die nebenbei auch andere Fehler bei der Beantragung und Durchführung der Funkzellenabfrage offenbaren:

In einem der von uns geprüften Fälle wurde eine Person wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion in Verbindung mit Versicherungsbetrug verurteilt, verstarb jedoch noch vor dem Eintritt der Rechtskraft der Ent-

scheidung. In dem vorangegangen Ermittlungsverfahren wurde eine Funkzellenabfrage durch die Staatsanwaltschaft beantragt und durchgeführt, obwohl keine Ansätze für die Nutzung eines Mobilfunktelefons durch den Täter vorlagen und bereits zum Zeitpunkt der Beantragung der Maßnahme zahlreiche weitere Ermittlungsansätze bestanden, die letztlich dann im Gegensatz zur Funkzellenabfrage die Tatbegehung nachweisen konnten. Die durch die Maßnahme erhoben Verkehrsdaten wurden erst lange Zeit nach dem Tod des verurteilten Täters gelöscht.

In einem anderen Verfahren wegen versuchten Mordes wurden Funkzellendaten erhoben, die jedoch wegen des belebten Tatorts so zahlreich waren, dass die Staatsanwaltschaft von einer weiteren Auswertung dieser Daten absah. Anstatt die Daten nun zu löschen, verfügte die Staatsanwaltschaft ohne nähere Begründung eine dreißigjährige Speicherung hinsichtlich des gesamten elektronischen Vorgangs. Im Übrigen griffen nach Auskunft der Staatsanwaltschaft die ebenso langen allgemeinen Löschfristen für Strafverfahrensakten.

In einer Akte, die ein Ermittlungsverfahren wegen Überfalls auf einen Taxifahrer dokumentierte, bei dem dessen Brieftasche mit 200 € geraubt wurde, befanden sich neben den aus einer Funkzellenabfrage erhobenen Verkehrsdaten in Papierform und auf CD-ROM Bestandsdaten von sechzehn Betroffenen. Weder wurden die Betroffenen benachrichtigt, noch wurde nach Einstellung des Verfahrens ausgeführt, wie mit den Verkehrs- und Bestandsdatensätzen umzugehen ist. Auch hier unterfielen die Daten entgegen der gesetzlichen Vorgaben den allgemeinen Löschfristen für Strafverfahrensakten.

III. Zusammenfassung

1. Prüfungsresultat

Jede Funkzellenabfrage ist ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG. Dieser ist besonders schwerwiegend, da eine große Anzahl unbeteiligter Personen ohne ihre Kenntnis hiervon betroffen sein kann (vgl. BVerfG, 1 BvR 330/96 vom 12.3.2003, Absatz-Nr. 47ff., 72ff.).

Entsprechend sind besondere Anforderungen an die Zulässigkeit solcher Maßnahmen zu stellen, die sowohl die Legislative bei der Normierung als auch die Exekutive bei der Umsetzung zu berücksichtigen haben.

Die von uns geprüfte Praxis der Funkzellenabfragen wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Die ermittlungsbehördlichen Entscheidungen über den Einsatz der Maßnahme und die darauf folgende Durchführung orientieren sich in großen Teilen nicht an der Eingriffsintensität einer Funkzellenabfrage für die davon Betroffenen. Dies ist zum einen der unklaren gesetzlichen Regelung geschuldet. Zum anderen werden die bestehenden Vorschriften nicht konsequent und einheitlich umgesetzt.

Strukturelle Mängel bestehen insbesondere im Hinblick auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sowie die Umsetzung der Betroffenenrechte:

a) Oft werden Funkzellenabfragen durch die Staatsanwaltschaft beantragt und von der Polizei durchgeführt, obwohl keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der oder die Täter im zeitlichen oder räumlichen Zusammenhang mit der Tat ein Mobilfunktelefon nutzen. Auch wird die Maßnahme regelmäßig ungeachtet anderer, zunächst abschließend zu prüfender Ermittlungsansätze realisiert.

Funkzellenabfragen, die aufgrund ihrer Eingriffsintensität nur in Ausnahmefällen durchgeführt werden dürfen, sind – jedenfalls in bestimmten Deliktsbereichen – offensichtlich zum alltäglichen Ermittlungsinstrument geworden, das routinemäßig und ohne hinreichende Beachtung der gesetzlichen Vorgaben eingesetzt wird.

Dieser oft bedenkenlose Einsatz der Maßnahme wird durch die fehlende Pflicht zur Dokumentation der Entscheidungsbegründung über die Durchführung einer Funkzellenabfrage gefördert.

b) Ebenso wenig finden die Betroffenenrechte nach der Durchführung von Funkzellenabfragen hinreichend Beachtung.

Die erhobenen Daten sind überwiegend nicht entsprechend gekennzeichnet, wodurch sich insbesondere die Gefahr eines unbefugten Zugriffs erhöht. Zudem werden Betroffene, soweit dies geboten ist, in der Regel nicht bzw. im Hinblick auf die ihnen zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten nur unzureichend benachrichtigt.

Besonders zu kritisieren ist darüber hinaus die Speicherpraxis hinsichtlich der durch Funkzellenabfragen erhobenen Daten. In der weit überwiegenden Anzahl der von uns geprüften Verfahren wurde kein Augenmerk auf die speziellen Löschvorschriften für diese Daten gelegt. Vielmehr werden die Daten aufgrund der staatsanwaltlichen Abschlussverfügungen regelmäßig erst gemeinsam mit den übrigen Vorgangsdaten gelöscht, was eine Speicherfrist bis zu dreißig Jahren zur Folge haben kann.

Insgesamt haben wir folgende Feststellungen getroffen:

- Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Funkzellenabfrage erfolgte in der Regel unzureichend und zum Teil überhaupt nicht.

- Die speziellen Löschbestimmungen für aus Funkzellenabfragen erlangte personenbezogene Daten wurden regelmäßig nicht beachtet.

- Die von einer Funkzellenabfrage Betroffenen wurden im Allgemeinen nicht von der Maßnahme benachrichtigt.

- Es erfolgte keine Protokollierung der Begründung des Einsatzes der Maßnahme sowie der Durchführung der Benachrichtigungs- und Löschpflichten.

- In der staatsanwaltlichen Ermittlungsakte gespeicherte Verkehrsdaten wurden entgegen der Gesetzesvorgabe überwiegend nicht entsprechend gekennzeichnet.

- Einigen Funkzellenabfragen lag keine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung zugrunde.

2. Empfehlungen im Hinblick auf die zurückliegenden Verfahren

Soweit erforderlich und noch nicht erfolgt, sind die Betroffenen von der Erhebung und Verarbeitung ihrer Daten im Rahmen einer Funkzellenabfrage zu informieren und über ihre Rechtsschutzmöglichkeiten aufzuklären.

Zudem sind die durch Funkzellenabfragen erlangten, derzeit noch gespeicherten personenbezogenen Daten unverzüglich zu löschen, es sei denn, sie sind nachweislich weiterhin zur Strafverfolgung oder möglichen gerichtlichen Maßnahmenüberprüfungen erforderlich.

Nicht nur die Löschung, sondern auch die Entscheidung über eine weitere Aufbewahrung der Daten sollte nebst Begründung aktenkundig gemacht werden.

Alle durch Funkzellenabfragen erlangten, derzeit noch gespeicherten Verkehrs- und auch Bestandsdaten sind eindeutig als solche zu kennzeichnen.

3. Empfehlungen zur praktischen Durchführung zukünftiger Verfahren

Damit zukünftig die von uns festgestellten Mängel (siehe Seite 17) nicht mehr vorkommen, empfehlen wir, Folgendes durch Dienstanweisungen festzulegen:

- Es sollten einzelfallbezogene Dokumentationspflichten hinsichtlich der Begründung des Einsatzes von Funkzellenabfragen sowie der Durchführung der Benachrichtigungs- und Löschpflichten eingeführt werden.

- Zudem sollten konkrete Vorgaben für die Umsetzung der Kennzeichnungspflicht erstellt werden.

- Darüber hinaus sollte die Durchführung von Funkzellenabfragen durch die Strafverfolgungsbehörden einer regelmäßigen unabhängigen Kontrolle unterliegen:

    - Es ist ratsam, eine entsprechende turnusmäßige Berichtspflicht gegenüber dem Abgeordnetenhaus von Berlin über

Maßnahmen nach § 100g Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 StPO einzuführen.

- Der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit sollte nach Beendigung der Maßnahmen informiert werden, um ihm die Möglichkeit zu geben, stichprobenartig die praktische Umsetzung der gesetzlichen Vorschriften zu überprüfen.

- Es bietet sich auch an, interne Kontrollinstanzen einzurichten.

4. Empfehlungen an den Gesetzgeber

Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder haben bereits am 27. Juli 2011 in einer Entschließung gefordert, dass die Durchführung nichtindividualisierter Funkzellenabfragen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen aufgrund der hohen Eingriffsintensität gesetzlich eingeschränkt werden muss.

Dies ist umso mehr angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten der Verarbeitung auch großer Mengen der durch Funkzellenabfragen erhoben Daten durch Strafverfolgungsbehörden notwendig.

Wir empfehlen im Ergebnis unserer Prüfung, dass das Land Berlin sich für folgende Änderungen der Strafprozessordnung einsetzt:

- Die Vorgaben zur Durchführung von Funkzellenabfragen und zum Umgang mit den dabei erhobenen personenbezogenen Daten der Betroffenen insbesondere im Hinblick auf die Grundsätze der Zweckbindung und der Verhältnismäßigkeit sind zu konkretisieren.

- Die Begründung des Einsatzes von Funkzellenabfragen sowie der Durchführung der Benachrichtigungs- und Löschpflichten sind aktenkundig zu machen.

- Der Anwendungsbereich für Funkzellenabfragen ist zumindest auf die in § 100a Abs. 2 StPO benannten Straftaten zu beschränken.

- Es bedarf genauer Vorgaben für die Löschung der aus Funkzellenabfragen erlangten Daten. Der Verweis auf die Erforderlichkeit zur Strafverfolgung ist insoweit zu allgemein und verleitet in der Praxis zu einer unzulässigen Ausdehnung der Speicherdauer.

- Die Durchführung von Funkzellenabfragen durch die Strafverfolgungsbehörden ist einer regelmäßigen unabhängigen Kontrolle durch den Gesetzgeber und die zuständigen Landesdatenschutzbeauftragten zu unterstellen.

(vgl. insoweit auch die Bundesratsinitiative des Freistaats Sachsen zur Neuregelung der nichtindividualisierten Verkehrsdatenerhebung; BR-Drs. 532/11)

Abschließend bleibt festzustellen, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die Strafverfolgungsbehörden aufgrund der Eingriffstiefe und Streubreite von Funkzellenabfragen gefordert sind, beim Einsatz solcher Maßnahmen klare Grenzen zu ziehen.

Schönefeld