

Jan Fährmann¹/Annika Höfner²/Christian Matzdorf³

Nutzung von Positionsdaten durch die Polizei in Deutschland – Nutzen und (verfassungs-)rechtliche Probleme

1. Einleitung

Positionsdaten werden in der polizeilichen strafprozessualen Ermittlungsarbeit bereits vielfach verwendet. Verschiedene Ermächtigungsgrundlagen ermöglichen es der Polizei, derartige Daten auf unterschiedlichen Wegen zu erheben. Der Beitrag betrachtet die Einsatzmöglichkeiten aus unterschiedlichen Perspektiven. Zunächst werden aus kriminalistischer Sicht heraus die Maßnahmen beschrieben und beurteilt, inwieweit sie das strafprozessuale Ermittlungsverfahren fördern können. Dabei wird berücksichtigt, dass zwar in vielen Fällen die betreffenden Maßnahmen rechtlich und auch technisch möglich sind, aber faktisch aus verschiedenen Gründen (insbesondere der limitierten personellen und technischen Ressourcen) nur in einem begrenzten Umfang von den Ermittlungsbehörden auch umgesetzt werden können.

Anschließend werden die einschlägigen Normen aus einer grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Perspektive heraus untersucht. Darauf aufbauend wird begutachtet, wann und inwiefern der Einsatz dieser Maßnahmen rechtswidrig ist. Ein besonderer Fokus wird auf die Kumulierung unterschiedlicher Maßnahmen gelegt. Dabei wird in einem interdisziplinären kriminalistischen und juristischen Ansatz insbesondere berücksichtigt, inwieweit diese Maßnahmen geeignet sind und ob mildere polizeiliche Mittel zur Verfügung stehen. Ziel ist es, ein angemessenes Verhältnis zu bestimmen, in dem Positionsdaten durch die Polizei verwendet werden, damit sie ihren rechtsstaatlich und gesetzlich vorgegebenen (Ermittlungs-)Auftrag erfüllen kann, ohne die Grundrechte der Betroffenen unverhältnismäßig stark zu beeinträchtigen.

-
- 1 Dr. Jan Fährmann war in dem Projekt FindMyBike wissenschaftlicher Mitarbeiter für die rechtlichen und kriminologischen Forschungsfragen.
 - 2 Annika Höfner war zum Zeitpunkt des Projektes FindMyBike im LKA Brandenburg beschäftigt und stand im Austausch mit dem Projektteam.
 - 3 Prof. Christian Matzdorf hat in dem Projekt FindMyBike kriminalistische und kriminaltechnische Forschungsfragen bearbeitet.

2. Polizeiliche Maßnahmen zur Erhebung von Positionsdaten

Die Verkehrsdaten, zu denen auch die Positionsdaten gehören, erlangen immer mehr an Bedeutung für die polizeiliche Ermittlungsarbeit. Durch die rege Nutzung von Mobiltelefonen entstehen immer mehr Datensätze, die Rückschlüsse auf das Verhalten von Personen zulassen.⁴ So lassen sich z. B. entsprechende Geräte orten, darauf aufbauend Bewegungsbilder erstellen, und es kann die Identität von Personen festgestellt werden, die sich mit dem Gerät zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort aufgehalten haben.⁵

2.1 Einzelne Maßnahmen zur Erhebung von Positionsdaten in der StPO

Entsprechende Positionsdaten werden sowohl bei der Funkzellenabfrage, bei der stillen SMS, der Verwendung eines sogenannten IMSI-Catchers wie auch bei der Vorratsdatenspeicherung erhoben.⁶

2.1.1 Umsetzung und kriminalistischer Nutzen der Maßnahmen mit Blick auf die Positionsdaten

Die Erhebung, Speicherung und Auswertung von Positionsdaten sowie ihre Verknüpfung mit Informationen aus anderen Datenquellen sind bewährte und zukunftsträchtige Formen kriminalistischen Vorgehens. Dies kann einerseits zum Zwecke der Informationsgewinnung für das Ermittlungsverfahren im Rahmen der Beweisführung und andererseits zur Unterstützung konkreter tak-tischer polizeilicher Maßnahmen geschehen; häufig ist von einer Mischform auszugehen.

Eine mobile Observationsmaßnahme, die durch Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) unterstützt wird, stellt einen praktischen Anwendungsfall dar: Hier werden Einsatzkräfte nach Maßgabe der Erkenntnisse aus der TKÜ (ggf. inklusive der damit verbundenen Positionsdaten) verdeckt an die betreffenden Zielpersonen herangeführt. Die dabei genutzten Positionsdaten können zu einem Bewegungsbild zusammengeführt werden und so in Verbindung mit weiteren Daten darüber Aufschluss geben, wo und ggf. mit wem sich eine Zielperson an bestimmten Orten aufhält bzw. aufgehalten hat (respektive, wo sich die betreffenden technischen Geräte, welche die Positionsdaten aussendeten bzw. geortet wurden, zum in Rede stehenden Zeitpunkt befinden bzw. befanden).

4 Fährmann, MMR 2020, S. 228.

5 Singelstein, NSiZ 2012, S. 600-601; vgl. zur Standortdaten aus Verbindungsdaten Münch, Die Polizei 2020, S. 45 ff.

6 Z. B. Bär, NZWiSt 2017, S. 83; Decker 2021, S. 156 f.

Ob sich die jeweiligen technischen Geräte tatsächlich in der Verfügungsgewalt einer konkreten Person befinden, erfordert regelmäßig (von TKÜ-Maßnahmen mit eindeutig identifizierten Sprecher*innen abgesehen) weitere Ermittlungsmaßnahmen, die eine beweissichere Zuordnung ermöglichen. Daraus resultiert auch der Umstand, dass häufig ein erheblicher Ermittlungsaufwand für die sichere Zuordnung der Geräte zu einzelnen Personen betrieben werden muss. Im Zusammenhang mit Positionsdaten, die aus den technischen Einrichtungen von Kraftfahrzeugen heraus genutzt werden, eröffnet sich diesbezüglich ein anspruchsvolles Aufgabenfeld für die Kriminaltechnik und damit auch für die Kriminalistik.

Die seitens der Ermittlungsbehörden technisch aufwandsärmste Maßnahme zur Aufenthaltsbestimmung stellt die sogenannte „Stille SMS“ dar.⁷ Die Live-Ortung erfolgt hierbei durch die Mobilfunkeinrichtungen der Netzbetreiber und bezieht sich auf eine sog. Funkzelle. Da die Größe der Funkzellen (bzw. der Abstand zwischen den zellenbildenden Funkmasten) stark variiert, lässt diese Methode keine exakte Positionsangabe zu; im städtischen Bereich kann die Live-Ortung auf 50 m genau erfolgen, im ländlichen Raum jedoch im Kilometerbereich liegen.⁸ Daraus resultierende Informationen können zu einem Bewegungsbild von Zielpersonen zusammengeführt und damit auch eine Zugriffsmaßnahme, beispielsweise zum Zwecke der Strafverfolgung oder zur Vollstreckung eines Haftbefehls (aber auch im Rahmen der Gefahrenabwehr), vorbereitet werden. „Stille SMS“ haben für die Ermittlungsbehörden den Vorteil, dass sie ressourcensparend sind, weil keine Beamte*innen vor Ort sein müssen, um Bewegungen der Personen nachzuvollziehen zu können. Allerdings ist der Erkenntnisgewinn auf einen ungefähren Aufenthaltsbereich von Zielpersonen beschränkt. Daher dient die stille SMS häufig der Vorbereitung weiterer Ermittlungen sowie als unterstützende Begleitmaßnahme.⁹

Die Kennung eines Mobiltelefons lässt sich u.a. durch Einsatz eines IMSI-Catchers ermitteln. Sie ist eine notwendige Voraussetzung für die Erhebung von Telekommunikationsdaten und muss im Vorfeld entsprechender Maßnahmen ermittelt werden.¹⁰ Die dafür notwendigen Erkenntnisse sind nur durch vorhergehende Ermittlungen zu erlangen und häufig nicht oder nur mit (unverhältnismäßig) großem Aufwand verfügbar.

7 Eine für die Nutzer*innen nicht wahrnehmbare Übersendung einer „stummen“ Nachricht an das Gerät einer Zielperson, für deren Zustellung eine aktive Positionsbestimmung des Gerätes stattfindet und die Positionsdaten an eine dafür vorgesehene technische Einrichtung bei der Polizei zurückgemeldet werden.

8 Farthofer 2020, S. 190.

9 Vgl. Graulich 2021, E. Rn. 8166.

10 Keller/Braun/Hoppe 2015, S. 63.

Auch bei Kenntnis der Kennung der betreffenden Mobiltelefongeräte geht neben der Prüfung der rechtlichen Grundlagen eine Betrachtung der Aufwand-Nutzen-Relation voraus. Die Nutzung der kriminalistischen Möglichkeiten zur Erhebung von Telekommunikationsdaten scheitert häufig auch an dem Volumen der auszuwertenden Daten, die zwar bereitgestellt und technisch aufbereitet sind, aber im (gerichtsverwertbaren) Ergebnis durch fachkundige Ermittlungspersonen bewertet werden müssen. Dieser Vorgang ist aufwändig und setzt besonderes Wissen bei den Ermittlenden voraus, da ansonsten die Ergebnisse nicht beweiskräftig in das Ermittlungsverfahren eingebracht werden können.¹¹ Aus Einsatzführungssicht müssen daher vorab immer die verfügbaren technischen und personellen Ressourcen in Einklang mit dem Ermittlungsgegenstand (verletztes Rechtsgut, erwarteter Erkenntnisgewinn u.a.) gebracht werden. Daraufhin erfolgt eine Priorisierung, die andere laufende und geplante Ermittlungsmaßnahmen (ggf. ebenfalls unter Einsatz der hier in Rede stehenden technischen Mittel) mit einbeziehen muss.

Der kriminalistische Nutzen von Funkzellenabfragen kann über die bisher dargestellten Erkenntnisgewinne hinaus auch darin liegen, dass durch die Vergleichende mehrerer Abfrageergebnisse einzelne Mobilfunkgeräte identifiziert werden können, die mehrfach in den betroffenen Bereichen eingeloggt waren. Selbst wenn diese noch nicht konkreten Nutzer*innen zugeordnet werden können, besteht beispielsweise auf Basis dieser Erkenntnisse die Möglichkeit, Tatserienzusammenhänge zu erkennen. Oftmals begründen diese Erkenntnisse die Möglichkeit, weitere rechtliche Mittel auszuschöpfen; beispielsweise können im Zusammenhang mit schwerem Bandendiebstahl in Verbindung mit weiteren Informationen entsprechende richterliche Beschlüsse beantragt werden. Bei einer späteren Zuordnung der Daten zu bestimmten Geräten und deren Nutzer*innen ergibt sich ein hoher Beweiswert, der unverzichtbar für die kriminalistische Beweisführung sein kann.

Eine pauschale, vorherige Aussage zum kriminalistischen Nutzen von Positionsdaten ist nicht möglich. So kann ein ganzes Bündel von Eingriffsmaßnahmen unter Umständen lediglich zu geringen Erkenntnisgewinnen führen, sodass regelmäßig bereits begonnene Maßnahmen nach entsprechender Abwägung abgebrochen werden. Dies könnte beispielsweise bei einem großen Kreis von Mobilfunknutzer*innen mit wechselnden Nutzungsgewohnheiten und hoher Fluktuation der Fall sein. Andererseits ist es möglich, mit geringem Aufwand zu einer entscheidenden, für das Ermittlungsverfahren grundlegenden Erkenntnis zu gelangen. Dies wäre beispielsweise bei der Ermittlung eines Aufenthaltsortes einer Zielperson zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort in einem entsprechenden Zusammenhang mit einer Straftat der Fall.

11 Vgl. dazu umfassend Fährmann/Vollmar/Görlitz in diesem Band, S. 211ff.

Diese Umstände erschweren eine Prognose im Rahmen der den Maßnahmen vorgesetzten Abwägungen und Priorisierungen. Generell kann zumindest festgestellt werden, dass die Nutzung von Positionsdaten von Zielpersonen eine wichtige und in bestimmten Fällen unverzichtbare kriminalistisch-kriminaltechnische Informationsquelle darstellt. Die Positionsdaten müssen immer eingebettet in weitere Ermittlungshandlungen und in deren Kontext betrachtet werden. Die personelle und technische Ausstattung sowie die ebenfalls zu berücksichtigenden weiteren Ermittlungsaufgaben limitieren den Einsatz der technischen Mittel zur Positionsdatenermittlung. Dadurch wird die Anwendungshäufigkeit der entsprechenden Maßnahmen faktisch determiniert.

2.1.2 Rechtliche Betrachtung

Gerade mit Blick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung führen die Maßnahmen zu verschiedenen Problemen, für die Lösungsansätze zu erarbeiten sind. Die Maßnahmen können in diesem Beitrag allerdings nicht vollständig betrachtet werden, daher konzentriert sich die Beurteilung auf die Positionsdaten.

Jede staatliche Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten natürlicher Personen stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, welcher einer bereichsspezifischen, hinreichend bestimmten und verhältnismäßigen gesetzlichen Grundlage bedarf.¹² Dies gilt vor allem für polizeiliche Datenerhebung, da der Polizei weitgehende Befugnisse wie beispielsweise verdeckte Maßnahmen zur Informationserhebung und -verarbeitung zustehen.¹³

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG gewährleistet den Schutz privater Lebensgestaltung und trägt in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch den informationellen Schutzinteressen der Einzelnen Rechnung.¹⁴ Ein zentraler Baustein ist dabei das Recht auf Abschirmung und Rückzug, insbesondere der Schutz der Vertraulichkeit persönlicher Sachverhalte. Am umfassendsten ist die Intimsphäre bzw. der Kernbereich der Persönlichkeit geschützt, d.h. der unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung. Staatliche Eingriffe in diesen Bereich sind gänzlich ausgeschlossen.¹⁵ Die Privatsphäre umfasst den engeren persönlichen Lebensbereich, in den nur aufgrund überwiegender Allgemeinwohlinteressen eingegriffen werden kann. Die Sozialsphäre bezeichnet schließlich die gesamte

12 Z.B. BVerfG NJW 2008, 1505 (1507).

13 Arzt 2019, ATDG, § 1 Rn. 10.

14 BVerfG NJW 2009, 3293 (3294).

15 Z.B. BVerfGE 6, 32 (41); BVerfGE 27, 344 (350); BVerfGE 119, 1 (29 f.).

Teilhabe der Grundrechtsträger*innen am öffentlichen Leben. Das Gewicht des Persönlichkeitsschutzes wiegt hier regelmäßig weniger schwer als bei Eingriffen in die Privatsphäre.¹⁶

Durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht soll insbesondere die individuelle Selbstbestimmung geschützt werden. Diese setzt aber – gerade unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, dass die Einzelnen Entscheidungsfreiheiten über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen haben. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt oder dem Staat bekannt sind, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.¹⁷ Durch die elektronische Datenverarbeitung sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer Person unbegrenzt speicherbar und jederzeit in Sekundenschnelle abrufbar. Auch eine Verknüpfung mit anderen Datensammlungen ist möglich, wodurch vielfältige Nutzungsmöglichkeiten entstehen und immer umfassendere Persönlichkeitsprofile erstellt werden können.¹⁸

Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist bei der Abwägung auch das staatliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung zu berücksichtigen. Die Sicherung des Rechtsfriedens durch behördliche Intervention ist eine zentrale Aufgabe staatlicher Gewalt. Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung der Beschuldigten, die Feststellung ihrer Schuld und ihre Bestrafung bzw. der Freispruch Unschuldiger sind wesentliche Aufgaben der Strafrechtspflege, die zum Schutz der Bürger*innen den staatlichen Strafan spruch in einem justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren in gleichförmiger Weise durchsetzen sollen.¹⁹ Dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).²⁰

2.1.2.1 Funkzellenabfrage und Vorratsdatenspeicherung

Bei der Vorratsdatenspeicherung (§§ 100g StPO, 113 TKG ff.) ist es erforderlich, dass sämtliche Verkehrs- und Positionsdaten ausnahmslos aller am Telekommunikationsverkehr Teilnehmenden durch die Dienstanbieter verpflichtend gespeichert werden. Für jedes elektronische Kommunikationsmittel wird dabei erfasst, wer, wann, von wo, in welcher Weise und wie lange mit wem kom-

16 Vgl. z.B. Martini, JA 2009, S. 840-843. m. w. N.

17 BVerfG NJW 1984, 419 (422).

18 BVerfG NJW 2008, 1505 (1507).

19 BVerfG NJW 2018, 2385 (2387); BVerfGE 107, 104 (118 f.); BVerfGE 113, 29 (54).

20 BVerfGE 46, 214 (222); BVerfGE 80, 367 (375); BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009, 2 BvR 2044/07, Rn. 72.

muniziert, damit die Strafverfolgungsbehörden gegebenenfalls später darauf zugreifen können. Im Gegensatz dazu wird bei der Funkzellenabfrage (§ 100g Abs. 3 StPO) ermittelt, welche Endgeräte (Personen) sich zu einem bestimmten Zeitpunkt innerhalb eines abgegrenzten Bereichs des Mobilfunknetzes befanden.

Bei der Vorratsdatenspeicherung und der Funkzellenabfrage besteht die Problematik, dass in großem Umfang Daten von Personen betroffen sind, die an der verfolgten Straftat in keiner Weise beteiligt waren. Grundrechtseingriffe, die sich sowohl durch Verdachtslosigkeit als auch durch eine große Streubreite auszeichnen, weisen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf, auch, wenn sie nur kurzfristig erfolgen.²¹ Dabei werden nämlich zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und keine Veranlassung zu dem Eingriff gegeben haben.²²

Aus der Gesamtheit der bei der Vorratsdatenspeicherung erhobenen Daten könnten sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der betroffenen Personen gezogen werden, etwa auf Gewohnheiten des täglichen Lebens, ständige oder vorübergehende Aufenthaltsorte, regelmäßige erfolgende Ortsveränderungen, ausgeübte Tätigkeiten oder auf ihr soziales Umfeld, in dem sie verkehren.²³

Daher stellt sich gerade bei der Vorratsdatenspeicherung die Frage,²⁴ ob sie überhaupt mit den europäischen Vorgaben und dem Grundgesetz vereinbar ist.²⁵ Der EuGH führte aus, dass die schwerwiegenden Eingriffe in die Art. 7 und 8 der Grundrechtecharta erfolgen würden, ohne dass die Nutzer*innen der Kommunikationsdienste darüber informiert würden. Dies sei geeignet, bei den Betroffenen ein Gefühl zu erzeugen, dass ihr Privatleben Gegenstand einer ständigen Überwachung sei. Auch könnte die Speicherung der Verkehrs- und Positionsdaten Auswirkungen auf die Nutzung der elektronischen Kommunikationsmittel und infolgedessen auf die Ausübung der in Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung durch die Betroffenen haben. Daher vermöge die Bekämpfung schwerer Kriminalität allein diese unterschiedslosen Eingriffe nicht zu rechtfertigen, sondern muss sich auf die absolut notwendige Datenerhebung bei der Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung ernsthafter Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beschränken.²⁶ Da die Regelung der Vorratsdatenspeicherung in Deutschland

21 EuGH ZD 2021, 517, 518-519.

22 BVerfG NJW 2006, 1939 1944 m.w.N.; Aden/Fährmann 2018, S. 17-19.

23 EuGH ZUM 2017, 414, 426; EuGH ZD 2021, 517, 518.

24 EuGH ZUM 2017, 414, 414 ff.

25 Z.B. Oehmichen/Mickler, NZWiSt 2017, S. 307; Roßnagel, NJW 2017, S. 697-698.

26 EuGH ZUM 2017, 414, 426 f.; EuGH ZD 2021, 517,

sich in den Grundvoraussetzungen nicht von den Regelungen in Großbritannien und Schweden unterscheidet, ist dementsprechend davon auszugehen, dass sie verfassungs- und europarechtswidrig ist.²⁷

Auch die Funkzellenabfrage betrifft fast ausschließlich unverdächtige Personen.²⁸ Bei ihr werden – aus technischer Sicht unvermeidbar – die Verkehrsdaten aller Personen erhoben, die in der abgefragten Funkzelle mit ihrem Mobiltelefon anwesend waren. Auch bemerken die Betroffenen die Eingriffe im Regelfall nicht, wodurch die Rechtsschutzmöglichkeiten erheblich eingeschränkt sind.²⁹ Der Eingriff wiegt also schwer. Gleichwohl ist aber zu beachten, dass die Eingriffstiefe gegenüber der Vorratsdatenspeicherung deutlich geringer ist, da der Eingriff räumlich (auf die Funkzelle) und zeitlich begrenzt ist. Auch wenn die Polizei bei einer entsprechenden Abfrage nur die Nummern von Endgeräten erhält, die sich in einer bestimmten Funkzelle befunden haben, handelt es sich dabei jedoch um personenbezogene Daten. Diese Nummern können unproblematisch (allerdings nur innerhalb der gesetzlich vorgesehenen und aus kriminalistischer Ermittlungsperspektive zu knappen Fristen) im Rahmen einer Bestandsdatenabfrage beim Telekommunikationsanbieter einzelnen Personen direkt zugeordnet werden. Durch die Fristen wird das Maß der Drittgefährdung auch wieder reduziert, da die Polizei allein aus Kapazitätsgründen nicht alle Daten abgleichen kann bzw. zum Zeitpunkt der Abfrage aus Gründen der Speicherfristen nicht mehr alle relevanten Daten zur Verfügung stehen.

Weiterhin kommt es in der Ermittlungspraxis gelegentlich zu Konstellationen, in denen eine Funkzellenabfrage wesentlich für die Aufklärung von schweren Straftaten ist; besonders in Situationen, in denen ansonsten keine oder nur unzureichende alternative Ermittlungsansätze bestehen. Insofern kann die Abfrage gewichtigen Interessen dienen, sodass eine verfassungskonforme Regelung denkbar ist.

Aufgrund der trotzdem bestehenden Schwere des Eingriffs gebietet der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, dass hohe Anforderungen an die Normenklarheit zu stellen sind.³⁰ Diese erfordert, dass Grundrechtseingriffe für Bürger*innen vorhersehbar sein müssen, d.h. dass sie abschätzen können, wann und unter welchen Umständen sie damit rechnen müssen. Die Normenklarheit dient auch der wirksamen Begrenzung staatlicher Eingriffe und soll deren effektive gerichtliche Kontrolle sicherstellen.³¹ Fraglich ist aber, ob die

27 So auch OVG Münster NVwZ-RR 2018, 43 (47 f.); Petri, ZD 2021, S. 495.

28 Singelnstein, NStZ 2012, S. 602; Eisenberg 2017, Rn. 2478; Fährmann/Aden/Bosch, KrimJ 2020, S. 142; Bär, NZWiSt 2017, S. 85.

29 BVerfG NJW 2016, 1781 (1781); BVerfG 110, 33 (55); BVerfG 113, 348 (376).

30 BVerfG NJW 2016, 1781 (1781) m.w.N.

31 BVerfG NJW 2016, 1781 (1781); BVerfGE 113, 348 (375 ff.).

geltenden Regelungen zur Funkzellenabfrage in § 100g Abs. 1 und 3 StPO diesen Anforderungen genügen.

Eine Funkzellenabfrage ist nach den geltenden Bestimmungen der Strafprozessordnung nur dann zulässig, wenn Straftaten von erheblicher Bedeutung vorliegen, die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes der Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert ist. Vor diesem Hintergrund kann man geteilter Ansicht darüber sein, ob die Anforderungen dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen und ob die Maßnahme dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend ausreichend beschränkt wird. Bär ist der Ansicht, dass der Rahmen im ausreichenden Maße vorgegeben wird, insbesondere um die Rechte von Dritten zu schützen und der Erstellung von Bewegungsprofilen entgegenzuwirken.³² Dagegen spricht allerdings, dass die Rechte von Dritten nur berücksichtigt werden können, wenn an die Verhältnismäßigkeit oder an die Bedeutung der Sache angeknüpft wird. Diese Tatbestandsmerkmale erscheinen aufgrund ihrer Weite und unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten aber für den polizeilichen Alltag kaum praktikabel. Gesetzesnormen sollten generell die Beschränkung der Maßnahme nicht im Wesentlichen auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stützen, vielmehr sollte die Legislative ihrer Verantwortung nachkommen und die Grenzen des Handelns der Exekutive festlegen. Dies ist gerade dann notwendig, wenn komplexe Einsatzlagen vorliegen, die eine schnelle Reaktion erfordern.

Ob die gesetzlichen Vorgaben den Einsatz der Norm ausreichend begrenzen und die Einsatzmöglichkeiten nachvollziehbar verdeutlichen, kann allein schon aufgrund der Anzahl durchgeföhrter Funkzellenabfragen bezweifelt werden. So wurden allein in Niedersachsen im Jahr 2016 über 19.000 Funkzellenabfragen durchgeführt,³³ wodurch Millionen von Datensätzen entstanden. Im gleichen Zeitraum führten Schleswig-Holstein und Berlin „nur“ 866 bzw. 491 Abfragen durch,³⁴ was die unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten der Norm verdeutlicht. Allerdings liegen nicht aus allen Bundesländern Zahlen vor. Die Anzahl der Abfragen lässt sich also nur schätzen und ist in anderen Polizeieinheiten möglicherweise deutlich geringer oder höher.

32 Bär, NZWiSt 2017, S. 84-85.

33 Niedersächsischer Landtag Drs. 17/7262, S. 2.

34 <https://netzpolitik.org/2017/fast-20-000-funkzellenabfragen-pro-jahr-alleine-in-niedersachsen> (letzter Aufruf: 20.07.2023).

<https://netzpolitik.org/2020/berlin-12-funkzellenabfragen-pro-woche/> (letzter Aufruf: 20.07.2023).

Oft ist der Einsatz der Maßnahme durch technische und personelle Ressourcen faktisch beschränkt. Es ist davon auszugehen, dass zahlreiche Ermittlungsbehörden die Abfrage mit Bedacht und Blick auf den Grundrechtsschutz auslegen und einsetzen. Jedoch deuten gerade die Zahlen in Niedersachsen darauf hin, dass zumindest in einigen Bereichen der Polizei dies nicht erfolgt,³⁵ wodurch eine eindeutigere Beschränkung der Norm notwendig ist, um den ausufernden Einsatz der Funkzellenabfrage zu unterbinden. Ferner laufen immer mehr Vorgänge automatisiert ab und die Polizei erhält immer mehr technische Hilfsmittel, sodass der personelle und technische Aufwand künftig sinkt und die begrenzten Ressourcen keine „natürliche“ Beschränkung für massenhafte Abfragen mehr darstellen.³⁶ So besteht die Gefahr, dass die Funkzellenabfrage (wie andere Maßnahmen auch) immer umfassender eingesetzt wird. Dem sollte durch klare Tatbestandsvoraussetzungen entgegengewirkt werden.

Derzeit kann allenfalls eine restriktive Interpretation der Norm dazu führen, dass sie als verfassungskonform einzustufen ist. Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes müssen hinreichend konkrete tatsächliche Anhaltspunkte für die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Abfrage vorliegen. Die Maßnahme ist als subsidiär gegenüber weniger eingriffsintensiven oder auf einzelne Beschuldigte gerichtete Maßnahmen zu verstehen. *Nicht erlaubt* ist die Abfrage, um potenzielle Tatzeug*innen ausfindig zu machen.³⁷ Die Erhebung über mehrere Stunden oder gar Tage ist weitgehend ausgeschlossen.³⁸ Vielmehr muss der Einsatz kurz und präzise erfolgen, auch weil nicht damit zu rechnen ist, dass sich potenziell Beschuldigte nach einer Tat üblicherweise länger im Radius einer Funkzelle aufhalten.

2.1.2.2 Stille SMS und IMSI-Catcher

Die stille SMS richtet sich dezidiert gegen eine bestimmte Person. Dadurch ist ihre Eingriffsintensität vergleichsweise geringer. Die Ermittlung der Position ist an sich kein so schwerwiegender Eingriff, dass dieser nicht verhältnismäßig sein kann. Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre jedoch unvereinbar, wenn die Maßnahme sehr häufig (d.h. in kurzen Abständen) und über einen längeren Zeitraum angewandt würde, sodass daraus umfassende und aussage-

35 Anzumerken ist, dass die Anzahl der Abfragen von zahlreichen Determinanten wie beispielsweise der Anzahl ermittlungsintensiver (Groß-)Verfahren, die auf technische Auswertung basieren, abhängig ist. Insofern sind die in Rede stehenden Zahlen als allgemeiner Beleg für das breite Spektrum zu interpretieren.

36 Fährmann/Aden/Bosch, KrimJ 2020, S. 141-142; Fährmann, MMR 2021, S. 777-778.

37 Eisenberg 2017, Rn. 2478.

38 Bär, NZWiSt 2017, S. 85.

kräftige Bewegungsprofile der betroffenen Personen erstellt werden können.³⁹ Umstritten ist immer noch, auf welche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage die stille SMS gestützt werden kann.⁴⁰ Der BGH hat zwar jüngst bestätigt, dass § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO einschlägig sei, und damit Stellung in einem seit längerem bestehenden Meinungsstreit bezogen.⁴¹ Allerdings kommt auch keine andere Norm innerhalb der StPO in Betracht;⁴² pragmatisch betrachtet stellt § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO die einzige mögliche Ermächtigungsgrundlage dar. Jedoch ist fraglich, ob diese Norm ausreichend bestimmt ist und ob ihr Anwendungsbereich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Insbesondere darf kein Automatismus entstehen, die Maßnahme generell oder sogar aus Bequemlichkeitsgründen einzusetzen.

Nach § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO muss eine Straftat von im Einzelfall erheblicher Bedeutung vorliegen, d.h. es bedarf zumindest einer Straftat mittlerer Schwere.⁴³ Außerdem muss die Maßnahme erforderlich sein.

Durch das Versenden von „stillen SMS“ in regelmäßigen Abständen kann mit geringem Aufwand exakter verfolgt werden, wo und wie sich eine Zielperson bewegt. Insofern können mittels der stillen SMS heimlich sehr genaue Bewegungsprofile erstellt werden,⁴⁴ da der Polizei oftmals (jedoch nicht zwingend) bekannt sein wird, wer das Mobiltelefon nutzt. So kann aus den Live-Positionsdaten beispielsweise geschlossen werden, wo die betroffene Person arbeitet (etwa an dem Ort, den sie regelmäßig aufsucht), welche Interessen sie hat und wie sie ihren Tag strukturiert; was je nach Ermittlungsfall wertvolle Hinweise für die weitere Einsatztaktik liefert. Gerade das Mobiltelefon ist mittlerweile ein häufig genutzter Gegenstand, den viele Menschen sogar immer mit sich führen, sodass eine längeren Beobachtung sehr genaue Rückschlüsse auf seine Besitzer*innen erlaubt.

Das Versenden der stillen SMS hat eine hohe Bedeutung im polizeilichen Alltag;⁴⁵ insbesondere bei der Observation wird die Variationsbreite erheblich und effektiv erweitert (s.o.). Insofern sprechen gewichtige Gründe dafür, den Einsatz dieses Instruments zu ermöglichen.

Die stille SMS wird sehr oft verwendet. So verschickten jeweils im ersten Halbjahr 2018 das Bundesamt für Verfassungsschutz 103.224, das Bundeskri-

39 BGH NJW 2013, 2530 (2537): OLG Lüneburg NJW 2008, 3508 (3509); OVG Hamburg NJW 2008, 96 (97); OLG Koblenz NJW 2007, 2863 (2863); vgl. Damm 2017, S. 77.

40 Singelnstein, NStZ 2012, S. 601; Singelnstein, NStZ 2014, S. 308; Tölpe 2008, S. 257.

41 BGH NStZ 2018, 611, 612 f; kritisch dazu Farthofer, ZIS 2020, S. 192 ff.

42 Vgl. dazu umfassend Tölpe 2008.

43 Eisenberg 2017, Rn. 2508.

44 Rückert, NStZ 2018, S. 613.

45 Rückert, NStZ 2018, S. 613 m. w. N.

minalamt 30.988 und die Bundespolizei 38.990 stille SMS.⁴⁶ Unklar ist dabei, auf wie viele Personen sich diese Maßnahmen bezogen. Es ist vorstellbar, dass aufgrund dieser Zahlen für einzelne Personen sehr genaue Bewegungsprofile erstellt werden konnten, abhängig von der Frequenz, mit der die stillen SMS verschickt wurden. Vor diesem Hintergrund ist damit zu rechnen, dass die Landespolizeien und Landesverfassungsschutzbehörden ebenfalls große Mengen an stillen SMS versenden,⁴⁷ sodass mit einem Einsatz im Millionenbereich zu rechnen ist. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob allein das Merkmal „Straftat von erheblicher Bedeutung“ und der Hinweis auf die Erforderlichkeit der Maßnahme ausreichend sind, um den Einsatz stiller SMS wirksam zu beschränken. Die Erstellung von Bewegungsprofilen, vor allem aber deren Umfang wird nicht in ausreichendem Maße beschränkt, sodass Zweifel an der Bestimmtheit der Norm gerechtfertigt erscheinen. Im Interesse eines geregelten Einsatzes wäre es sinnvoll, einen klaren Rahmen vorzugeben, etwa hinsichtlich der Länge, da ein länger dauernder Einsatz von stillen SMS mit einer längerfristigen Observation vergleichbar wird, die aber an deutlich strengere Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft ist. Klarere Vorgaben sind aus einer rechtsstaatlichen Perspektive heraus wünschenswert, damit die im Einzelfall effektive Maßnahme ausreichend legitimiert ist. Hinsichtlich der Häufigkeit des Einsatzes wird überdies auf die Ausführungen zur Funkzellenabfrage verwiesen (s.o.).

Der Einsatz des IMSI-Catchers richtet sich ebenfalls nach den Voraussetzungen von § 100i Abs. 1 StPO. Dementsprechend stellt sich auch hier wieder die Frage, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für die Bestimmtheit ausreichend sind. Ähnlich wie bei der stillen SMS ist auch der Einsatz eines IMSI-Catchers dezidiert auf eine Person bzw. ein konkretes technisches Gerät gerichtet, sodass die Streubreite der Maßnahme nicht hoch ist. Jedoch lässt sich – anders als bei der stillen SMS – nicht ausschließen, dass durch ihn auch die Daten unverdächtiger Personen erhoben werden,⁴⁸ wobei der Radius des IMSI-Catchers deutlich kleiner ist als bei einer Funkzelle.⁴⁹ Allerdings muss auch beachtet werden, dass sich mittels des Einsatzes von IMSI-Catchern kaum Bewegungsprofile erstellen lassen, da dieser voraussetzt, dass die ungefähre Position des Mobiltelefons bekannt ist. Auch wird die Eingriffstiefe dadurch beschränkt, dass die Daten Dritter sofort nach der Maßnahme zu löschen sind (§ 100i Abs. 2 Satz 2 StPO). Ferner kommt der IMSI-Catcher deutlich weniger zum Einsatz

46 BT-Drs. 19/3678, 9 b.

47 So wurden allein in Berlin 2015 137.905 stille SMS versendet, AGH-Drs. 17/ 17721; in Bayern 2013 654.386, Farthofer, ZIS 2020, S. 191.

48 Lisken/Denninger 2018, Petri G. Rn. 760.

49 Puschke 2006, S. 44.

als die stille SMS,⁵⁰ was darauf hindeuten könnte, dass von einer ausreichenden Beschränkung der Maßnahme hinsichtlich der Position auszugehen ist. Dies kann allerdings auch darauf hindeuten, dass es nicht ausreichend Geräte gibt (in Berlin war über Jahre kein derartiges Gerät verfügbar), oder dass die Maßnahme keinen großen polizeilichen Anwendungsbereich hat. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Maßnahme zumindest die Bestimmung der Position betreffend, den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.⁵¹

Insgesamt ist also zu konstatieren, dass aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive vor allem eine hohe Streubreite bei der Erhebung von Positionsdaten problematisch ist, da in hohem Umfang Unbeteiligte betroffen werden. Auch sind klarere Tatbestandsvoraussetzungen dort nötig, wo die Gefahr besteht, dass Positionsdaten in einem unverhältnismäßigen Umfang erhoben werden. Da die Daten einen hohen Nutzen für die polizeiliche Arbeit haben können, sind klare gesetzliche Vorgaben notwendig, um sowohl einen Schutz der Grundrechte als auch eine effektive Ermittlungsarbeit zu ermöglichen.

2.2 Kumulation von anderen Maßnahmen mit den Positionsdaten von Beschuldigten am Beispiel der Observation

Ein weiterer Aspekt, den es hinsichtlich der Positionsdaten zu beachten gilt, ergibt sich aus dem Umstand, dass während polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen nicht nur einzelne Eingriffsmaßnahmen unabhängig voneinander, sondern in bestimmten Situationen auch gemeinsam (also kumulativ) eingesetzt werden. Dies führt dazu, dass neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht weitere Grundrechte wie beispielsweise Art. 10 oder 13 GG betroffen sein können.⁵² Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass durch die verschiedenen Maßnahmen umfassende Profile und damit „gläserne Beschuldigte“ geschaffen werden, was einem schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gleichkommt. Auf der anderen Seite kann es für die Aufklärung von Straftaten erforderlich sein, ein möglichst umfassendes Verhaltensprofil von den Beschuldigten zu erstellen, um Rückschlüsse auf das Tatverhalten ziehen zu können. Eine genaue und umfängliche Beobachtung der Beschuldigten kann daher aus einer

50 2018 wurde die Maßnahme von den Bundespolizeibehörden 52 Mal eingesetzt, siehe <https://netzpolitik.org/2018/halbjahreswerte-fuer-stille-sms-imsi-catcher-und-funkzellenabfragen/> (letzter Aufruf: 20.07.2023).

51 Wobei bei den Erwägungen an dieser Stelle nicht die Umstände einbezogen werden können, dass dies im Regelfall der Vorbereitung von weiteren eingriffsintensiven Datenerhebungen dient (der stillen SMS oder der TKÜ) sowie eine Störung von Notrufen möglich macht, was durchaus eine andere verfassungsrechtliche Wertung rechtfertigen kann.

52 Puschke 2006, S. 61-77.

ermittlungstaktischen Perspektive geboten sein. Dementsprechend gilt es zu bewerten, in welchem Umfang sich aus dem Zusammenführen von unterschiedlichen Ermittlungsmaßnahmen ein Mehrwert für die Ermittlungsarbeit ergibt und wie die Kumulation von Informationseingriffen insoweit beschränkt werden kann, dass keine unverhältnismäßigen Profile einzelner Personen kreiert werden. Dazu wird exemplarisch die Observation untersucht.

2.2.1 Umsetzung der Maßnahme und kriminalistischer Nutzen

Die kriminalistische Ermittlungsarbeit basiert auf den Grundlagen des kriminalistischen Denkens und Vorgehens. Dies beinhaltet das Aufstellen von (Tathergangs-)Hypothesen und deren Überprüfung im Rahmen des Verifizierens bzw. Falsifizierens der entsprechenden Annahmen.

Einfach gelagerte Sachverhalte mit kausalen Handlungssträngen und nachvollziehbaren Handlungsanteilen der jeweiligen Personen können regelmäßig durch kriminalistische Arbeit (Inaugenscheinnahme von Örtlichkeiten, eigene Beobachtungen und Feststellungen, Befragungen, Vernehmungen u.v.m.) im Sinne der Ermittlung der materiellen „Wahrheit“⁵³ (soweit dies überhaupt möglich ist) rekonstruiert werden. Sobald Sachverhalte in Bezug auf einzelne Handlungsabschnitte oder -ebenen bzw. (Tat-)Beteiligungen der handelnden Personen komplexer werden, kann der Einsatz kriminaltechnischer Mittel notwendig werden. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn mehrere Personen handeln, eine Fluktuation der beteiligten Personen stattfindet oder Handlungsabläufe sich überschneiden bzw. parallel laufen. Um gerichtsfeste Ermittlungsergebnisse im Sinne einer zweifelsfreien Be- oder Entlastung einzelner Akteur*innen zu erlangen, muss je nach Lebenssachverhalt auch der Einsatz verschiedener technischer Mittel (ggf. kombiniert) angedacht werden.

Konkret auf Observationsmaßnahmen bezogen können dabei – neben anderen technischen Daten – auch Positionsdaten aus verschiedenen technischen Quellen eine Rolle spielen. So wäre es denkbar, dass Positionsdaten eines Kraftfahrzeuges durch Einsatz entsprechender Technik (Anbringen von Sendern, aber auch aktuelles oder retrogrades Auswerten von fahrzeugeigenen Datenspeichern von Navigationssystem, zentraler Steuerungseinheit, Schließtechnik u.a.) ausgewertet werden.

Da der Betrieb eines Fahrzeuges nicht an eine bestimmte Person gebunden ist und aus verschiedenen Gründen eine Observationsmaßnahme „auf Sicht“⁵⁴

53 Matzdorf, Richter ohne Robe 2014, S. 137-139.

54 D.h. ohne direkten oder nur mit eingeschränktem Blickkontakt zur Zielperson (beispielsweise im Rahmen einer durch TKÜ unterstützten mobilen Observationsmaßnahme), vgl. Martini 2009.

nicht möglich sein könnte, kann die Erfassung weiterer (Positions-)Daten notwendig sein. Hier wären die o.g. technischen Möglichkeiten der Live-Ortung mobiler Geräte (einschließlich Mobilfunkgeräte) bzw. die Auswertung der Positions- und Verbindungsdaten zu prüfen. Sollte eine Entscheidung zur „Handyortung“ getroffen werden, könnten die fahrzeugbezogenen Daten und die letztgenannten miteinander verbunden werden. Aus der Verbindung von Fahrzeug- und Mobilfunk-Positionsdaten ergäbe sich ein weitaus höherer Informationsgehalt. Jedoch wären auch diese Daten, unbewertet miteinander verbunden, nicht unbedingt beweiskräftig genug, da die Nutzung bzw. konkrete Verfügung über das Mobiltelefon zu einem konkreten Zeitpunkt nicht unbedingt zweifelsfrei einer Person zuzuordnen ist – Handys können leicht weitergegeben werden.

Vor dem Hintergrund des beschriebenen Beispielfalls wäre weiterhin die rechtliche und technische Möglichkeit einer TKÜ zu prüfen, die zum einen Hinweise auf den bzw. die Nutzer*in des Mobiltelefons (Identifikation der sprechenden Person) und weiterhin aus den Gesprächsinhalten entsprechende Informationen erbringen dürfte. Alternativ oder kumulativ könnte von „stillen SMS“ Gebrauch gemacht werden, was bei Observationen regelmäßig der Fall ist.⁵⁵

Im Rahmen der Beschreibung des beispielhaften Falls wurden verschiedene kriminalistische und kriminaltechnische Möglichkeiten angeführt. Sofern die rechtlichen Grundlagen geklärt sind, können diese dem jeweiligen Lebenssachverhalt angepasst und in verschiedenen Varianten miteinander kombiniert werden. Die Annahme, dass ein möglichst breiter Einsatz technischer Mittel beispielsweise zur Positionsermittlung den größten ermittlungstechnischen Nutzen erbringt, entspricht jedoch nicht der Realität. Vielmehr ist es notwendig, den Einsatz der technischen und sonstigen Mittel so zu kombinieren, dass das Anforderungsprofil des Einzelfalls optimal erfüllt wird.

Dies setzt vorab und fortlaufend eine Lagebewertung der einsatzführenden Dienstkräfte voraus, die dynamische Lagebilder berücksichtigt und ggf. getroffene Entscheidungen kritisch hinterfragt, was auch aus rechtlichen Gründen geboten ist. So führt der Wegfall von Voraussetzungen für StPO-basierte Maßnahmen zu deren Einstellung. Es kann zudem ermittlungstaktische Gründe geben, die zur vorläufigen oder endgültigen Einstellung einzelner Maßnahmen führen (beispielsweise Bekanntwerden der Maßnahmen oder deren einzelner Komponenten durch Enttarnung, Auffinden von technischem Überwachungsgerät o.a.). Seltener handelt es sich um Entscheidungen aus ermittlungsstrategischer Sicht, die sich dann auf der Basis von Abstimmungen mit der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der perspektivischen Vorgehensweise (beispielsweise im Zusammenhang mit Groß- oder Sammelverfahren) ergeben. Dies kann der Fall sein,

55 Eisenberg 2017, Rn. 2479; Singelnstein 2012, S. 601; BGH NStZ 2018, 10/2018, 611, 613.

wenn sich im Rahmen von Ermittlungen (auch anderer Stellen) Erkenntnisse ergeben, die eine neue Bewertung des Gesamtsachverhaltes hinsichtlich von Zuständigkeiten (Polizei und Staatsanwaltschaft), abgestufter Vorgehensweise gegen einzelne Tatbeteiligte, priorisierter Ermittlungsziele und antizipierter Anklagestrategien notwendig machen.

Die wesentlichsten Determinanten für den Einsatz und Umfang von Ermittlungsmaßnahmen liegen jedoch in der Organisation der Ermittlungsbehörden selbst. Sie sind indirekt das Ergebnis von politischen Entscheidungen bzgl. der finanziellen und personellen Ausstattung sowie der Umsetzung dieser Vorgaben in den jeweiligen Behörden. Die hier beschriebenen technischen Maßnahmen erfordern – trotz oder vielmehr wegen der eingesetzten Technik – einen erheblichen Personaleinsatz. So bedarf die TKÜ der Einrichtung, des Betriebes und insbesondere der gerichtsfesten Auswertung durch mit dem Ermittlungssachverhalt betraute Personen, häufig rund um die Uhr an allen Wochentagen. Hier kommt in Zukunft der an technische, aber insbesondere an personelle Grenzen stoßende Anfall von Massendaten hinzu, der oftmals nur noch eine selektive, punktuelle Auswertung erlaubt oder durch eine technische Unterstützung bei der Auswertung (z.B. durch den Einsatz von selbstlernender, künstlicher Intelligenz⁵⁶) bewältigt werden kann.⁵⁷ Die Ergebnisse sind in einem Ermittlungsvorgang nicht nur zusammenzufassen, sondern in einen sinnvollen, mögliche Zweifel ausschließenden Bezug zu bringen. Allein die schriftliche Auswertung erfordert einen erheblichen Kräfteeinsatz.

Die Durchführung einer mobilen Observation bedingt ebenfalls einen erheblichen Kräfteeinsatz, ebenfalls regelmäßig rund um die Uhr. Je nach Sachverhalt sind Mitarbeiterzahlen im niedrigen bis mittleren zweistelligen Bereich die Voraussetzung für die Durchführung derartiger Maßnahmen. Zudem muss die Mobilität durch eine Vielzahl von wechselnden Fahrzeugen gewährleistet sein. Selbst das verdeckte Anbringen von technischem Gerät (Peilsendern o.a.), wie auch die vorher notwendigen Ermittlungsschritte, sind personalintensive Aufgaben.

Auch wenn die limitierende Variable der Verfügbarkeit von ausreichendem Personal nicht bestehen würde, müssen die technischen Voraussetzungen für den Einsatz der o.g. Mittel vorhanden sein. Die notwendigen Geräte zur Durchführung von TKÜ-Maßnahmen (z.B. IMSI-Catcher, Peilsender, sonstige Ausrüstung), aber auch Raumkapazitäten sind nicht frei verfügbar, sondern in

56 Wie am Beispiel der Besonderen Aufbauorganisation (BAO) und des Einsatzes neuartiger technischer Lösungen zur Auswertung der (in einem bisher unbekannten Umfang) angefallenen Datenmengen im Zusammenhang mit der Auswertung der sog. „Panama-Papers“ und „Paradise-Papers“ beim Deutschen Bundeskriminalamt (BKA) ersichtlich.

57 Vgl. dazu Fährmann, MMR 2020, S. 231-232.

den Ermittlungsbehörden (je nach ihrer Ausrichtung auf bestimmte Kriminalitätsformen und ihrer Anbindung an nachgeordnete oder Haupt-Verwaltungen) nur in begrenztem Maße vorhanden. Vor diesem Hintergrund ist jede Maßnahme, wie eingangs beschrieben, einem Priorisierungsverfahren zu unterziehen und muss nicht nur an der rechtlichen Grundlage, der Verfügbarkeit von personellen, technischen und räumlichen Ressourcen, sondern auch noch an der konkreten Belastung der jeweiligen Dienststelle ausgerichtet werden. Triviale Einflussvariablen wie Ferienzeiten, Krankenstände, Baumaßnahmen, Ausfall und lange Reparaturdauer von technischem Gerät beeinflussen regelmäßig den Entscheidungsfindungsprozess und zwingen teilweise auch zur Änderung der Ausrichtung oder zum Abbruch der Maßnahmen.

Vor diesem Hintergrund ist die häufig unterschwellig bestehende Befürchtung, Ermittlungsbehörden würden die rechtlichen Möglichkeiten exzessiv nutzen, um eine möglichst große Anzahl an Daten zu sammeln und somit einen Beitrag zur Entwicklung des „gläsernen Bürgers“ leisten, allein aus faktischen Gründen kein realistisches Szenario.

2.2.2 Rechtliche Probleme

Der mit der kumulativen Nutzung mehrerer Ermittlungsmethoden verfolgte Zweck der umfänglichen und genauen Sachverhaltsermittlung ist im Interesse des rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Die Kumulation der Maßnahmen ist daher als verfassungsrechtlich legitim anzusehen.⁵⁸ Die Zusammenführung unterschiedlicher Eingriffsmaßnahmen wirkt sich aber auch auf den Grundrechtsgebrauch aus. Dadurch wird die Punktualität des Eingriffsbegriiffs relativiert und die Wirkung mehrerer Maßnahmen zu einer Gesamtbetrachtung zusammengefasst. Das hat Auswirkungen insbesondere auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung,⁵⁹ da durch die Kumulation mehrerer Eingriffsmaßnahmen von unterschiedlicher oder gleichartiger Qualität in der Regel eine Steigerung der Eingriffsqualität erfolgt.⁶⁰ Gerade der Einsatz mehrerer Grundrechtseingriffe durch Maßnahmen der Informationsbeschaffung auf unterschiedlichen Ebenen

58 Z.B. BVerfGE 107, 299 (316); Puschke 2006, S. 122.

59 Winkler, JA 2014, S. 884; Schwabenbauer 2021, G Rn. 342.

60 Zu der Frage, inwieweit diese noch auf die einzelnen Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden können; umfassend Puschke 2006, S. 113-117. Sollte die Eingriffsintensität immens ansteigen oder die Kumulation von verschiedenen Maßnahmen dazu führen, dass sich der Charakter der einzelnen Maßnahmen durch die Zusammenführung ändert, ist es denkbar, dass die Maßnahme nicht allein auf die jeweiligen einzelnen Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden kann, sondern, dass eine weitere Ermächtigungsgrundlage oder zumindest eine speziell auf die Kumulation von verschiedenartigen qualifizierten Maßnahmen zugeschnittene Auslegung erforderlich wird.

kann dazu führen, ein sehr umfassendes und dementsprechend sehr eingriffsintensives Profil der Beschuldigten zu erstellen, welches in einer unzulässigen „Rundumüberwachung“ oder „Totalüberwachung“ münden kann, die nicht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und anderen Grundrechten zu vereinbaren wäre.⁶¹ Die Bestimmung der Position kann innerhalb dieses Profils ein wesentlicher Baustein sein.

Unter einer solchen „totalen“ Überwachung ist die umfassende Ansammlung von personenbezogenen Daten zu verstehen, deren Verknüpfung zu einem Erkenntnisstand führt, der Verhaltens- und Lebensweisen sehr detailliert oder nahezu lückenlos nachvollziehbar macht.⁶² Wann diese Schwelle überschritten ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, d.h. von der Länge der Maßnahmen, dem von den Maßnahmen betroffenen Personenkreis und vor allem davon, ob diese Daten der Privatsphäre bzw. dem Kernbereich der Persönlichkeit zuzuordnen sind. Daher ist es möglich, dass verschiedene einzelne, für sich betrachtet geringfügige, nicht schwerwiegende oder gerade noch verhältnismäßige Eingriffe in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet.⁶³ Nicht zuletzt kann die Kumulierung von mehreren Maßnahmen zur Datenerhebung das Risiko vergrößern, dass die strafprozessualen Eingriffsmaßnahmen in Richtung des absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeit⁶⁴ vordringen,⁶⁵ da exaktere Persönlichkeitsprofile erstellt werden können.

Hinzu kommt, dass mittlerweile nahezu alle Lebensbereiche von Informationstechnik durchdrungen sind und immer größere Verhaltens- und Lebensanteile digitale Spuren hinterlassen. Aus technischen Informationseingriffen können heute sehr viele Rückschlüsse auf die Lebensführung der Bürger*innen gezogen werden, die Polizei kann immer weiter in den privaten Bereich der Bürger*innen vordringen.⁶⁶

Allerdings ist aktuell (noch) davon auszugehen, dass eine Totalüberwachung regelmäßig nur dann in Betracht kommt, wenn umfassende Daten aus der Wohnraumüberwachung, Daten über das Onlineverhalten, der TKÜ oder Live-Positionsdaten über einen längeren Zeitraum kombiniert werden. Die Auswertung von digitalen Daten aus dem Smartphone birgt aber zunehmend die Gefahr, schon für sich zu einer faktischen Totalüberwachung zu werden.

61 Vgl. BGH NJW 2009, 3448 (3458); BVerfG MMR 2005, 371, (372); Puschke 2006, S. 81-82, 117-118; Schwabenbauer 2021, G Rn. 371.

62 Puschke 2006, S. 81.

63 BVerfG 2009, 2033 (2045 m. w. N.).

64 Z.B. BVerfGE 6, 32 (41); BVerfGE 27, 344 (350); BVerfGE 119, 1 (29 f.).

65 Aden/Fährmann 2018, S. 23; Puschke (2006), S. 117-118.

66 Aden/Fährmann 2018, S. 18; vgl. BVerfG NJW 2008, 12/2008, 822 (833).

Während der Observation werden ggf. zahlreiche Ermächtigungsgrundlagen kombiniert, sodass aus mehreren parallelen Ermittlungsmaßnahmen systematische verdichtete Informationen gebildet werden können. Da in gewissen Situationen gerade bezieht sich die Observation auf einen möglichst genauen Profil der Person zu erstellen, ist davon auszugehen, dass die Eingriffsintensität – auch wenn keine Totalüberwachung vorliegt – oft hoch ist.⁶⁷ Insbesondere bei längeren Überwachungen werden umfassende Informationen gewonnen, die genauere Rückschlüsse auf den persönlichen Lebensbereich zulassen.⁶⁸ Dies ist aufgrund der beschränkten personellen Ressourcen (s.o.) nicht bei jeder Observation der Fall. Zudem zielt keineswegs jede Observation auf ein umfassendes Profil der Beschuldigten; für die Aufklärung der Straftat kann auch ein beschränktes, weniger eingriffsintensives Bewegungsprofil (beispielsweise nur Bewegungen in einem gewissen Bereich des öffentlichen Raums) ausreichend sein. Da aber die Gefahr einer hohen Eingriffsintensität besteht, muss bei der Bewertung des Maßnahmenbündels eine sorgfältige Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden.

Grundsätzlich ist hinsichtlich der Geeignetheit davon auszugehen, dass die Wahrheitsermittlung durch eine Verknüpfung von mehreren Maßnahmen (möglicherweise) gefördert wird. Dabei ist in jedem Einzelfall kritisch zu prüfen, ob eine Kombination von Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zu dem gewünschten Erfolg führt.⁶⁹

Probleme können bei der Erforderlichkeit der kumulierten Maßnahmen entstehen. Dazu muss im Einzelfall ermittelt werden, inwieweit jede einzelne Maßnahme in der konkreten Situation tatsächlich benötigt wird, um den Erfolg der Ermittlungen zu gewährleisten. Insbesondere ist zu beachten, ob eine umfängliche Überwachung in jeder Situation erforderlich ist – vor allem, wenn andere Personen zugegen sind, gegen die sich die Ermittlungsmaßnahmen nicht direkt richten.⁷⁰ Zur Aufklärung von gewissen Straftaten kann es etwa ausreichen, wenn nur bestimmte Verhaltensweisen beobachtet werden, da nur diese für die Aufklärung relevant sind.

Die Polizei muss sich bei der Datenerhebung auf die Daten beschränken, die sie für die Ermittlungen benötigt. Es darf keinen Automatismus geben, bei der Observation sämtliche Maßnahmen zur Informationsgewinnung zusammenzuführen. Dies wird sich oft schon aus der polizeilichen Bewertung der Einsatzlage ergeben, allein schon aufgrund der beschränkten Ressourcen. Das beugt in vielen Fällen faktisch einer nicht erforderlichen Kombination von

67 Vgl. BVerfG ZD 2013, 03/2013, 126 (127); Puschke 2006, S. 129 f.

68 Puschke 2006, S. 130.

69 Puschke 2006, S. 122.

70 Vgl. BVerfG MMR 2005, 371, (372).

Maßnahmen vor. Gleichwohl besteht die Gefahr, dass Beamte*innen „über das Ziel hinaus schießen“. Zudem wird auch die Observation durch den vermehrten Einsatz technischer Mittel – auch vor dem Hintergrund der o.g. Determinanten – leichter und kann in Zukunft möglicherweise deutlich stärker technisch unterstützt ablaufen, was wiederum die Gefahr eines Automatismus, auf mehrere technische Maßnahmen zuzugreifen, erhöht (s.o.).

Die Zusammenführung unterschiedlicher Ermittlungsmaßnahmen kann in bestimmten Fällen nicht angemessen sein. Hier ist insbesondere die Eingriffsintensität, die durch die Kumulierung entsteht, in Relation zum Verfolgungsinteresse zu setzen. Dabei ist zu beachten, dass die Observation (auch durch technisch gestützte Maßnahmen) eine wesentliche Bedeutung in der Polizeiarbeit hat, denn sie ist sehr aufwendig, sodass die technische Unterstützung diese erheblich erleichtert. Die Observation eröffnet deutlich mehr ermittlungstaktische Möglichkeiten (s.o.). Bei besonders schweren Straftaten kann dementsprechend eine umfassende Kumulierung von Maßnahmen angemessen sein. Allerdings muss auch der möglichen Eingriffsintensität durch die ggf. sehr umfassende Überwachung ausreichend Rechnung gezollt werden. Die wesentlichen Kriterien für die Abwägung der gegenläufigen Interessen sind damit die Schwere der verfolgten Tat(en)⁷¹ und das Maß der Eingriffsintensität. Die Intensität drückt sich insbesondere in folgenden Merkmalen aus: dem zeitlichen Umfang der Observation,⁷² dem Umfang der eingesetzten technischen Maßnahmen, den dabei erhobenen Daten sowie den daraus möglichen Rückschlüssen.⁷³

2.3 Nutzung von GSM- und GPS-Ortungssystemen im Rahmen der Kfz-Diebstahlaufklärung

Beispielhaft für die Live-Ortung von Kraftfahrzeugen ist das ursprünglich für die Transportlogistik entwickelte Fahrzeug- und Logistik-Trackingsystem UBI-NAM.⁷⁴ Es stellt ein System für die Nachverfolgbarkeit von Fahrtwegen sowie der aktuellen und retrograden Positionsermittlung von Kraftfahrzeugen dar. Das System arbeitet auf der Basis von GSM- und GPS-Daten, um jederzeit (d.h. je nach den technischen Rahmenbedingungen am jeweiligen Ort) eine entsprechende Positionsdatenübertragung zu gewährleisten.

Insbesondere in der Verbindung von verschiedenen Informationen (Fahrtwege, Live-Positionsdaten, Nutzerdaten, vergangene und aktuelle Positionsda-

71 BVerfG NJW 2016, 1781 (1784).

72 BVerfG NJW 2016, 1781 (1792).

73 Vgl. BVerfG NJW 2008, 1505 (1507).

74 UBINAM: lat. Interrogativadverb, verwendet im Sinne von „wo denn“ von der Ubinam track&act GmbH; <https://www.ubinam.de> (letzter Aufruf: 20.07.2023).

ten) und der Möglichkeit des Zugriffs auf diese Daten innerhalb der Arbeitszeit des Unternehmens, welches das System betreut (in den jeweiligen Unternehmen mit abgestuften Berechtigungen) ist das Gesamtsystem für kriminalistische Ermittlungen und kriminaltechnische Auswertungen in zahlreichen Straftat Zusammenhängen interessant. Vor allem bei überörtlich agierenden Straftäter*innen sowie Banden (beispielsweise in Zusammenhang mit dem Diebstahl hochwertiger Kraftfahrzeuge, Baumaschinendiebstahl, Betäubungsmittelschmuggel, Schleuserkriminalität u.a.) bietet die Auswertung der Daten in Verbindung mit weiteren Ermittlungsergebnissen relevante Ansätze für die Fortentwicklung von Ermittlungsverfahren.

GSM-Daten liefern im ländlichen Kontext allerdings nur sehr ungenaue Positionsdaten. Jedenfalls besteht zumindest ein erster Anhaltspunkt für weitere Ermittlungen, der ansonsten oft fehlt. Innerhalb des städtischen Raums ist GSM dagegen deutlich effektiver. Die technische Entwicklung ermöglicht aber wesentlich genauere Daten, beispielsweise über GPS. Entsprechende technische Einrichtungen sind bereits in vielen privat genutzten und einem großen Teil der gewerbllich genutzten Kfz vorhanden oder lassen sich nachträglich leicht einbauen. Der alleinige Zugriff auf GSM-Daten ist auch deshalb nicht ausreichend, weil bei dieser Variante die Positionsdaten beim Anbieter abgefragt werden müssen, wodurch den Ermittlungsbehörden Kosten entstehen und die Ermittlungsarbeit von externen Stellen abhängig wird. Dies ist von Nachteil, da so einerseits Zeit vergeht und andererseits in Eilfällen ein Zugriff auf die Daten außerhalb der Arbeitszeiten des Unternehmens nicht möglich ist.

Die Diebstahlsaufklärung mittels Positionsdaten weist eine deutlich geringere Eingriffsintensität im Vergleich zu den vorher beschriebenen Maßnahmen auf. Zwar besteht auch hier die Problematik, dass gesetzgeberische Vorgaben noch zu unkonkret sind;⁷⁵ betrachtet man die Situation aber allein unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsintensität, wird deutlich, dass an dieser Stelle gerade keine Kumulation von unterschiedlichen Maßnahmen erfolgt. Weitere Eingriffsmittel stehen schließlich zu diesem Zeitpunkt in der Regel nicht zur Verfügung oder sind nicht ohne Weiteres miteinander verknüpfbar. Regelmäßig können erst nach einer erfolgreichen Live-Ortung weitere Ermittlungsmaßnahmen ergriffen werden.

Zudem handelt es sich um gezielte Eingriffe, die einzelne Personen (die jeweiligen Nutzenden des Kfz) betreffen. Keinesfalls sind Personen betroffen, die nicht in Bezug zur gestohlenen Sache stehen. Dadurch wird gewährleistet, dass die Maßnahme keine große Streubreite hat. Zwar besteht die Möglichkeit, Bewegungsprofile zu erstellen, aber die Eingriffsintensität wiegt in diesem Kontext nicht schwer, da die besitzende Person unklar ist und das Kfz leicht

75 Fährmann in diesem Band, S. 141ff.

weitergegeben werden kann. Insofern sind die Bewegungsprofile weniger eindeutig und ermöglichen nur begrenzte Rückschlüsse auf das gesamte Verhalten der Personen. Ferner werden die Verdächtigen das Kfz oder andere gestohlene Gegenstände – es sei denn, es handelt sich um ein Mobiltelefon, welches weiter genutzt wird – nicht dauerhaft bei sich führen, sodass insbesondere bei Fahrzeugen die Aussagekraft der Daten auf die Bewegungen im öffentlichen Raum beschränkt ist.

Zu beachten ist auch, dass der Einsatz entsprechender Maßnahmen eindeutig durch die Zahl der Delikte und die notwendigen GPS-Sender beschränkt wird. Insofern ist ein „Ausufern“ wie bei der stillen SMS aktuell nicht zu befürchten.

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive wird deutlich, dass der Einsatz neuer Technologien durchaus mit unterschiedlicher Eingriffsintensität einhergehen kann. Die verfassungsrechtlichen Problematiken ergeben sich in erster Linie aus unbestimmten Normen und Eingriffen mit extremer Streubreite, die nicht mehr zwischen unbeteiligten Bürger*innen und beschuldigten Personen unterscheiden. Insgesamt ist ein gezielter Einsatz neuer Technologien, der sich gezielt auf einzelne Personen und/oder Sachen richtet, deutlich weniger eingriffsintensiv und kann gerade bei gestohlenen Gegenständen die Ermittlungsarbeit verbessern bzw. diese erst möglich machen.

2.4 Besondere Problematik: „Lockgegenstände“

Aus Experten*inneninterviews mit Angehörigen unterschiedliche Polizeidienststellen folgte unter anderem die Erkenntnis, dass im Rahmen der Fahrraddiebstahlaufklärung der Einsatz von sogenannten Lockfahrrädern als eine probate Ermittlungsmaßnahme angesehen wird. Zudem ist der Einsatz von Lockgegenständen auch in anderen Bereichen der polizeilichen Ermittlungsarbeit denkbar.

2.4.1 Einsatz von Lockgegenständen

Mittlerweile bietet sich Ortungstechnologie für immer mehr Gegenstände an. Mit dem technologischen Fortschritt der letzten Jahre (insbesondere leistungsfähigeren Akkus) und der Entwicklung eines eigenen Marktes für Ortungssysteme (durch Start-Up-Unternehmen) steht nunmehr eine Vielzahl kompakter, leicht verbaubarer und zugleich getarnter Systeme zur Verfügung.

Auch seitens der Polizei wird Ortungstechnik (weiter)entwickelt und in Gegenstände integriert, die potenziell gestohlen werden können. So wurde etwa von der Polizei Brandenburg ein eigenes System für den Einsatz in Fahrrädern entwickelt. Dieses beinhaltete neben einer getarnten Empfangs- und Sendeeinheit, welche über verschiedene Einstellungsmöglichkeiten zur Taktung verfügt,

einen leistungsfähigen Akku mit einer Laufzeit von mehreren Monaten. Die Signalisierung erfolgte dabei fast ausschließlich aus abgeschirmten Bereichen, etwa umschlossenen Fahrzeugen oder Gebäuden. Die Darstellung der Signalwiedergabe erfolgte über eine separate Anwendersoftware.

Die Nutzung von Ortungstechnik an einem Fahrrad im Rahmen operativer Maßnahmen, in diesem Fall als sog. Lockvogel oder „object provocateur“, sollte sich daran ausrichten, welche Ermittlungsziele verfolgt werden. Erst nachdem das Ermittlungsziel bestimmt wurde, kann die entsprechende Ortungstechnik (hier GPS-Tracker) ausgewählt werden. Das Lockvogel-Fahrrad kann einerseits als Einstieg in ein Ermittlungsverfahren dienen, um eine bzw. einen Fahrraddieb*in als Täter*in zu stellen. Damit können aber auch weiterreichende Ziele verfolgt werden, etwa die Identifizierung von Lagerstätten entwendeter Fahrräder, die Ermittlung weiterer Beteiligter (z.B. Zwischenhändler*innen im Rahmen von Hehlereiverfahren oder zum Nachweis der gewerbsmäßigen Begehung von Fahrraddiebstählen), oder die Nachvollziehbarkeit der Vertriebswege des Diebesgutes bis hin zu den Endabnehmer*innen.

Für die weiterreichenden Ziele muss zunächst ermittelt werden, was mit dem entwendeten Fahrrad oder anderen Gegenständen nach dem Diebstahl passiert. Verbleibt dieses nicht für einen gewissen Zeitraum in seinem Originalzustand, sondern wird zeitnah umgebaut oder gar zerlegt und dem Ersatzteilemarkt zugeführt, ist die Präparierung eines Lockfahrrades nur bedingt hilfreich, wenn nicht sogar kontraproduktiv. Das kann über den – noch zu verkrafteten – Verlust der Technik bis hin zur Entdeckung durch die Täter*innen und entsprechenden Verdunkelungshandlungen führen.

Ist dagegen eine „einfache“ Stellung der Täter*innen vorgesehen oder besteht die Gefahr des Auseinanderbauens des Fahrrades, so genügt ein kleines kompakteres System ohne externe Stromanbindung an einen separaten Akku, E-Bike-Akku oder als Ladealternative an einen Dynamo den technischen Anforderungen.

Systeme mit integriertem Akku senden nur einen relativ kurzen Zeitraum. Ihre Sendeleistung ist aufgrund der geringeren Spannungskapazität nur beschränkt. So könnte bereits das Befördern des Fahrrades in einem geschlossenen System (z.B. in einem Fahrzeug) oder das Abstellen des Fahrrades in einem Gebäude den Sender abschirmen und das Ortungssignal unterbrechen.

Das bedeutet für die Polizei, dass ein alleiniges Verlassen auf einen GPS-Tracker und dessen Signal keinen Erfolg garantiert. Mit Beginn des Trackings ist daher zeitnah eine visuelle Aufnahme des Fahrrades notwendig, um bei Signalverlust schnell die Ursache erkennen und entsprechend reagieren zu können. Auch spielt die Visualisierung der Täter*innen auf dem präparierten Fahrrad im unmittelbaren zeitlichen und örtlichen Zusammenhang zur Tat eine wesentliche Rolle für den Tatnachweis. Bei einer Feststellung mit wesentlichem

Zeitverzug ist ohne weitere Ermittlungshandlungen möglicherweise nur noch Hehlerei tatsächlich nachweisbar, nicht jedoch der Diebstahl im besonders schweren Fall. Letzterer erweitert jedoch die Bandbreite an möglichen strafprozessualen Maßnahmen erheblich.

Grundsätzlich ist die direkte Tatbeobachtung für ein Ermittlungsverfahren der bestmögliche Fall. Lässt sich diese aber auf Grund der baulichen Gestaltung am Tatort nicht realisieren oder wird aus personellen bzw. taktischen Gründen darauf verzichtet, können anstelle einer konkreten Tatbeobachtung die Täter*innen unmittelbar visuell aufgenommen und ihnen die Taten durch weitere Maßnahmen (wie Beweismittelsicherung oder Spurenauswertung) eindeutig zugeordnet werden.

Eine vollkommen andere Vorgehensweise ist dagegen beim Einsatz von GPS-Trackern notwendig, wenn es um die Ermittlung von „Hinterleuten“ bzw. Zwischenhändler*innen oder Verbindungs wegen geht. Das setzt jedoch wiederum voraus, dass das Fahrrad im Originalzustand verbleibt. Jede bauliche Veränderung kann zur Entdeckung der Ortungstechnik führen.

Eine Tatbeobachtung ist hierbei auch notwendig, jedoch geht es in diesem Fall in erster Linie darum sicherzugehen, dass der Fahrraddiebstahl wirklich von der Zielperson begangen wird, gegen die sich die Maßnahme richtet. Nach der Tathandlung und der Aktivierung des Trackingsignales konzentrieren sich die Ermittlungen darauf, den weiteren Transportweg des Fahrrads zu verfolgen.

2.4.2 Rechtliche Auswirkungen des Einsatzes von Lockgegenständen

Für die grundrechtliche Eingriffsintensität kann bzgl. des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Wesentlichen auf die Ausführungen unter 2.3 verwiesen werden. Die Intensität des Grundrechtseingriffs wird durch die Aktualisierungshäufigkeit des Ortungssignals beeinflusst, da durch häufigere Übertragungen ein genaueres Bewegungsprofil erstellt werden kann. Jedoch ist gerade bei gestohlenen Gegenständen mit einem zeitnahen Zugriff zu rechnen; je länger gewartet wird, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass der Diebstahl nicht mehr einer bestimmten Person zugeordnet werden kann. Etwaige erstellte Bewegungsprofile werden meist nicht sehr viele Rückschlüsse auf privates Verhalten zulassen.⁷⁶ Jedoch kann es sich wieder eingriffsverschärfend auswirken, wenn das Tracking des Lockgegenstandes mit anderen Maßnahmen kumuliert wird, beispielsweise mit einer TKÜ oder einer Observation. In solchen Situationen ist wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (s.o.).

76 Vgl. auch die Beiträge von Fährmann in diesem Band, S. 141ff; Matzdorf in diesem Band, S. 69ff.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob sich aus dem Umstand, dass die Polizei selbst die Tatsituation geschaffen hat, ein Verstoß gegen den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des fairen Verfahrens ergibt.⁷⁷ Dies kommt insbesondere in Fällen der Tatprovokation in Betracht.

In welchen Situationen eine Tatprovokation unzulässig ist und welche Rechtsfolgen daraus entstehen, ist seit Langem umstritten.⁷⁸ Auch wenn die Rechtsprechung tatprovokierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme grundsätzlich billigt, sieht sie Konflikte mit dem Rechtsstaatsprinzip, gerade wenn bisher unbestrafte, rauschgiftabhängige oder gar unverdächtige Personen zur Straftatbegehung verleitet werden oder die Einwirkung auf die Provozierten besonders intensiv war.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH ist das Provokationsverhalten bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.⁸⁰ Für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) dagegen kann die Tatprovokation zu einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren führen (Art. 6 Abs. 1 EMRK), wodurch die auf die Provokation gestützten Beweise unverwertbar werden oder das Verfahren unter bestimmten Umständen sogar einzustellen ist.⁸¹

Zunächst ist aber die Frage zu beantworten, ob Lockgegenstände oder sogenannte Diebesfallen überhaupt eine Tatprovokation darstellen. Die Rechtsprechung beschäftigt sich in erster Linie mit sog. Lockspitzeln, d.h. mit verdeckten Ermittler*innen, die auf die Täter*innen einwirken, damit sie Straftaten begehen. Die Situation bei einer Diebesfalle weist dazu zwar Parallelen auf,⁸² allerdings ist für Lockspitzel auch charakteristisch, dass sie zumindest den objektiven Tatbestand einer Anstiftung gem. § 26 StGB erfüllen, indem sie spätere Beschuldigte durch Ansprechen, Versprechen oder Überreden – d.h. durch ihr kommunikatives Verhalten – zur Tatbegehung bewegen. Daran könnte es jedoch fehlen, wenn lediglich eine Situation geschaffen wird, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat verleitet.⁸³ Allerdings lässt sich die Frage, ob ein Tatentschluss unter Überschreitung rechtsstaatlicher Grenzen durch staatliche Akteure hervorgerufen wurde, nur unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles beantworten. Die dafür notwendige Gesamtbetrachtung erfordert eine Berücksichtigung der Schuld, des Grades des gegen die Beschuldigten

77 Vgl. dazu BVerfG NJW 1981, 1719 (1722).

78 Zur Übersicht: Rönnau, JuS 2015, S. 22.

79 BGH NJW 1984, 2300 (2301); Rönnau, JuS 2015, S. 22; vgl. BayObLGSt 1978, 145 (145 ff.); OLG Düsseldorf NStZ 1992, 237 (237).

80 BGH NJW 1984, 2300 (2302).

81 EGMR NJW 2015, 3631 (3633 ff.); EGMR NJW 2021, 3515 (3521).

82 Vgl. Rönnau, JuS 2015, S. 19; Janssen, NStZ 1992, S. 238.

83 Möllers 2018, S. 550-551.

bestehenden Verdachtes, der vorher bestehenden Tatbereitschaft und der nicht fremdbeeinflussten Aktivitäten im Vorfeld sowie während der Tat. Weiterhin sind die Art, die Intensität und der Zweck der Einflussnahme der staatlichen Akteur*innen sowie die Schwere der Tat zu berücksichtigen.⁸⁴

Sofern beispielsweise ein mit einem Sender ausgestattetes Fahrrad oder ein anderer Gegenstand im öffentlichen Raum abgestellt und an- oder abgeschlossen wird, könnte gegen eine Provokation sprechen, dass gerade Fahrzeuge oft im öffentlichen Raum abgestellt werden und es sich nur um ein übliches Verhalten handelt. In Einzelfällen könnten die Gesamtumstände aber für eine Provokation sprechen, wenn bspw. der Gegenstand nicht ausreichend gesichert wird. Auch kann es sein, dass die Polizei Orte auswählt, von denen sie weiß, dass dort ein hohes Diebstahlsrisiko besteht, oder dass dort potenzielle Täter*innen agieren. In solchen Fällen ist denkbar, dass das Tatverhalten beeinflusst wird, indem eine besondere Tatgelegenheit geschaffen wird.

Sofern die Polizei aber bezieht, organisierte Diebstahlsstrukturen aufzudecken, ist davon auszugehen, dass die Täter*innen den Tatort bereits mit dem im Vorfeld gefällten Entschluss aufsuchen, einen Diebstahl zu begehen. In einer solchen Konstellation erscheint die Annahme einer Provokation fernliegend. Sollte ein wertvoller Gegenstand hingegen gänzlich ungesichert oder nur sehr schlecht gesichert abgestellt werden, besteht dagegen die Gefahr, dass Personen zum Diebstahl angeregt werden, die diesen sonst nie begangen hätten. In einer solchen Konstellation erscheint eine Tatprovokation wieder näher zu liegen. Aufgrund der mit der Strafverfolgung einhergehenden Grundrechtsverletzungen darf es nicht sein, dass der Staat selbst Bürger*innen, die sonst keine Straftaten begangen hätten, dazu veranlasst, solche zu begehen.⁸⁵ Locksituationen sollten in erster Linie diejenigen Personen ansprechen, die nach der Kenntnislage der Polizei gewillt sind, Diebstähle zu begehen (dies erfolgt regelmäßig bereits aus ermittlungstaktischen Erwägungen, s.o.). In solchen Situationen wird ein Beweisverwertungsverbot oder eine Strafmilderung meist nicht in Betracht kommen.

2.5 Folgemaßnahmen

Für die polizeiliche Ermittlungsarbeit und die Beurteilung der Eingriffsintensität ist außerdem relevant, zu welchen Folgemaßnahmen die Erhebung der Positionsdaten führen können.⁸⁶ Sofern die Polizei eine Person mit dem gestohlenen

84 BGH NJW 1984, 2300 (2301); vgl. OLG Bremen NZWiSt 2012, 465 (466).

85 Vgl. Sommer, NStZ 1999, S. 49.

86 Zur Verwendung von Positionsdaten im gerichtlichen Verfahren vgl. Fährmann/Vollmar/Görlitz in diesem Band, S. 211ff.

Gegenstand im öffentlichen Raum antrifft, kann sie diesen nach §§ 94 ff. StPO beschlagnahmen und eine Beschuldigtenvernehmung durchführen. Allerdings können sich die gestohlenen Gegenstände auch innerhalb eines Gebäudes, in den Taschen von Personen oder in einem Kfz befinden. Dann stellt sich die Frage, ob auch Fahrzeuge, Personen und vor allem Wohnungen nach §§ 102 StPO ff. aufgrund der Erkenntnisse aus den Positionsdaten durchsucht werden dürfen, was im Folgenden vertieft untersucht wird. Dies setzt einen Anfangsverdacht voraus, d.h. die Begehung einer Straftat muss durch tatsächliche Anhaltspunkte oder durch kriminalistische Erfahrungen belegbar sein.⁸⁷

Ferner bedarf es einer Auffindungsvermutung hinsichtlich der Beweismittel, was beispielsweise durch in den gestohlenen Gegenstände verbaute Ortungstechnik gegeben sein kann.⁸⁸ Überdies muss der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und dem Grad des Tatverdachts stehen. Zudem ist die Bedeutung des potenziellen Beweismittels für das Strafverfahren sowie die Auffindungswahrscheinlichkeit von Beweismitteln in die Wertung mit einzubeziehen.⁸⁹ Je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass die Durchsuchung zum Erfolg führt, desto eher ist die Verhältnismäßigkeit zu verneinen.⁹⁰

Wie bereits in diesem Band ausführlich beschrieben, weisen die GPS-Daten eine Ungenauigkeit auf, die je nach den äußersten Umständen mehrere Meter betragen kann. Auch wird das GPS-Signal durch Hauswände stark gestört bzw. kann nicht mehr empfangen werden.⁹¹ Daher werden entsprechende Positionsdaten regelmäßig nicht ausreichen, um einen Durchsuchungsbeschluss für eine Wohnung zu begründen. Für einen Durchsuchungsbeschluss ist essentiell, dass die Position auf einen konkreten Bereich begrenzt werden kann. Es reicht keinesfalls aus, sich nur auf einen nicht näher bestimmten Bereich beziehen. Auf Grundlage einer bloßen Möglichkeit, dass sich dort der „grob“ lokalisierte Gegenstand befindet, soll keine Durchsuchungsmaßnahme mit entsprechenden Grundrechtseingriffen für die betroffenen Menschen durchgeführt werden.

Gerade in Großstädten ist eine genaue Zuordnung der gestohlenen Sache zu einer Wohnung äußerst schwierig, insbesondere bei Mehrfamilienhäusern. Oft lässt sich aufgrund der Abweichung noch nicht einmal die genaue Adresse feststellen, erst recht nicht die exakte Wohnung. Wird das Diebesgut in einem Mehrfamilienhaus gelagert, führt dies im Regelfall dazu, dass kein Signal mehr zu empfangen ist. Insofern verbleibt nur die letzte übermittelte Position, die

87 BVerfG NStZ-RR 2006, 110 (110); Müller 2003, S. 26-30 m. w. N.; Park 2002, S. 16.

88 Park 2002, S. 19.

89 BVerfG NJW 2007, 1804 (1804 f.).

90 Knauer/Kudlich/Schneider 2014-Hauschild § 102 Rn. 30.

91 Vollmar/Kober/Görlitz in diesem Band, S. 19ff.

aber allenfalls Hinweise auf mehrere Wohnungen gibt, sodass nur eine geringe Auffindungswahrscheinlichkeit für eine einzelne Wohnung besteht. Wenige Meter Spielraum können auf diese Weise die eindeutige Zuordnung eines gestohlenen Objektes zu einer Wohnung und damit eine Durchsuchung unmöglich machen.

Auch für die Durchsuchung einer Person oder von Gegenständen (etwa einem Kfz) sind die GPS-Daten im städtischen Raum oftmals zu ungenau, sofern sich im Radius von einigen Metern mehrere Personen oder Fahrzeuge aufhalten. Aufgrund der Ungenauigkeit des GPS-Systems können die Daten meist nicht einer bestimmten Person zugeordnet werden, es sei denn, es befindet sich nur eine Person in dem Radius des Signals. Daher sind in dieser Konstellation neben den Positionsdaten häufig noch weitere Anhaltspunkte erforderlich, um eine ausreichend hohe Auffindungswahrscheinlichkeit zu begründen. Entsprechend muss die Polizei die Bewegungen der entwendeten Sachen und/oder der Personen, die die Sache möglicherweise besitzen, beobachten, um eine eindeutige Zuordnung zwischen ihnen vornehmen zu können.

Befindet sich der Gegenstand in einer ländlichen, weniger stark besiedelten Gegend, so kann oftmals ein Grundstück konkretisiert und somit ein/e von der Maßnahme betroffener Grundstücksinhaber*in bestimmt werden. Bei einem freistehenden Haus oder einer Lagerhalle kann gegebenenfalls eine ausreichend hohe Auffindungswahrscheinlichkeit begründet sein, vor allem, wenn das Gebäude nicht in unterschiedliche Wohnungen unterteilt ist. In solch einem Fall können die Positionsdaten möglicherweise eindeutig einer Wohnung zugeordnet werden.

Es ist also grundsätzlich notwendig, der lokalisierten Position auf seine Genauigkeit hin zu überprüfen. Ein Abgleich zwischen den vom Sender ausgetragenen Positionsdaten mit den vor Ort bestehenden Umständen ist unerlässlich. Bei großen Unklarheiten sollte ggf. eine Referenzmessung erfolgen. Über die Vor-Ort-Aufklärung ist die geografische und bauliche Beschaffenheit der Position zu bestimmen, aus der sich weitere Anhalte zur Bestimmung des Aufenthaltsortes des Gegenstandes ergeben können. Die Positionsdaten können so einen wesentlichen Anhaltspunkt in der Begründung zum Durchsuchungsantrag darstellen. Dieser muss jedoch regelmäßig durch weitere Ermittlungen untermauert werden.

Daher ist von vornherein abzuwegen, ob GPS-Sender oder andere Ortstechnik durch weitere Technologien ergänzt werden können, etwa durch Bluetooth zur Lokalisierung innerhalb eines Gebäudes oder durch optische bzw. akustische Signale. Ferner könnten Ortungssysteme so konstruiert werden, dass die Polizei ein Signal (Ton/Licht) auslösen kann, wenn sie sich in unmittelbarer Nähe des Gegenstandes befindet.

3. Zusammenfassung

Positionsdaten werden heute bereits umfangreich im polizeilichen Alltag eingesetzt. Sie nehmen in der Ermittlungsarbeit eine wichtige Rolle ein, da sie unterschiedliche Ermittlungsmaßnahmen effektiv unterstützen können. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind diese Maßnahmen als mehr oder weniger eingriffsintensiv zu bewerten. Eingriffe mit einer hohen Streubreite wiegen deutlich schwerer als zielgerichtete Maßnahmen, die sich auf einen beschränkten Personenkreis beziehen. Bei der Kumulation mit anderen Ermittlungsmaßnahmen ist darauf zu achten, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingehalten wird.

Literaturverzeichnis

- Aden, Hartmut/Fährmann, Jan (2018): Polizeirecht vereinheitlichen? Kriterien für Muster-Polizeigesetze aus rechtsstaatlicher und bürgerrechtlicher Perspektive. https://www.boell.de/sites/default/files/endf_e-paper_polizeirecht_vereinheitlichen.pdf (letzter Aufruf: 21.02.2023).*
- Arzt, Clemens (2019): F. Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern (Antiterrordateigesetz-AT-DG). In: Schenke, W.-R./Graulich, K./Ruthig, J. (Hg.): Sicherheitsrecht des Bundes. 2. Aufl. München: C.H. Beck, S. 921–976.*
- Bär, Wolfgang (2017): Die Neuregelung zur Erhebung von Verkehrsdaten – Inhalt und Auswirkungen, in: NZWiSt, 6. Jg., Nr. 2, S. 81–86.*
- Damm, Matthias (2017): Der Zugang zu staatlichen Geodaten als Element der Daseinsvorsorge. Berlin: Duncker & Humblot.*
- Decker, Davin (2021): Systematik der Beweisverwertung, Wiesbaden: Springer.*
- Eisenberg, Ulrich (2017): Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar. 10. Aufl.*
- Fährmann, Jan (2020): Digitale Beweismittel und Datenmengen im Strafprozess, in: MMR, 23. Jg., Nr. 04, S. 228–233.*
- Fährmann, Jan (2021): Mehr Transparenz durch technische Innovationen?, in: MMR, 24. Jg., Nr. 10, S. 775–779.*
- Fährmann, Jan/Aden, Hartmut/Bosch, Alexander (2020): Technologieentwicklung und Polizei: intensivere Grundrechtseingriffe auch ohne Gesetzänderungen, in: KrimJ, 52 Jg., Nr. 2, S. 135–148.*
- Farthofer, Hilde (2020): Der Einsatz neuer Ermittlungsmaßnahmen, in: ZIS 4/2020, S. 190–195*
- Graulich, Kurt (2021): Das Polizeihandeln. In: Lisken, H./Denninger, E. (Hg.): Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz. 7. Aufl. München: C.H. Beck, S. 341–644.*
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (2014): Münchener Kommentar zur StPO, München: Beck.*

- Janssen, Bernhard* (1992): Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.1990 - 130/90 II - 2 Ss 330/90, in: *NStZ*, 12 Jg., Nr. 5, S. 237–238.
- Keller, Christoph/Braun, Frank/Hoppe, René* (2015): Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen. 2. Aufl. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg.
- Matzdorf, Christian* (2014): Der Beitrag der Kriminalistik zur Wahrheitsfindung, in: *Richter ohne Robe* 4/2014, S. 137–141.
- Martini, Mario* (2009): Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *JA*, 41 Jg., Nr. 12, S. 839–845.
- Möllers, Martin H. W.* (2018): Wörterbuch der Polizei. 3. Aufl. München: C.H.Beck.
- Müller, Cathrin* (2003): Rechtsgrundlagen und Grenzen zulässiger Maßnahmen bei der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges.
- Münch, Holger* (2020): Mindestspeicherfristen und ihre Bedeutung für eine erfolgreiche Polizeiarbeit, in: *Die Polizei*, S. 45–49.
- Oehmichen, Anna/Mickler, Christina* (2017): Die Vorratsdatenspeicherung – Eine never ending story?, in: *NZWiSt*, 6 Jg., Nr. 8, S. 298–307.
- Park, Tido* (2002): Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme. Mit Sonderteil zur Unternehmensdurchsuchung. München: Beck.
- Petri, Thomas* (2021): Die Vorratsdatenspeicherung, in: *ZD*, 11 Jg., Nr. 9, S. 493–496.
- Puschke, Jens* (2006): Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung. Eine Untersuchung unter rechtlichen, rechtstatsächlichen und kriminologischen Aspekten. Berlin: Duncker & Humblot.
- Rönnau, Thomas* (2015): Grundwissen – Strafrecht: Agent provocateur, in: *JuS*, 55 Jg., Nr. 1, S. 19–22.
- Roßnagel, Alexander* (2017): Vorratsdatenspeicherung rechtlich vor dem Aus?, in: *NJW*, 70 Jg., Nr. 10, S. 696–698.
- Rückert, Christian* (2018): Praxiskommentar, in: *NStZ*, 38 Jg., Nr. 10, S. 613–614.
- Schabenbauer, Thomas* (2021): G. Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht. In: Lisken, H./Denninger, E. (Hg.): Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz. 7. Aufl. München: C.H. Beck, S. 835–1218.
- Singelnstein, Tobias* (2012): Möglichkeiten und Grenzen neuerer strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen. Telekommunikation, Web 2.0, Datenbeschlagnahme, polizeiliche Datenverarbeitung & Co, in: *NStZ*, 32. Jg., Nr. 11, S. 593–606.
- Singelnstein, Tobias* (2014): Bildaufnahmen, Orten, Abhören – Entwicklungen und Streitfragen beim Einsatz technischer Mittel zur Strafverfolgung, in: *NStZ*, 34 Jg., Nr. 06, S. 305–311.
- Sommer, Ullrich* (1999): Anmerkung zu EGMR, Urteil vom 09.06.1998 – 44/1997/828/1034, in: *NStZ*, 19 Jg., Nr. 1, S. 47–50.
- Tölpe, Stephan* (2008): Die strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme „stille SMS“, Zugl.: Frankfurt/Oder, Univ., Diss., 2007. Berlin: wvb Wissenschaftlicher Verl.
- Winkler, Roland* (2014): Der „additive Grundrechtseingriff“: Eine adäquate Beschreibung kumulierender Belastungen?, in: *JA*, 46 Jg., Nr. 12, S. 881–887.