

Dr. Rosemarie Will

Universitätsprofessorin
Landesverfassungsrichterin
des Landes Brandenburg

Marchlewskistr. 31
10243 Berlin
☎ 030/2930 9535

Rosemarie Will, Marchlewskistr. 31, 10243 Berlin

Bundesverfassungsgericht
Zweiter Senat **2 BvR 1345/03**
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe
Vorab per Telefax: 0721-9101-382

Berlin, 15.02.2006

Stellungnahme zu den Darlegungen der Äußerungsberechtigten

I. Die weitergehende Rüge des Berliner Beauftragter für den Datenschutz

Der Berliner Beauftragte für den Datenschutz geht davon aus, dass der Anforderung an die Öffentlichkeit der Parlamentsdebatte als Ausprägung des Demokratieprinzips ein eigenständiger materieller Gehalt zukommt. Daher rügt er wegen der Intransparenz des Gesetzgebungsverfahrens – insbesondere dem Fehlen einer öffentlichen Parlamentsdebatte zur Einführung des § 100 i StPO – die Verletzung von Art. 20 Abs. 1 GG als eigenständigen Verfassungsverstoß. Eine inhaltliche Debatte habe weder im Bundestag noch im Bundesrat stattgefunden. Gerade im Zusammenhang mit Art. 10 Abs. 1 GG habe das BVerfG festgestellt, dass es bei Entscheidungen großer Tragweite einer öffentlichen parlamentarischen Debatte über Art und Ausmaß der Grundrechtsbeeinträchtigung bedarf.

In der Verfassungsbeschwerdeschrift wird die fehlende öffentliche Debatte in der Sachverhaltsdarstellung ausführlich beschrieben (I. Teil, S. 6-7). In der Begründetheit wird dieser Mangel des Verfahrens implizit angemahnt, jedoch vor allem als Beleg für die Schwere des Verstoßes gegen das Zitiergebot gewertet (III. Teil, S. 16, 17). Da wir der Sache nach den Verstoß gegen das Demokratieprinzip im Gesetzgebungsverfahren vorgetragen haben rügen wir nunmehr auch formell neben der Verletzung von Art. 10 Abs. 1 GG eine Verletzung des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG.

II. zu den Zulässigkeitseinwendungen

1. Das BMJ trägt vor, die Verfassungsbeschwerde sei unzulässig. Die Beschwerdeführer seien nicht selbst gegenwärtig und unmittelbar betroffen: Ein Abwarten der Maßnahmen und die anschließende Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges sei zumutbar. Die Kenntnisnahme der Betroffenen von der

Maßnahme sei sichergestellt, da der Betroffene von seiner Festnahme zwangsläufig erföhre bzw. über die Abhörmaßnahmen benachrichtigt würde.

Ergänzend zu dem dazu bereits Vorgetragenen (S. 12 Beschwerdeschrift) verweisen wir auf die neuere Rechtsprechung - 1 BvR 668/04 – Urteil vom 27. Juli 2005, Rn 74 :

Eine Verfassungsbeschwerde kann sich ausnahmsweise unmittelbar gegen ein vollziehungsbedürftiges Gesetz richten, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht beschreiten kann, weil er keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt (vgl. BVerfGE 30, 1 <16 f.>; 67, 157 <169 f.>; 100, 313 <354>; 109, 279 <306 f.>). Gleiches gilt, soweit eine nachträgliche Bekanntgabe zwar vorgesehen ist, von ihr aber aufgrund weitreichender Ausnahmetatbestände auch langfristig abgesehen werden kann. Unter diesen Umständen ist effektiver fachgerichtlicher Rechtsschutz ebenfalls nicht gewährleistet (vgl. BVerfGE 109, 279 <307>; Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2000, S. 345 <346>).

Bei Maßnahmen nach § 100 i StPO ist keine Benachrichtigungspflicht vorgesehen.

2. Nach Auffassung des BMJ ist nicht vorgetragen, dass die Beschwerdeführer (insbes. Beschwerdeführerin zu 1.) Zielpersonen seien.

Ergänzend zu dem bereits Vorgetragenen (S. 11 Beschwerdeschrift) verweisen wir auf 1 BvR 668/04 – Urteil vom 27. Juli 2005, Rn 77:

Erfolgt die konkrete Beeinträchtigung - wie hier - zwar erst durch die Vollziehung des angegriffenen Gesetzes, erlangt der Betroffene jedoch in der Regel keine Kenntnis von den Vollzugsakten, reicht es für die Möglichkeit der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit aus, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (vgl. BVerfGE 67, 157 <169 f.>; 100, 313 <354>; 109, 279 <307 f.>). Der geforderte Grad der Wahrscheinlichkeit wird davon beeinflusst, welche Möglichkeit der Beschwerdeführer hat, seine Betroffenheit darzulegen. So ist bedeutsam, ob die Maßnahme auf einen tatbestandlich eng umgrenzten Personenkreis zielt oder ob sie eine große Streubreite hat und Dritte auch zufällig erfassen kann. Darlegungen, durch die sich der Beschwerdeführer selbst einer Straftat bezichtigen müsste, dürfen zum Beleg der eigenen gegenwärtigen Betroffenheit nicht verlangt werden (vgl. BVerfGE 109, 279 <308>).

Rn 78:

Betroffener einer Überwachung ist jeder, in dessen Persönlichkeitsrechte durch die Maßnahme eingegriffen wird, auch wenn er nicht Zielperson der Anordnung ist (vgl. BVerfGE 109, 279 <308>). Die Möglichkeit, Objekt einer Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung aufgrund der angegriffenen Regelung zu werden, besteht praktisch für jedermann. Sie kann nicht nur den möglichen Straftäter selbst oder dessen Kontakt- und Begleitpersonen erfassen, sondern auch Personen, die mit den Adressaten der Maßnahme über Telekommunikationseinrichtungen in Verbindung stehen.

III. Zu den Begründetheitseinwendungen

1. Schutzbereich

Das BMJ trägt vor, der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG sei nicht eröffnet. Die Übermittlung eines rein technischen Signals beinhalte keine auf menschliche Äußerungen zurückzuführenden Informationen, sondern lediglich abstrakte Kenndaten. Diese ließen keine Rückschlüsse auf die näheren Umstände der Telekommunikation zu. Geräte- und Kartenummer seien nicht an einen Kommunikationsvorgang geknüpft und ließen keine Rückschlüsse auf das Kommunikationsverhalten der Nutzer zu.

Ergänzend zu dem bereits Vorgetragenen, dass der Einsatz des IMSI – Catchers auf Verbindungsdaten des Mobilfunkverkehrs zugreift, die von Art. 10 GG geschützt sind (S. 13-14 Beschwerdeschrift) verweisen wir darauf, dass das BVerfG die Funkzelle, in die der IMSI- Catcher hineingeht, um die IMEIS und IMSIS, die sich darin befinden zu catchen, ausdrücklich zu den geschützten Verbindungsdaten zählt.

1 BvR 330/96 – BVerfGE 107, 299-339, Rn 51:

Werden Verbindungsdaten von Mobilfunktelefonen herausgegeben, zählt zu den Verbindungsdaten auch die Funkzelle, über die eine Verbindung abgewickelt wird. Damit lässt sich rekonstruieren, an welchem Ort der Teilnehmer sich zum Zeitpunkt der Herstellung der betreffenden Verbindung aufgehalten hat.

Zudem hat die Ermittlung von IMEIS und IMSIS durch den IMSI – Catcher das erklärte Ziel den Kommunikationsvorgang überwachen zu können. Zielt die Maßnahme darauf ab, die Mobiltelefonnummer der Zielperson erst zu ermitteln, wird der IMSI-Catcher an verschiedenen Standorten eingesetzt. Befinden sich neben der Zielperson auch Dritte zufällig jeweils in Reichweite des IMSI-Catchers, ist gerade nicht auszuschließen, dass auch deren Daten zum Zwecke der Ermittlung der eigentlichen Zielperson erhoben werden müssen.

Insbesondere die IMSI ist nicht lediglich ein gerätebezogenes Datum, sondern stellt wegen der engen Beziehung zur Mobilfunknummer ein Verbindungsdatum dar.

2. Eingriff

Nach der Stellungnahme des BKA kommt dem Einsatz des IMSI- Catchers keine Eingriffsqualität zu. Die Störung der Funktionsfähigkeit betroffener Handys bliebe unterhalb der Schwelle einer Grundrechtsbeeinträchtigung, da der Zugriff nur kurz erfolge und nicht über die üblichen Nutzungsbeeinträchtigungen wie Funklöcher hinausgehe.

Ergänzend zu dem bereits Vorgetragenen (S. 5) tragen wir vor: Der Zugriff geht über die üblichen Nutzungsbeeinträchtigungen hinaus. Nach Auskunft des Hersteller könne während des gesamten Einschaltzeitraumes in Reichweite des IMSI-Catchers nicht telefoniert werden (Fox, DuD 2002, 212, 215).

Selbst wenn zur Erfassung der IMSI und IMEI - wie behauptet - nur bis zu 10 Sekunden benötigt werden, sind Netzstörungen durch den IMSI-Catcher nicht mit üblichen Funklöchern vergleichbar. Insbesondere die Tatsache, dass auch der Notruf nicht verfügbar ist, geht über die üblichen Nutzungsbeeinträchtigungen hinaus. Zudem treten diese Störungen an Orten auf, an denen nicht mit Funklöchern gerechnet werden muss. An Orten mit üblicherweise gutem Empfang tritt diese Art von Beeinträchtigungen gewöhnlich nicht auf.

Dass es sich bei der Erfassung der Mobiltelefone durch den IMSI-Catcher um eine Maßnahme mit Eingriffsqualität handelt, lässt sich nicht sinnvoll bestreiten und wird in der Stellungnahme des BKA letztlich auch vorausgesetzt. Zwar mag die virtuelle Funkzelle kleiner sein als eine echte Funkzelle. Aber gerade in Stadtgebieten können sich in der Reichweite eines IMSI-Catchers von 100-300 m im Radius unzählige betroffene Mobiltelefonbesitzer aufhalten. Ein Handy im Standby-Modus geschaltet zu haben, dürfte eher die Regel denn die Ausnahme darstellen angesichts der Funktion des Handys, die ständige Erreichbarkeit zu sichern und angesichts moderner Akkus, die dieses über einen langen Zeitraum ermöglichen. Entgegen der Darlegung des BKA auf S. 4 der Stellungnahme ist es zur Ermittlung von Geräte- und Kartenummer zur Vorbereitung von Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen nach § 100 i Abs. 1 Nr. 1 StPO durchaus erforderlich, unbeteiligte Dritte zu erfassen und in dem Ermittlungsprozess zu einem erheblichen Grad zu identifizieren. Unbeteiligte Dritte werden notwendig Gegenstand der besonders aufwendigen Ermittlungsmethode nach § 100 i Abs. 1 Nr. 1 StPO, da die Identifizierung der Zielperson nur in einem negativen Verfahren erfolgen kann. Die Darstellung des BKA geht insoweit mit der Darstellung in der Beschwerdeschrift konform, wie die Identifikation der Zielperson als das Ergebnis von aufwendigen Messverfahren dargestellt wird, in deren Folge die unbeteiligten Personen erst allmählich herausgefiltert werden können. Entgegen der Darstellung des BKA bedingt das Funktionsprinzip des IMSI-Catchers daher nicht nur die Erfassung der Geräte und Kartenummern unbeteiligter Dritter, sondern auch die Identifikation unbeteiligter Dritter im Ermittlungsprozess.

Weil alle im Wirkungsbereich des IMSI-Catchers befindlichen Mobiltelefone unweigerlich erfasst werden, bedarf es zur genauen Feststellung der Zielperson nicht nur mehrerer Messungen, sondern - wie vom BKA selbst dargelegt - in der Regel begleitender Observationsmethoden. Dabei wird sich die genaue Identifikation zumindest der Personen, die mit der Zielperson regelmäßiger verkehren oder zufällig zusammentreffen und ebenfalls über ein Mobiltelefon verfügen, nicht vermeiden lassen. Dass anschließend nur „entsprechende „Treffer“ zur Anschlussinhaberfeststellung“ der Fachdienststelle vorgelegt werden, wie es auf S. 4 der Stellungnahme weiter heißt, verringert nicht die Intensität des vorausgehenden Eingriffs.

Grundrechtlichen Schutz genießt neben dem Kommunikationsinhalt auch der Kommunikationsvorgang. Die Simulation der zuständigen Funkzelle durch den IMSI-Catcher kann dabei nicht als eine betriebsbedingte Maßnahme, die für die Vermittlung der Kommunikation schlechterdings unerlässlich wäre und von den Benutzern vorausgesetzt wird, gewertet werden. Denn durch die Simulation der Funkzelle wird der normale Mobilfunkbetrieb ja gerade außer Kraft gesetzt. Dass eine an der sog. „Lehre von den immanenten Grenzen des

Fernmeldegeheimnisses“ ausgerichtete Argumentation dem Schutzgehalt des Art. 10 GG nicht gerecht wird, hat das BVerfG bereits in der Entscheidung zur „Fangschaltung“ hinreichend deutlich gemacht. In BVerfGE 85, 386 (397f.) heißt es:

„Grundrechtliche Schutzbereiche lassen sich nicht nach Eingriffsnotwendigkeiten zuschneiden. [...] Würde der Schutzbereich von Eingriffsbedürfnissen her bestimmt, so könnte das Grundrecht den Einzelnen auch nicht mehr vor fehlerhafter, mißbräuchlicher oder exzessiver Verwertung von Kommunikationsdaten durch die Post oder andere staatliche Stellen schützen. Denn ein Kommunikationsdatum, das aus dem Schutzbereich des Grundrechts herausfällt, kann auch nicht Gegenstand eines Grundrechtseingriffs und einer Grundrechtsverletzung sein. Deswegen ist davon auszugehen, daß alle der Post zur Beförderung oder Übermittlung anvertrauten Kommunikationsvorgänge, -träger und -inhalte den Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG genießen. Die Bedürfnisse des Postbetriebes und der Schutz anderer Fernsprechteilnehmer werden dadurch nicht außer acht gelassen, aber in den Bereich des Eingriffs und der Schrankenregelung verwiesen.

[...]

Da Art. 10 Abs. 1 GG die Vertraulichkeit der Kommunikation schützen will, ist jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von kommunikativen Daten durch die Deutsche Bundespost oder andere staatliche Stellen Grundrechtseingriff. Am Eingriff kann es nur dort fehlen, wo die Beteiligten selber den Kommunikationsvorgang offengelegt oder in dessen Erfassung durch die öffentliche Gewalt eingewilligt haben.“

3. Rechtfertigung

a) Verhältnismäßigkeit

In der Beschwerdeschrift haben wir dargelegt, dass wir den Einsatz des IMSI-Catchers für eine effektive Strafverfolgung für ungeeignet halten. Dem folgt der Bundesdatenschutzbeauftragte, indem er die Regelung insoweit für nicht geeignet hält, als sie auch die Ermittlung der Gerätenummer (IMEI) erlaube. Auch nach Meinung des Bundesbeauftragten stellt die IMEI kein eindeutiges Identifikationsmerkmal dar. Sie wird von den Telekommunikationsunternehmen beim ersten Verkauf des Gerätes nicht gespeichert. Auch kann sich der Inhaber durch einen Weiterverkauf auf Flohmärkten oder im Bekanntenkreis ändern. Der Bundesbeauftragte weist auch darauf hin, dass die Gerätenummer nicht fest mit dem Telefon verbunden ist. Vielmehr lässt sich die IMEI durch technische Maßnahmen verändern.

Anders als die Beschwerdeführer hält der Bundesdatenschutzbeauftragte aber die Regelung des § 100i StPO noch zur effektiven Strafverfolgung für geeignet, insoweit sie die Bestimmung der IMSI ermögliche. Das Gerät sei grundsätzlich in der Lage, durch Bestimmung der IMSI eines Mobilfunkendgerätes eine Abhörmaßnahme gegen einen Verdächtigen zu ermöglichen. Damit kompensiere das Gerät die Schwierigkeiten der Strafverfolgungsbehörden, die durch den vermehrten Einsatz mobiler Kommunikationsendgeräte entstanden seien.

Wir bleiben bei unserem diesbezüglichen Vortrag in der Beschwerdeschrift. Falls das BVerfG aber dem Datenschutzbeauftragten folgen sollte, ist die Regelung aber gleichwohl unverhältnismäßig und zwar - wie der Bundesbeauftragte begründet - weil sie unangemessen ist.

Die Eingriffsschwelle für die Standortfeststellung nach § 100i Abs.1 Nr. 2 StPO sei gegenüber der Ermittlung der Geräte- und Kartenummer nach § 100i Abs. 1

Nr. 2 StPO zu niedrig, da bei der Standortfeststellung regelmäßig mehr unbeteiligte Dritte betroffen seien.

Die Dauer der Maßnahmen von bis zu sechs Monaten mit einer Verlängerungsmöglichkeit von weiteren sechs Monaten sei wegen der Vielzahl der in den Grundrechten Betroffenen unverhältnismäßig lang.

Zudem werde gegen die Benachrichtigungspflicht verstoßen. Sie sei nicht wegen der Zielrichtung des § 100i StPO entbehrlich. Zwar ist für den Fall einer Maßnahme nach § 100a StPO eine Benachrichtigung vorgesehen. Allerdings könne eine Maßnahme nach § 100i StPO auch ohne anschließende Telefonüberwachung nach § 100a StPO durchgeführt werden. Zielt die Maßnahme darauf ab, die Mobiltelefonnummer der Zielperson erst zu ermitteln, wird der IMSI-Catcher an verschiedenen Standorten eingesetzt. Befinden sich neben der Zielperson auch Dritte jeweils in Reichweite des IMSI-Catchers, ist es notwendig, dass auch deren Daten zum Zwecke der Ermittlung der eigentlichen Zielperson erhoben werden.

Durch die Maßnahmen werden nach § 100i StPO auch Unbeteiligte betroffen. Dies können die Verwendung und Löschung ihrer Daten jedoch nur kontrollieren, wenn sie von der Erhebung in Kenntnis gesetzt werden. Eine Benachrichtigung sei geboten, wenn über die IMSI hinaus weitere Daten des Dritten erhoben wurden.

Der Berliner Datenschutzbeauftragte beanstandet, dass eine wirksame Kontrolle der Maßnahme nicht gewährleistet ist. Die in § 100 i Abs. 3 S. 2 StPO vorgeschriebene Löschung der Daten Unbeteiligter reiche nicht aus, die faktische Beeinträchtigung der Vielzahl an unbeteiligten Personen angemessen zu berücksichtigen. Zusätzlich hätte eine § 100 b Abs. 6 StPO vergleichbare Pflicht zur Vernichtung der Daten unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft sowie zur Anfertigung einer Niederschrift vorgeschrieben werden müssen. Eine wirksame Kontrolle des Verfahrens (parlamentarisch und gerichtlich) sei unmöglich, was die Gefahr des Missbrauchs befürchten lasse.

Hält man den Einsatz des IMSI –Catchers für ein geeignetes Mittel wird durch das Fehlen der Pflicht zur Vernichtung der Daten unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft, der Pflicht zur Anfertigung einer Niederschrift über die Vernichtung sowie einer umfänglichen Berichtspflicht über den Einsatz des IMSI-Catchers, vergleichbar § 100e StPO, die Regelung unangemessen.

b) Zitiergebot

Zum Zitiergebot wurde bereits vorgetragen (S. 15-17).

Der Generalbundesanwalt sieht keinen Verstoß gegen das Zitiergebot (Seite 8 f. der Stellungnahme). Das Zitiergebot soll schon dadurch erfüllt sein, dass Art. 3 § 10 G 10 seinerseits dem Zitiergebot genüge. Dies erscheine auch deswegen naheliegend, weil die Feststellung der Geräte- und der Kartenkennung durch die Funkzellenmessmethode einen wesentlich geringeren Eingriff darstelle, als die damit verbundene Überwachung der Ferngespräche selbst.

Die das Zitiergebot auslösende Eingriffsqualität der Kennungsfeststellung hängt nicht davon ab, ob der Eingriff schwerer oder geringer wiegt als die Überwachung der Ferngespräche

Nach Ansicht des Generalbundesanwalts soll die Nichtbeachtung des Zitiergebots selbst dann ohne Konsequenzen bleiben, wenn dieses grundsätzlich Anwendung finden sollte, weil es sich bei § 100i nicht um eine bloße Teilkonkretisierung handele. Denn bis zur Entscheidung vom 27. Juli 2005 (1 BvR 668/04) habe das Bundesverfassungsgericht noch nicht geklärt gehabt, ob es ausreicht, dass das von einer Änderung betroffene Gesetz selbst dem Zitiergebot genügt. In seiner Entscheidung habe das Bundesverfassungsgericht dann aber ausgeführt, dass aus Gründen der Rechtssicherheit die Nichtbeachtung des Zitiergebots erst bei solchen grundrechtseinschränkenden Änderungsgesetzen zur Nichtigkeit führe, die nach dem Zeitpunkt der Verkündung der Entscheidung (27. Juli 2005) beschlossen werden.

Die Änderung der StPO durch Artikel 1 Nr. 3 des Gesetzes vom 6. August 2002 ist mit der vom zitierten Passus (Rn. 90) der Entscheidung vom 27. Juli 2005 (1 BvR 668/04) erfassten Konstellation nicht vergleichbar. Denn das dort gegenständliche niedersächsische Sicherheits- und Ordnungsgesetz enthielt eine globale Zitiervorschrift für das gesamte Gesetz. In das Gesetz wurde nun eine weiter reichende Ermächtigung eingefügt.

Nur für den Fall, dass in Artikel 1 Nr. 3 des Gesetzes vom 6. August 2002 eine ausschließliche Änderung von Artikel 2 des Gesetzes zu Artikel 10 GG gesehen werden müsste, ließe sich der verfassungswidrige Verzicht auf eine Zitiervorschrift über das Diktum in Randnummer 90 der Entscheidung vom 27. Juli 2005 retten. Nach unserem Vortrag fügt Artikel 1 Nr. 3 des Gesetzes vom 6. August 2002 mit § 100i StPO jedoch eine Ermächtigung zu einer völlig neuen Maßnahme ein.

R. Will