

## Speziell für Referendare

**Problem: Funkzellenabfrage****Einordnung: Ermittlungsverfahren, Beweisverwertungsverbot**

BGH Beschluss vom 10.01.2024  
2 StR 171/23

**EINLEITUNG**

Die „Funkzellenabfrage“ nach § 100g StPO wird bei bestimmten Straftaten von den Strafverfolgungsbehörden zur Täterermittlung regelmäßig eingesetzt. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der 2. Strafsenat des BGH die Grenzen für diese Maßnahme deutlich enger gezogen.

**SACHVERHALT**

Vor dem LG wurde gegen den A ein Verfahren wegen Einbruchsdiebstahls geführt. Am 10.02. verschafften sich der A und der S gegen 2.30 Uhr gewaltsam Zutritt zu einem Kiosk in F. Sie entwendeten den gesamten Zigarettenbestand, Tabakboxen, Bargeld, eine Geldzählmaschine sowie diverse Alkoholika. Das Diebesgut hatte einen Gesamtwert von 23.432,70 €. Auf der Grundlage des mit „wegen besonders schweren Fall des Diebstahls gemäß §§ 242, 243 StGB“ eingeleiteten Ermittlungsberichts der Polizei vom 12.02. beantragte die zuständige Staatsanwaltschaft den Erlass eines „Funkzellenbeschlusses“ beim AG –Ermittlungsrichter in F. Der Ermittlungsrichter erließ den Beschluss zur Erhebung der erhobenen und gespeicherten Verkehrsdaten, bei mobilen Anschlüssen unter anderem auch der Standortdaten, betreffend die Tatortfunkzelle am Folgetag wegen des Verdachts einer Straftat nach §§ 242, 243 StGB. Der Erhebungszeitraum lief vom 09.02., 22.30 Uhr, bis zum 10.02., 11.58 Uhr. Nach Umsetzung des Beschlusses am 17.02. wurde der A auf Basis der erhobenen Verkehrsdaten als möglicher Täter ermittelt.

**Frage 1:** War die Erhebung der retrograden Standortdaten des A mit einer Funkzellenabfrage rechtmäßig?

**Frage 2:** Darf das LG die erhobenen Standortdaten verwerten?

**LÖSUNG****Frage 1:**

Die Erhebung der retrograden Standortdaten mit einer Funkzellenabfrage des A könnte gegen § 100g III 1 i.V.m. § 100g I 3 StPO, § 100g II StPO verstoßen und damit rechtswidrig gewesen sein.

„[14] Die Anordnung der Funkzellenabfrage im Ermittlungsverfahren auf Grundlage des § 100g III 1 StPO war gesetzeswidrig, weil im Zeitpunkt der Anordnung der Verdacht einer besonders schweren Straftat nach § 100g II StPO nicht bestand. Eine solche Katalogtat ist für die Funkzellenabfrage aber Anordnungsvoraussetzung. Bei Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden ist § 100g III 1 Nr. 1 StPO so zu verstehen, dass die Verweisung auf § 100g I 1 Nr. 1 StPO zugleich den mit Gesetz vom 20.11.2019 eingefügten und seither unverändert geltenden § 100g I 3 StPO erfasst.

**LEITSÄTZE**

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

Die **Funkzellenabfrage** ist legaldefiniert als „Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Verkehrsdaten“. Sie stellt sich damit per se als retrograd dar („angefallenen“). Zudem werden – ungeachtet der Frage, ob eine Differenzierung zwischen einer retrograden Standortdatenerhebung und einer Funkzellenabfrage überhaupt denkbar ist (so BGH, Beschl. v. 03.08. 2017, 1 BGs 237/17) – von der Ermittlungsmaßnahme auch Standortdaten erfasst („alle [...] Verkehrsdaten“), handelt es sich bei solchen doch um Verkehrsdaten (vgl. zum Begriff der Verkehrsdaten § 9 I 1 Nr. 1 TTDSG).

[15] Bereits der Wortlaut des § 100g III 1 StPO legt nahe, dass über die dort in Nummer 1 enthaltene Verweisung nicht nur § 100g I 1 Nr. 1 StPO, sondern auch die zusätzlichen Voraussetzungen der retrograden Standortdatenerhebung gemäß § 100g I 3 StPO – und damit § 100g II StPO – in Bezug genommen werden [...].

[17] Die Gesetzeshistorie belegt, dass die Verweisung in § 100g III 1 Nr. 1 StPO auch als Verweisung auf § 100g I 3 StPO zu lesen ist. Hiernach soll die Erhebung retrograder Standortdaten, die [...] bei einer Funkzellenabfrage jedenfalls miterhoben werden, generell, mithin auch hinsichtlich der in § 100g III 1 StPO relevanten geschäftlich gespeicherten Standortdaten, nur unter den Voraussetzungen des § 100g II StPO zulässig sein.

Vgl. BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, 1 BvR 256, 263, 586/08,) und des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 08.04.2014, C-293, 594/12)

[18] Die im Anordnungszeitpunkt und weiterhin geltende Fassung des § 100g III 1 StPO geht zurück auf das Gesetz zur Einführung einer Speicherfrist und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015, mit dem der Gesetzgeber in Reaktion auf Urteile des Bundesverfassungsgerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Union „Unzulänglichkeiten bei der Strafverfolgungsvorsorge und bei der Gefahrenabwehr“ beseitigen wollte [...].

Technischer Hintergrund:  
beim Mobilfunkverkehr wird die weltweit eindeutige IMSI (= International Mobile Subscriber Identity) zur Identifizierung im Netz sowie die auf der SIM-Karte gespeicherte Teilnehmeridentifikationsnummer (Rufnummer) gespeichert. Hinzu kommt die Gerätekennung des jeweils verwendeten Mobiltelefons, die sog. IMEI (International Mobile Equipment Identifikation), die bei jedem Kommunikationsvorgang im Netz mittels dieses Endgeräts ebenfalls mit übertragen wird. Zusätzlich fallen die sog. Standort- oder auch Positionsdaten beim Mobilfunk an, da ein Handy, um etwaige ankommende Gespräche entgegennehmen zu können, aus technischen Gründen unverzichtbar in ständigem Kontakt mit der nächsterreichbaren Funkzelle sein muss, um seine Empfangsbereitschaft zu signalisieren. Diese Standortdaten geben den Aufenthalt des Endgeräts eines Endnutzers in einer bestimmten Funkzelle bei Beginn der Verbindung an.

[23] Die systematische Auslegung des § 100g StPO steht diesem Normverständnis nicht entgegen; sie liefert kein eindeutiges Ergebnis. Einerseits verweist § 100g III 1 StPO – anders als § 100g III 2 StPO – nicht ausdrücklich auf § 100g II StPO. Andererseits verbindet das aufgezeigte Regelungskonzept des Gesetzgebers § 100g I 1 StPO und § 100g I 3 StPO untrennbar, so dass eine Verweisung auf § 100g I 1 StPO sachgedanklich auch eine Verweisung auf § 100g I 3 StPO beinhaltet. Letzteres spricht, da – wie im Rahmen der Wortlautauslegung aufgezeigt – mit einer Funkzellenabfrage retrograde Standortdaten miterhoben werden, dafür, dass § 100g I 3 StPO innerhalb des § 100g III 1 StPO ebenfalls Geltung beansprucht.

[24] Schließlich ergibt die Auslegung des § 100g III 1 StPO nach seinem Sinn und Zweck, dass die Anordnung einer Funkzellenabfrage unter denselben Voraussetzungen steht wie Maßnahmen nach § 100g I 3 StPO.

**[25] Mit der gesetzlichen Regelung der Funkzellenabfrage schuf der Gesetzgeber im Jahr 2015 eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, die es den Ermittlungsbehörden erlaubt, alle Verkehrsdaten innerhalb einer Funkzelle zu erheben. Sinn und Zweck dieses Ermittlungsinstruments ist, Ermittlungsansätze zu generieren, die an die Anwesenheit in einer oder mehreren Funkzelle(n), an den Abgleich der festgestellten Anwesenheiten und an eine Kommunikation innerhalb der Funkzelle anknüpfen. Während die retrograde Standortdatenerhebung im Sinne des § 100g I StPO ermitteln soll, in welcher Funkzelle sich eine bestimmte Zielperson zu einer bestimmten Zeit aufgehalten hat, wendet die Funkzellenabfrage den Blick vom Individuum weg auf ein konkretes räumliches Gebiet.**

[26] Dieser bei der teleologischen Auslegung zu berücksichtigende weitreichende Ansatz des Ermittlungsinstruments bedingt zugleich die aufgezeigte einschränkende Auslegung. **Denn die Funkzellenabfrage ermöglicht es – was dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 100g III 1 StPO bewusst war – technisch, alle Verkehrsdaten zu erheben, die in einer bestimmten Funkzelle angefallen sind, um festzustellen, welche Mobilgeräte zu einer bestimmten Zeit der betreffenden Funkzelle zuzuordnen „waren“. Dies unterscheidet sie – mit Blick auf die Erhebung der Funkzelle zugleich als Aufenthaltsort – in ihrer Wirkweise aus der maßgeblichen Sicht der von der Maßnahme Betroffenen nicht von einer retrograden Standortdatenerhebung nach § 100g I 3 StPO. Schließlich ermöglicht sie – was dem Gesetzgeber ebenfalls gewahr war und seiner nicht näher begründeten Wertung, es handele sich bei der Funkzellenabfrage nicht um eine Standortdatenerhebung, entgegensteht – die Erstellung von (partiellen) Bewegungsprofilen.** Da die Erhebung retrograder Standortdaten aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gerade wegen der Möglichkeit des Erstellens von Bewegungsprofilen nur unter den Voraussetzungen des § 100g II StPO zugelassen werden sollte, ist das Instrument der Funkzellenabfrage nach seinem Sinn und Zweck auf die Ermittlung der in § 100g II 2 StPO aufgeführten Katalogtaten beschränkt“.

Mithin war für die Anordnung der Verdacht einer Katalogtat im Sinne des § 100g II 2 StPO erforderlich. Dieser war nicht gegeben.

**Ergebnis:** Die Anordnung der Erhebung der erhobenen und gespeicherten Verkehrsdaten, bei mobilen Anschlüssen unter anderem auch der Standortdaten, betreffend die Tatortfunkzelle war rechtswidrig.

## Frage 2:

Gemäß **§ 244 II StPO** haben Gerichte in Strafverfahren „zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle... Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind“. Diese Vorschrift zwingt jedoch nicht zu einer Wahrheitsermittlung um jeden Preis.

**I.** In diesem Zusammenhang ist zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote zu unterscheiden. Während **Beweiserhebungsverbote** die Gewinnung von Beweismitteln im Strafverfahren einschränken, insb. in der Hauptverhandlung die Pflicht des Gerichts zur Amtsaufklärung (§ 244 II StPO) und das Recht der Staatsanwaltschaft und Verteidigung auf Beweiserhebung begrenzen (§ 244 III 1 StPO), untersagen es die **Beweisverwertungsverbote**, bestimmte bereits festgestellte Tatsachen bei der Beweiswürdigung und Urteilsfindung zu berücksichtigen. Innerhalb der Beweisverwertungsverbote wird dabei zwischen **selbstständigen** und **unselbstständigen** unterschieden.

**II.** Fraglich ist, ob die Rechtswidrigkeit der Anordnung der Datenerhebung ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat.

„[28] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 100a StPO dürfen mit Blick auf die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens die aus einer rechtswidrig angeordneten Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse regelmäßig nicht als Beweismittel verwertet werden. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen es an einer wesentlichen sachlichen

Funkzellen können – je nach technischer Ausstattung – einen Bereich von wenigen Metern bis hin zu mehreren Kilometern abdecken. Das Mobiltelefon loggt sich bei der in der Nähe liegenden freien Funkzelle automatisch ein. Die dabei anfallenden Daten werden vom Provider registriert und zeitweise gespeichert. Umgekehrt sendet die Basisstation des Netzes Daten mit dem jeweiligen Standort an das jeweilige Handy, damit bei einer Kommunikation möglichst schnell eine Verbindung aufgebaut werden kann. Über die Funkzellenabfrage können – ohne Kenntnis einer konkreten Rufnummer des Beschuldigten – alle bei einer örtlich festgelegten Funkzelle während einer konkreten Tatzeit aufgelaufenen Verkehrsdaten von den Ermittlungsbehörden verlangt werden. Diese Funkzellenabfrage ist damit ein wichtiges Ermittlungsinstrument, um an alle abgewickelten Kommunikationsvorgänge zu gelangen, die räumlich durch einen konkreten Sendemast und zeitlich durch die Dauer einer in deren Einzugsbereich begangenen Straftat begrenzt sind. Auf diese Weise kann daher etwa festgestellt werden, ob und wie lange sich ein Mobiltelefon eines Beschuldigten in einer bestimmten Funkzelle aufgehalten hat.

Vgl. dazu bspw. BGH, Urt. v. 17.03.1983, 4 StR 640/82 und Beschl. v. 26.02.2003, 5 StR 423/02

Die Frage, ob vorliegend ein Beweisverwertungsverbot die Erhebung eines vorherigen Widerspruchs (vgl. zu § 100a StPO BGH, Beschl. v. 07.03.2006, 1 StR 316/05) voraussetzt, hat der 2. Strafsenat des BGH offen gelassen, weil die Verteidigung im Originalfall jedenfalls der Verwertung widersprochen hat.

Voraussetzung für die Anordnung der Maßnahme nach § 100a StPO gefehlt hat. Dementsprechend hat es etwa die Unverwertbarkeit zur Folge, wenn der Verdacht einer Katalogtat von vornherein nicht bestanden hat.

[29] Diese Grundsätze erlangen mit Blick auf die Vergleichbarkeit der Regelungssystematiken auch im Anwendungsbereich des § 100g StPO und damit bei rechtswidrig erlangten Funkzellendaten Geltung [...].

[30] Eine Katalogtat im Sinne des insoweit abschließenden § 100g II 2 StPO lag im Zeitpunkt der Anordnung der Funkzellenabfrage nicht vor. Der in dem ermittlungsrichterlichen Beschluss angenommene Tatverdacht hinsichtlich einer Straftat nach den §§ 242, 243 StGB bildet eine solche nicht ab. Anhaltspunkte für die Annahme eines qualifizierten Tatverdachts hinsichtlich einer denkbaren Katalogtat, nämlich des allein in Betracht kommenden schweren Bandendiebstahls (§ 244a I StGB), ergeben sich weder anhand der in dem Beschluss dargelegten Verdachtslage, noch waren solche im Zeitpunkt der Anordnung nach der sich aus dem durch die Revision vorlegten Ermittlungsbericht ergebenden Verdachtssituation gegeben“.

Ein Beweisverwertungsverbot liegt vor.

**Ergebnis:** Das LG darf die erhobenen Standortdaten nicht verwerten.

## FAZIT

Die vorliegende Entscheidung bildet eine mustergültige Vorlage für eine Prüfungsaufgaben im Assessorexamen.

**1.** Eine Funkzellenabfrage umfasst die Erhebung sämtlicher Verkehrsdaten innerhalb der konkreten Funkzelle zu einem bestimmten Zeitpunkt. Davon sind auch die Standortdaten der Mobilfunkgeräte, die sich in dieser Funkzelle befunden haben, umfasst. Dies bedeutet, dass bei einer Funkzellenabfrage zwangsläufig auch retrograde Standortdaten erhoben werden, was letztlich eine exakte Abgrenzung der Maßnahmen erschwert.

**2.** Die Funkzellenabfrage ist mit ihren gesetzlichen Voraussetzungen in § 100g III 1 StPO definiert. Dabei wird hinsichtlich der Voraussetzungen ausdrücklich auf § 100g I 1 Nr. 1 StPO verwiesen, wonach eine „Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ vorliegen muss. Genau an dieser Stelle kommt es jedoch zu unterschiedlichen Auffassungen. Etwas weiter hinten, in § 100g I 3 StPO, wird hinsichtlich der gespeicherten retrograden Standortdaten auf den Katalog des § 100g II StPO verwiesen, der deutlich eingegrenzt ist und die vorliegend gegenständlichen §§ 242, 243 StGB nicht enthält. Angesichts der Vergleichbarkeit der beiden Maßnahmen, die beide auf gespeicherte Standortdaten abstellen, wurde die Frage aufgeworfen, ob für eine Funkzellenabfrage nicht ebenfalls der Katalog des § 100g II StPO maßgeblich sein muss. Diese Auffassung hat der 2. Strafsenat des BGH nunmehr bestätigt. Dabei ist zu beachten, dass der Katalog von Straftaten in § 100g II StPO deutlich kürzer ist als der Katalog von Straftaten für eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a II StPO und mit diesem nicht verwechselt werden darf.