

**Gutachten zur Gewaltenteilung im Strafermittlungsverfahren  
und zur Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer  
nachträglichen Funkzellenabfrage**

Berlin, den 13. September 2011

**Auftraggeber:** Sächsisches Staatsministerium des Innern  
Wilhelm-Buck-Straße 2  
01097 Dresden

**Gutachter:** Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis,  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
unter Mitarbeit von Julian Augustin

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Abwägung des Strafermittlungsinteresses mit der beträchtlichen Anzahl an Drittbetroffenen und der Intensität der vielen Grundrechtseingriffe ergibt, dass die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage vom 22./23.02.2011 insgesamt als angemessen zu bewerten ist.

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO sind auch die Grundrechte solcher Gegendemonstranten (aus Art. 8 GG) zu beachten, deren Versammlung im Ganzen keinen Verhinderungscharakter innehat.

Die große Anzahl Drittbetroffener allein kann nicht zu einer Versagung der Anordnung einer Funkzellenabfrage führen. Auch von gewaltbereiten Versammlungsteilnehmern geht ein Einschüchterungseffekt auf sich friedlich versammelnde Bürger aus. Die negativen Auswirkungen des Absehens von der einzig verbliebenen Ermittlungsmaßnahme wiegen daher schwerer als die hohe Anzahl der betroffenen Grundrechtsträger.

Das in § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO normierte absolute Erhebungsverbot gewährt den Abgeordneten im Rahmen der Maßnahme der nachträglichen Funkzellenabfrage keinen bedeutsamen Schutz, da die zu erlangenden Verkehrsdaten weder darauf schließen lassen, dass es sich um Daten eines Abgeordneten handelt, noch welchen Inhalts sie sind. Da das Zeugnisverweigerungsrecht der Abgeordneten inhaltlich auf solche Erkenntnisse beschränkt ist, die der Abgeordnete im Zusammenhang mit seiner Abgeordnetentätigkeit erlangt, können die Ermittlungsbehörden nicht erkennen, dass ein schutzwürdiges Datum vorliegt. Darüber hinaus besteht selbst bei Zufallsfunden ein Verwertungsverbot, durch das der Schutz des Abgeordneten auch ohne die Anwendung eines absoluten Erhebungsverbotes gewährleistet ist. Eines weitergehenden Schutzes bedarf es nicht. Der Sinn und Zweck der §§ 160a Abs. 1 i. V. m. 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO sprechen daher nicht für die Annahme, dass eine Anordnung der Funkzellenabfrage allein deshalb zu unterbleiben hat, weil Kenntnis über die Anwesenheit eines Abgeordneten besteht.

Im Fall der Anordnung einer Funkzellenabfrage zur Beweiserhebung gegen einen noch unbekanntem Täter muss gelten, dass sie nicht nach § 160a Abs. 1 StPO ausgeschlossen sein kann, wenn den Ermittlungsbehörden die Anwesenheit eines Abgeordneten innerhalb der Funkzelle im Zeitpunkt der Anordnung nicht bekannt war.

Die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage ist nicht deshalb als unverhältnismäßig anzusehen, weil sich Journalisten in den abgerufenen Funkzellen befanden. Das anordnende Gericht musste nicht davon ausgehen, dass voraussichtlich durch § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO geschützte Informationen durch die Funkzellenabfrage bekannt würden. Würde eine Abwägung aufgrund der Anwesenheit von Journalisten zulasten der Strafermittlungsmaßnahme erfolgen müssen, wäre die Maßnahme der Funkzellenabfrage bei medienwirksamen Veranstaltungen so gut wie nie erlaubt.

Die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage ist nicht deshalb unverhältnismäßig, weil Rechtsanwälte und/oder Ärzte sich in der betroffenen Funkzelle befinden, da ihr Zeugnisverweigerungsrecht durch eine Maßnahme, die Kommunikationsinhalte nicht erfassen kann, nicht umgangen werden kann.

Indem der Sächs. Datenschutzbeauftragte der Anregung der Polizeidirektion Dresden und dem Antrag der Staatsanwaltschaft Dresden die Hauptlast der Verantwortung für die strafprozessuale Maßnahme der nachträglichen Funkzellenabfrage zuordnet und dem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt lediglich eine Warnfunktion beimisst, verkennt er die Bedeutung und Funktion des Richtervorbehalts im Rahmen der Gewaltenteilung im Strafermittlungsverfahren.

Die fokussierte Beanstandung der Anregung einer Übernahmeverfügung durch die Polizeidirektion Dresden verkennt das Kompetenzgefüge der Strafermittlungsbehörden bei der Verfügung einer Datenübernahme aus den Ermittlungsverfahren einer anderen Behörde, hier des Landeskriminalamtes Sachsen. Insbesondere steht der Übernahmeverfügung § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht entgegen.

Soweit der Sächs. Datenschutzbeauftragte die oben genannten Punkte auch gegenüber dem Vorgehen des Landeskriminalamtes Sachsen beanstandet, gelten die vorgenannten Ausführungen insbesondere zur Kompetenzverteilung im Strafverfahren und zur Reichweite des § 160a StPO im Grundsatz entsprechend.

## **GLIEDERUNG**

- A. Sachverhalt und Fragestellung
  - I. Sachverhalt
  - II. Fragestellung
  
- B. Rechtliche Würdigung
  - I. Gewaltenteilung im Strafermittlungsverfahren
    - 1. Grundsatz der Gewaltenteilung
    - 2. Kompetenzgefüge der Ermittlungsbehörden
  - II. Verhältnismäßigkeit der Anordnung der Erhebung von Verkehrsdaten mittels einer nachträglichen Funkzellenabfrage
    - 1. Vorliegen einer im Einzelfall schwerwiegenden Anlasstat
    - 2. Subsidiaritätsklausel
    - 3. Angemessenheit
      - a. Erwägungen zum Strafverfolgungsinteresse
      - b. Erwägungen zu Eingriffsschwelle, Intensität der Beeinträchtigungen und Anzahl der Betroffenen
        - aa. Intensität der Beeinträchtigungen
        - bb. Zeitliche und Örtliche Beschränkungen
        - cc. Besonders große Anzahl Drittbetroffener
      - c. Abwägung
  - III. Anwesenheit einer besonders geschützten Person (§ 160a StPO)
    - 1. Abgeordnete
    - 2. Journalisten
    - 3. Weitere besonders geschützte Personen gemäß § 160a StPO

#### IV. Weitere Einzelfragen

1. Beanstandung der Übernahme des Datenbestandes des Landeskriminalamtes
2. Grundrechte der Gegendemonstranten
  - a. Rückschlüsse aus dem Beschluss des BVerfG vom 10.12.2010?
  - b. Unfriedlichkeit
  - c. praktische Konkordanz

#### V. Funkzellenabfragen des Landeskriminalamtes Sachsen

### C. Zusammenfassung

## **A. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG**

### **I. SACHVERHALT**

Am 19.02.2011 kam es in der Dresdner Innenstadt zu gewalttätigen Ausschreitungen im Zusammenhang und am Rande von Versammlungen. Die Polizeidirektion leitete daraufhin mind. 23 eigenständige Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen Landfriedensbruchs in besonders schwerem Fall (§§ 125, 125a StGB) ein. Am 23.02.2011 ordnete das Amtsgericht Dresden auf Antrag der Staatsanwaltschaft Dresden eine nachträgliche Funkzellenabfrage an. Diese war hinsichtlich ihres zeitlichen und örtlichen Umfangs auf die zu ermittelnden Straftaten begrenzt. Dem Antrag der Staatsanwaltschaft war eine Anregung der Polizeidirektion Dresden vorangegangen.

In einem anderen Ermittlungsverfahren hat die Staatsanwaltschaft auf Anregung des Landeskriminalamtes Sachsen am 25.02.2011 bei dem Amtsgericht Dresden weitere Beschlüsse erwirkt, mit denen Auskunft über Verkehrsdaten bestimmter Funkzellen in einem bestimmten Bereich für genau bestimmte zurückliegende Zeiträume ermittelt werden sollten. Diese Daten umfassten den Zeitraum 18. - 19.02.2011 und wurden auf Anregung der Polizeidirektion Dresden aufgrund einer Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 25.05.2011 am 09.06.2011 vom Landeskriminalamt Sachsen an die Soko 19/2 übermittelt.

Am 09.09.2011 legte der Sächs. Datenschutzbeauftragte nach erfolgten Beanstandungen gemäß § 29 Abs. 1 SächsDSG einen „Bericht zu den nichtindividualisierten Funkzellenabfragen und anderen Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung durch Polizei und Staatsanwaltschaft Dresden in Bezug auf den 13., 18. und 19. Februar 2011 in Dresden“ (LT-Drs. 5/6787) vor.

### **II. FRAGESTELLUNG**

Ist die aus dem Bericht hervorgehende Auffassung des Sächs. Datenschutzbeauftragten hinsichtlich der jeweiligen Verantwortlichkeiten mit der im Strafermittlungsverfahren bestehenden Gewaltenteilung sowie mit dem Kompetenzgefüge innerhalb der Strafermittlungsbehörden vereinbar?

War die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage bezüglich des 19.02.2011 verhältnismäßig?

Stehen der Anordnung Beweiserhebungsverbote gemäß § 160a StPO entgegen?

Ist die Beanstandung der Anregung der Übernahme von Datenbeständen des LKA durch den Sächs. Datenschutzbeauftragten mit dem Kompetenzgefüge innerhalb der Strafermittlungsbehörden vereinbar?

Unter welchen Umständen ist die Versammlungsfreiheit der Gegendemonstranten in die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Anordnung einzustellen?

## **B. RECHTLICHE WÜRDIGUNG**

### **I. Gewaltenteilung im Strafermittlungsverfahren**

Der Datenschutzbeauftragte des Landes Sachsen hat am 05.09.2011 die Anregung der Anordnung einer Funkzellenabfrage durch die Polizeidirektion Dresden anlässlich der Ermittlungen zu Straftaten, die im Rahmen der Versammlungen vom 19.02.2011 in Dresden begangen worden sein sollen, gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 SächsDSG beanstandet. Der Datenschutzbeauftragte rügt vor allem einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dabei misst er der Anregung der Polizeidirektion Dresden vom 22.02.2011 und dem Antrag der Staatsanwaltschaft Dresden vom gleichen Tag den entscheidenden Anteil an der Missachtung des Übermaßverbotes zu. Dem Richtervorbehalt käme insofern lediglich eine Warnfunktion für die Exekutivbehörden zu. Die Ausführungen des Datenschutzbeauftragten missachten insofern die Bedeutung des Grundsatzes der Gewaltenteilung (a.) sowie des Kompetenzgefüges im Rahmen der Anordnungsbefugnisse des § 100g StPO (b.).

#### **1. Grundsatz der Gewaltenteilung**

Nach der gesetzgeberischen Konzeption der Ermächtigungsgrundlage der Anordnung einer Funkzellenabfrage, § 100g StPO, steht die Anordnungsbefugnis allein dem Gericht zu (§§ 100g Abs. 2 Satz 1 i. V. m § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO). Zuständig ist der Ermittlungsrichter am Amtsgericht. Gesetzessystematisch handelt es sich hierbei um einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt. Die Bedeutung und die Funktion des gesetzlichen Richtervorbehalts ist darin zu erkennen, dass er in erster Linie als Verkörperung der verfahrensmäßigen Anforderungen an die Zulässigkeit von

Grundrechtseingriffen fungiert. Sinn und Zweck des gesetzlichen Richtervorbehalts ist eine vorherige richterliche Überprüfung der Grundrechtseingriffe, d.h. die Gewährleistung eines präventiven Schutzes und damit einhergehend eine verstärkte Rechtsschutzfunktion. Zugleich stellt der gesetzliche Richtervorbehalt eine objektive Kompetenzregelung dar und begrenzt damit die Machtausübung der Strafverfolgungsbehörden.

Vgl. Lin, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale

Grundrechtseingriffe, 1998, S. 254.

Die Rolle des Richters ist hierbei insbesondere nicht allein auf die Kontrolle der Ermittlungsergebnisse der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere die Verhältnismäßigkeitserwägungen, beschränkt. Als Gegenspieler der Staatsanwaltschaft hat der Ermittlungsrichter vielmehr eine eigene Entscheidung auf der Grundlage einer eigenverantwortlichen Prüfung zu fällen. Zudem hat er durch eine geeignete Formulierung der Anordnung Rahmen, Grenzen und Ziele der konkreten Maßnahme zu definieren.

Vgl. Lin, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale

Grundrechtseingriffe, 1998, S. 255.

Indem der Datenschutzbeauftragte dem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt eine reine Warnfunktion zuspricht, die die ermittelnden Polizeibeamten lediglich zu der Anwendung eines erhöhten Verhältnismäßigkeitsmaßstabs zwingt, verkennt er die eigenständige Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters und die aus dem verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatz abgeleitete Verteilung der Anordnungsbefugnisse in § 100g StPO.

Dieses Ergebnis lässt sich auch anhand der Vorgänge im Zuge des Ermittlungsverfahrens zu den evtl. begangenen Straftaten vom 19.02.2011 belegen. Dem Gemeinsamen Bericht des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa und des Sächsischen Staatsministeriums über die Erhebung und Verwendung der gemäß § 100g StPO i. V. m. § 96 TKG vorliegenden Datenbestände im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren zur Verfolgung der am 19.02.2011 in Dresden begangenen Straftaten (im Folgenden „Gemeinsamer Bericht“ genannt) ist auf S. 4 zu entnehmen, dass die vom Datenschutzbeauftragten gerügte Anregung durch die Polizeidirektion Dresden zum einen von der Staatsanwaltschaft in zeitlicher und örtlicher Hinsicht eingeschränkt wurde, und zum zweiten der staatsanwaltschaftliche Antrag durch den Richter (wenn auch nur

leicht) korrigiert wurde. Diese Korrektur ist gerade Ausdruck einer eigenständigen Prüfung durch den Ermittlungsrichter.

Auch der verfassungsgerichtlichen Judikatur ist zu entnehmen, dass die Rolle des anordnenden Gerichtes nach § 100g Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO über die einer Warnfunktion hinausgeht. So hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die Strafverfolgungsbehörden beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener Ermittlungsmethoden mit Rücksicht auf das dem additiven Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential besondere Anforderungen an das Verfahren beachten müssen. Es interpretiert den einfachgesetzlichen Richtervorbehalt in § 163f Abs. 4 Satz 2 StPO bspw. als „Ausdruck der verfassungsrechtlich geforderten Vergewisserung des Gesetzgebers im Bereich der modernen Ermittlungseingriffe des Strafprozessrechts“. Der Richtervorbehalt sei ein besonderes prozedurales Sicherungsmittel der Grundrechte.

BVerfG, U. v. 12.04.2005 – 2 BvR 581/01, BVerfGE 112, 304/319

In seinem Urteil zu Online-Untersuchungen formuliert das Bundesverfassungsgericht zum Richtervorbehalt wie folgend:

*Eine Ermächtigung zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme muss mit geeigneten gesetzlichen Vorkehrungen verbunden werden, um die Interessen des Betroffenen verfahrensrechtlich abzusichern. Sieht eine Norm heimliche Ermittlungstätigkeiten des Staates vor, die besonders geschützte Zonen der Privatheit berühren oder eine besonders hohe Eingriffsintensität aufweisen, ist dem Gewicht des Grundrechtseingriffs durch geeignete Verfahrensvorkehrungen Rechnung zu tragen. Insbesondere ist der Zugriff grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Ein solcher Vorbehalt ermöglicht die vorbeugende Kontrolle einer geplanten heimlichen Ermittlungsmaßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Eine derartige Kontrolle kann bedeutsames Element eines effektiven Grundrechtsschutzes sein. ... Bewirkt eine heimliche Ermittlungsmaßnahme einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff, so ist eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige Instanz verfassungsrechtlich geboten. ... Dem Gesetzgeber ist aber bei der Entscheidung über die Gestaltung der Kontrolle im Einzelnen ein Regelungsspielraum eingeräumt. ... Bei einem Grundrechtseingriff von besonders hohem Gewicht ... reduziert sich der Spielraum dahingehend, dass die Maßnahme grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen ist. Richter können aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unab-*

*hängigkeit und ihrer ausschließlichen Bindung an das Gesetz die Rechte des Betroffenen im Einzelnen am besten und sichersten wahren.*

BVerfG, U. v. 27.02.2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274, 331 f.

### **Zwischenergebnis:**

Indem der Sächs. Datenschutzbeauftragte der Anregung der Polizeidirektion Dresden und dem Antrag der Staatsanwaltschaft Dresden die Hauptlast der Verantwortung für die strafprozessuale Maßnahme der nachträglichen Funkzellenabfrage zuordnet und dem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt lediglich eine Warnfunktion beimisst, verkennt er die Bedeutung und Funktion des Richtervorbehalts im Rahmen der Gewaltenteilung im Strafermittlungsverfahren.

## **2. Kompetenzgefüge der Strafermittlungsbehörden**

Im Übrigen lassen die Ausführungen des Sächs. Datenschutzbeauftragten darauf schließen, dass seine Beanstandung auf einer fokussierten Betrachtung der Anregung durch die Polizeidirektion Dresden vom 22.02.2011 begründet ist. Eine solche ist jedoch mit dem gesetzlich vorgesehenen Kompetenzgefüge der Strafermittlungsbehörden nicht zu vereinbaren.

Gemäß § 100g Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO ist der Antrag zum Erlass einer Anordnung der Funkzellenabfrage der Staatsanwaltschaft vorbehalten. Dies ist eine Ausprägung des Umstands, dass die Staatsanwaltschaft Herrin des Ermittlungsverfahrens ist. Sie ist es, die nach § 160 Abs. 1 StPO den Sachverhalt zu erforschen hat. Der Polizei, hier in Person der Polizeidirektion Dresden, kommt nach der Ermittlungsgeneralklausel des § 163 Abs. 1 StPO seit dem StVÄG 1999 ebenfalls eine Strafermittlungskompetenz zu. Diese findet ihre Grenze jedoch u.a. in den gesetzlich der Staatsanwaltschaft zugewiesenen Aufgabengebieten, so z. B. der Antragstellung nach § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO. Dies lässt sich jedoch schwerlich mit der Darstellung des Sächs. Datenschutzbeauftragten in Einklang bringen, der zufolge die Hauptlast der Verantwortung für die Anordnung der strafprozessualen Maßnahme der nachträglichen Funkzellenabfrage bei der Polizeidirektion Dresden liegt.

Im Übrigen geht aus dem „Gemeinsamen Bericht“ hervor, dass im Fall der Strafermittlungen zum Versammlungsgeschehen vom 19.02.2011 in Dresden der Anregung der Polizeidirektion Dresden vom 22.02.2011 eine eigenständige Prüfung des Vorliegens der Anordnungsvoraussetzungen durch die Staatsanwaltschaft folgte. Ergebnis dieser Prüfung war es, dass der beim Gericht gestellte Antrag im Vergleich zur Anregung der Polizeidirektion Dresden hinsichtlich seines zeitlichen und örtlichen Umfangs eingeschränkt worden war. Es hat also eine weitere eigenständige Prüfung der Verhältnismäßigkeit der beantragten Anordnung durch die Staatsanwaltschaft stattgefunden. Auch der Sächs. Datenschutzbeauftragten geht davon aus, dass die Sachleitungsbefugnis der Ermittlungen der zuständigen Staatsanwaltschaft zukommt.

Dennoch unterzieht er nicht nur den Antrag der Staatsanwaltschaft vom 22.02.2011, sondern vor allem die ihr vorausgehende Anregung durch die Polizeidirektion Dresden seiner Beanstandung. Durch diese fokussierte Beanstandung der polizeilichen Anregung verkennt er aber die Kompetenzverteilung der Strafermittlungsbehörden im Rahmen der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage.

## **II. Verhältnismäßigkeit der Anordnung der Erhebung von Verkehrsdaten mittels einer nachträglichen Funkzellenabfrage**

Zum durch Art. 10 GG geschützten Fernmeldegeheimnis gehören auch die Kommunikationsumstände, insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Fernmeldeanschlüssen Fernmeldeverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist. Die Nutzung des Kommunikationsmediums soll in allem vertraulich sein.

Vgl. BVerfG, B. v. 17.6.2006 – 2 BvR 1085/05 und 2 BvR 1189/05, NJW 2006, 3197.

Die Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage, deren Ziel die Erlangung von Verkehrsdaten i. S. d. TKG ist, anhand derer zu ermitteln ist, welches registrierte Mobilfunkgerät sich im tatrelevanten Zeitraum im Bereich des Tatortes befunden hat und zu welchen Kommunikationsmitteln in diesem Zeitraum kommuniziert worden ist, greift daher in den Schutzbereich des Art. 10 GG ein.

Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses sind zwar gem. Art. 10 Abs. 2 GG möglich. Sie bedürfen aber, wie jede Grundrechtseinschränkung, einer gesetzlichen Regelung, die einen legitimen Gemeinwohlzweck verfolgt und im Übrigen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt. Dabei muss die Maßnahme im Blick auf den bei der Anordnung verfolgten gesetzlichen Zweck Erfolg versprechend sein. Ferner muss gerade diese Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich sein, was nicht der Fall ist, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

Vgl. BVerfG, B. v. 17.6.2006 – 2 BvR 1085/05 und 2 BvR 1189/05, NJW 2006, 3197.

Zu den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Anforderungen an die Anordnung der Funkzellenabfrage gehören mithin das Vorliegen einer auch im Einzelfall schwerwiegenden Straftat (a.), die Beachtung der strengen Subsidiaritätsklausel (b.) sowie die Angemessenheit (c.). Angemessen ist die Anordnung dabei nur dann, wenn die Funkzellenabfrage nicht in unverhältnismäßiger Weise in die Grundrechte der Betroffenen eingreift. Besondere Bedeutung kommt hierbei der Quantität voraussichtlicher Eingriffe in die Grundrechte unbeteiligter Dritter zu, wie dies bei einer Funkzellenabfrage zu Zeiten einer Versammlung der Fall ist. Stellschrauben der Angemessenheitsprüfung sind aber vor allem die Begrenzungen der Anordnung in zeitlicher und räumlicher Hinsicht. Zur Rechtfertigung der Verkehrsdatengewinnung aus einer nachträglichen Funkzellenabfrage genügt es, wenn die genannten Voraussetzungen im Zeitpunkt des richterlichen Beschlusses bei objektiver Betrachtung tatsächlich vorgelegen haben.

Vgl. OLG Hamm, B. v. 13.04.2010 – 3 Ws 156/10, NJW Spezial 2010, 378, Rn. 42 f.

### **1. Vorliegen einer im Einzelfall schwerwiegenden Anlasstat**

Gemäß § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO ist die Anordnung einer Funkzellenabfrage (abgesehen von den Fällen der Nr. 2) nur zulässig, wenn es sich bei der Anlasstat um eine besonders schwere Straftat handelt. Diese Voraussetzung dient der Wahrung der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis einerseits und dem Gewicht des Strafverfolgungsinteresses, insbesondere der Schwere und der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat andererseits. Das Vorliegen einer Katalogtat im Sinne von § 100a Satz 1 StPO ist danach zwar nicht unbedingte Voraussetzung der Anordnung, aber als bedeutsamer Anwendungsfall für eine Straftat von erheblicher

Bedeutung hervorgehoben worden und gibt deshalb einen Anhaltspunkt für die rechtliche Bewertung.

vgl. BVerfG, U. v. 12.03.2003 – 1 BvR 330/96 und 1 BvR 348/99, BVerfGE 107, 299, Rn. 78 ff..

Für den hier zu beurteilenden Fall der Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage hinsichtlich des 19.02.2011 in Dresden kann festgehalten werden, dass die in Rede stehenden Anlasstaten – zum Zeitpunkt der Anordnung ermittelten die Strafverfolgungsbehörden zu 23 selbstständigen Fällen des besonders schweren Landfriedensbruchs gemäß der §§ 125, 125a StGB - solche von erheblicher Bedeutung sind; und zwar jeder schwere Landfriedensbruch für sich. Ob diese Straftaten auch im Einzelfall als besonders schwere Straftaten einzustufen sind, kann hier nicht abschließend bewertet werden. Jedoch wird eine derartige Wertung u.a. vom Sächs. Datenschutzbeauftragten nicht in Frage gestellt. Insoweit erweist sich die Anordnung der Funkzellenanordnung als verhältnismäßig.

## **2. Subsidiaritätsklausel**

Gemäß § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO ist die Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage nur gerechtfertigt, soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erforderlich ist. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren wegen einer einstweiligen Anordnung gegen die Regelungen der Vorratsdatenspeicherung (vgl. BVerfG, B. v. 11.3.2008 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 121, 1) ist hinsichtlich der Subsidiaritätsklausel eine weitergehende Einschränkung geboten. Danach müssen u. a die Anforderungen des § 100a Abs. 1 StPO gegeben sein, um eine entsprechende Maßnahme zu rechtfertigen. Nach § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO erfordert dies, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (strenge Subsidiaritätsklausel).

vgl. KG Berlin, B. v. 30.04.2008 - 2 Ws 181/08, StraFO 2008, 239.

Aus dem „Gemeinsamen Bericht“ geht auf S. 4 hervor, dass der Ermittlungsrichter am Amtsgericht Dresden zu der Überzeugung gelangte, dass den Strafermittlungsbehörden neben der Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage keine anderen Mittel zur Sachverhaltsaufklärung zur Verfügung standen. Diese Erkenntnis begründete das Gericht damit, dass die Täter vorwiegend ver-

mummt handelten und zudem nach Erfahrung des Gerichts in Bereichen der politisch motivierten Kriminalität von Verdächtigen keine Angaben zur Sache gegeben werden. Den Angaben des Sächs. Datenschutzbeauftragten zufolge geht aus der Dokumentation des Ablaufs der ermittelungsbehördlichen Maßnahmen nicht hervor, dass diese Erwägungen bereits von der Polizeidirektion Dresden angestellt worden sind. Hierin spiegelt sich die bereits festgestellte Verknennung der Anordnungsbefugnisse wieder (s. oben, Teil 1). Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Anordnung hat anhand ihrer Begründung im Zeitpunkt Ihres Erlasses zu erfolgen. Dass die Erwägungen zur Subsidiarität plausibel sind, wird auch vom Sächs. Datenschutzbeauftragten nicht in Frage gestellt. Die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage stellt sich somit als mit der strengen Subsidiaritätsklausel vereinbar dar. Sie ist auch insoweit verhältnismäßig.

### **3. Angemessenheit**

Die Angemessenheit von Informationsbeschaffungsmaßnahmen ist anhand einer Abwägung zwischen Eingriffsschwelle, Intensität der Beeinträchtigung und Anzahl der Betroffenen auf der einen Seite (bb.) und den mit der Maßnahme verfolgten Zielen auf der anderen Seite vorzunehmen (aa.). Soweit es sich bei Letzteren um solche der Strafverfolgung handelt, sind die Schwere der Straftat sowie der zu erwartende Aufklärungsfortschritt von Relevanz; bei anderen Belangen sind es die Bedeutsamkeit der Rechtsgüter sowie die Wahrscheinlichkeit ihrer Beeinträchtigung.

Vgl. Puschke/Singelstein, NJW 2005, 3534/3537.

#### **a. Erwägungen zum Strafverfolgungsinteresse**

Die im Zusammenhang mit dem Versammlungsgeschehen begangenen Anlasstaten sind solche von besonderer Schwere. Die Ausschreitungen werden von den beteiligten Ministerien im „Gemeinsamen Bericht“ und auch in der Medienberichterstattung als derart heftig bezeichnet, dass sie eine Qualität erreicht hatten, die das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen vermag (S. 4). Aus den Berichten der Polizeidirektion Dresden geht hervor, dass von beiden politischen Lagern extrem hohe Gewalt ausgegangen sei, die sich gegen die Einsatzkräfte der Polizei gerichtet habe. Hierbei sei es u. a. zum Einsatz von Latten, Eisenstangen, Feuerwerkskörpern, Steinwürfen und auch körperlicher Gewalt gekommen. Der Gewalteininsatz sei aber keinesfalls auf die Polizeibeamten allein gerichtet gewesen, sondern wäre auch gegen unbeteiligte Bür-

ger erfolgt. Die Eskalation dauerte über mehrere Stunden an, in deren Verlauf zudem Barrikaden errichtet worden seien. Auch wurden Fahrzeuge und Mülltonnen in Brand gesetzt.

Hinsichtlich des zu erwartenden Ermittlungsfortschritts ist zunächst festzustellen, dass das Ziel der nachträglichen Funkzellenabfrage im Fall von Ermittlungen gegen Unbekannt vor allem darin zu sehen ist, die Identität der Täter bzw. Teilnehmer überhaupt erst zu ermitteln. Im Zeitpunkt der Anordnung der Funkzellenabfrage sind den ermittelnden Behörden teilweise bereits detaillierte Tatsachen über den Tathergang, die Tatzeit und Tatort bekannt. Auf der anderen Seite fehlen aufgrund der Vermummung der Täter zielführende Anhaltspunkte zur Identität der Täter. Vielfach besteht in der nachträglichen Funkzellenabfrage überhaupt die einzige Möglichkeit einen Täter zu identifizieren. Dass die absolute Wahrscheinlichkeit der Ermittlung der Täter bzw. Teilnehmer aufgrund dessen, dass durch die Verkehrsdaten lediglich eine Standortbestimmung der Telekommunikationsendgeräte möglich ist und diese sich auf bestimmte Bereiche einer Funkzelle reduziert, nicht in besonders ausgeprägter Weise ansteigt, ist insofern irrelevant, als dass der relative Ermittlungsfortschritt, also vom Stand der Ermittlungen vor der Anordnung her betrachtet, von großer Bedeutung sein kann. So ist es im Fall der Ermittlungen zu den Gewaltexzessen vom 19.02.2011. Aus der Sicht des Ermittlungsrichters erschien die Aufklärung der schweren Straftaten infolge der Vermummung der Täter und dem zu erwartenden Schweigen der Beteiligten ohne die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage als weitgehend unmöglich. Die zu erwartenden Erkenntnisse aus der Erhebung der Verkehrsdaten waren daher im Zeitpunkt der Anordnung als ein Ermittlungsfortschritt von hoher Relevanz zu werten.

## **b. Erwägungen zu Eingriffsschwelle, Intensität der Beeinträchtigungen und Anzahl der Betroffenen**

### **aa. Intensität der Beeinträchtigungen**

Um die Intensität der Beeinträchtigungen zu evaluieren, ist das Ziel und der Ablauf der nachträglichen Funkzellenabfrage genauer zu reflektieren. Ziel der Maßnahme ist die Erlangung von Verkehrsdaten i. S. d. TKG. Hierbei handelt es sich im Fall der Ermittlungen gegen Unbekannt (vgl. § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO) um personenbezogene Daten einer bestimmaren Person, nicht aber einer bestimmten Person. Den Daten allein ist somit nicht zu entnehmen, welchem Grundrechtsträger sie zuzuordnen sind. Übermittelt werden den Strafermittlungsbehörden Daten über den Standort der Funkzelle, die darin im Beobachtungszeitraum anwesenden Mobilfunkgeräte und andere Kommunikationsendgeräte, deren beim Netzbetreiber registrierte Mobilfunknummern, die

Zeitdauer von Verbindungen ab und zu den Endgeräten, die Art der Verbindungen sowie die Mobilfunknummern/IP-Adressen der Verbindungspartner. Nicht übermittelt werden Bestandsdaten oder Kommunikationsinhalte. Insofern reicht die Eingriffsintensität nicht an die Intensität bspw. einer Telekommunikationsüberwachung heran.

Dennoch ist nicht zu verkennen, dass es sich bei der nachträglichen Funkzellenabfrage um eine heimliche Maßnahme handelt. Solche sind geeignet das Vertrauen der Bürger in die Telekommunikationsfreiheit zu erschüttern. Dies gilt um so mehr bei der Verwendung von Telekommunikationsmitteln im Rahmen einer grundrechtlich geschützten Versammlung, denn grds. schützt Art. 8 Abs. 1 GG auch das Recht an einer Demonstration unerkannt teilzunehmen. Hinsichtlich der Intensität der Beeinträchtigungen durch die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage gilt es in diesem speziellen Fall zu beachten, dass ein gewisser Einschüchterungseffekt im Hinblick auf zukünftige Teilnahmen an öffentlichen Versammlungen nicht von der Hand zu weisen sind. Auch hierdurch ist die Intensität der Beeinträchtigungen erhöht.

#### **bb. Zeitliche und örtliche Beschränkungen**

Angemessen kann die Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage nur dann sein, wenn sie sich hinsichtlich ihrer räumlichen und zeitlichen Reichweite auf einen Erhebungsrahmen beschränkt, der den im Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung bekannten Erkenntnissen zu Tatorten und Tatzeiten gerecht wird. Überschreitet die Anordnung den Rahmen des zur Sachverhaltsaufklärung notwendigen Maßes, so ist sie von vornherein als unangemessen anzusehen.

Im Fall der Anordnung zum Geschehen des 19.02.2011 in Dresden erkennt u. a. der Sächs. Datenschutzbeauftragte an, dass die Polizeidirektion Dresden eine möglichst genaue räumliche und zeitliche Bestimmung der Telekommunikation gewählt hat. Dies zeige sich darin, dass statt einer pauschalierten Abfrage über Stunden und Stadtbezirke eine detaillierte Begrenzung der Anordnungsanregung in zeitlicher und räumlicher Sicht erfolgte. Zudem erfolgte durch die Staatsanwaltschaft eine noch weitergehende Einschränkung der räumlichen und zeitlichen Anordnungsbeschränkungen (s. Gemeinsamer Bericht, S. 4).

## **cc. Besonders große Anzahl Drittbetroffener**

Hinsichtlich der Angemessenheit von heimlichen Datenerhebungsmaßnahmen ist die Anzahl der hierdurch betroffenen Unbeteiligten von hoher Relevanz. So stützt der Sächs. Datenschutzbeauftragte seine Beanstandung auch im Kern auf die Annahme, die Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse des Staates und den zu erwartenden Einschränkungen für Grundrechtsträger hätte insbesondere deshalb zugunsten Letztgenannter ausfallen müssen, weil durch die nachträgliche Funkzellenabfrage in die Grundrechte einer besonders großen Anzahl betroffener Unbeteiligter (vgl. unten, IV. 2.) eingegriffen würde.

Im Fall der beanstandeten Anordnung wurden den Strafermittlungsbehörden 138.630 Datensätze übermittelt. Diesen liegen 65.645 verschiedene Rufnummern zu Grunde. Diese Streubreite ist auch für die Maßnahme der Funkzellenabfrage ungewöhnlich hoch, was im Hinblick auf die im Untersuchungszeitraum stattfindenden Versammlungen jedoch nicht verwunderlich ist. Hierbei ist zu beachten, dass das tatsächliche Ausmaß der abzurufenden Verkehrsdaten durch die Strafermittlungsbehörden und das erlassende Gericht nur bis zu einem bestimmten Grad zu überblicken ist. Im Übrigen ist hinsichtlich der Gewichtung der Anzahl der Betroffenen in der Abwägung zu beachten, dass Versammlungsveranstalter und -teilnehmer ein berechtigtes Interesse daran haben, ihre Meinungskundgabe im Rahmen einer Versammlung an Orten zu äußern, an denen sie eine möglichst breite Bevölkerungsmasse und mediale Aufmerksamkeit erreichen. Daher ist es Städten und Gemeinden versagt, unerwünschte Versammlungen nur außerhalb von Ortskernen/Stadtzentren zu genehmigen. Eine Kehrseite dieses legitimen Interesses von Versammlungsteilnehmern ist aber, dass Ermittlungsmaßnahmen, wie die nachträgliche Funkzellenabfrage, besonders viele Endgeräte in Haushalten und Gewerbeeinrichtungen erfasst. Dies ist auch im Fall des Versammlungsgeschehens in der Dresdner Innenstadt vom 19.02.2011 zu beachten.

### **c. Abwägung**

Eine Abwägung der aufgezeigten Belange zeigt, dass die von den Strafermittlungsbehörden und vom anordnenden Gericht vorgenommene Abwägung zwischen dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse und der durch die Anordnung zu erwartenden Beeinträchtigungen zugunsten des Strafverfolgungsinteresses als angemessen anzusehen ist.

Als unbestritten gilt, dass die Aufklärung von Straftaten nicht um jeden Preis erfolgen darf. Auf der anderen Seite führte die Ablehnung der Anordnung der Funkzellenabfrage dazu, dass mindestens 23 eigenständige Strafverfahren zu Straftaten von erheblichem Gewicht mit großer Gewissheit nicht aufgeklärt werden könnten. Der Anspruch eines Rechtsstaats zur Aufklärung schwerer Straftaten muss aber auch im Zusammenhang mit einem Versammlungsgeschehen bestehen bleiben. Die in Dresden am 19.02.2011 entstandene Konstellation ist bei Weitem kein Einzelfall (s. nur die jüngsten Vorfälle in Dortmund vom 03.09.2011). Was aber ginge für eine Wirkung auf die gewaltbereite Szene aus, wenn ihre Straftaten unter dem Deckmantel der Versammlungsfreiheit der friedlichen Mehrheit den Ermittlungsmaßnahmen der Strafermittlungsverfahrensbehörden entzogen wären?

Dem im Bericht zitierten Beschluss des LG Magdeburg (25 Qs 117/05, StV 2006, 125) entnimmt der Sächs. Datenschutzbeauftragte folgenden Satz: *„Je größer dieser Kreis der zu erwartenden Daten über Unverdächtige ist, desto gewichtiger müssen neben der aufzuklärenden Tat und dem Tatverdacht auch die Tatsachen sein, die auf einen Erfolg durch die Datenauswertung hoffen lassen.“*

Um den zwischen beiden Fällen bestehenden gravierenden Unterschied aufzuzeigen, ist mit dem Hinweis auf die strenge Subsidiaritätsklausel (s. oben, II. 2.), derzufolge die Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage nur dann verhältnismäßig ist, wenn keine anderweitige Sachverhaltsermittlung möglich ist, folgendes Abhängigkeitsverhältnis in den Blick zu nehmen: Je größer die negativen Auswirkungen eines Absehens von der einzig verbliebenen Ermittlungsmaßnahme sind, desto größer muss die noch hinzunehmende Zahl der betroffenen Unbeteiligten sein. Im Magdeburger Fall bleibt ein schwerer Raub voraussichtlich unaufgeklärt, wenn die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage unterbleibt. Im Dresdner Fall tritt neben die Tatsache, dass mind. 23 Fälle schweren Landfriedensbruchs ungeahndet bleiben, die Außenwirkung, dass schwere Straftaten im Rahmen eines Versammlungsgeschehens (oder vergleichbarer Veranstaltungen mit einer hohen Personendichte) schwerer verfolgt werden können.

Der Sächs. Datenschutzbeauftragte vertritt die Auffassung, dass die in Dresden vorgefundene Konstellation und die daraus resultierende Anzahl an Drittbetroffenen ungewöhnlich hoch ist.

Hierzu aber Avenarius, in: Sächsische Zeitung vom 07.07.2011, S. 5:

*„Die Anzahl derjenigen, deren Verbindungsdaten festgestellt werden, kann doch nicht der alleinige Maßstab sein. Mindestens genauso entscheidend ist doch das Gewicht der Tat, um die es geht.“*

Dem ist zuzustimmen. Die große Anzahl allein, kann nicht zu einer Versagung der Anordnung einer Funkzellenabfrage führen. Sie ergibt sich gerade auch daraus, dass Versammlungen bevorzugt in Innenstädten angemeldet werden. Die Möglichkeit des Einsatzes von Strafermittlungsmaßnahmen kann doch nicht davon abhängen, ob es sich bei einer Versammlung um eine besonders große handelt, wenn gerade in Versammlungen einer großen Anzahl von Personen ein großes Verdeckungspotential liegt. Gleiches gilt für den Veranstaltungsort in Innenstädten. Hier ist es für Täter und Teilnehmer viel einfacher sich der Festnahme durch die Sicherheitskräfte zu entziehen.

Hierzu bemerkt Avenarius, in: Sächsische Zeitung vom 07.07.2011, S. 5:

*„Niemand wird ernsthaft behaupten wollen, dass ein in der Silvesternacht im Zentrum einer Großstadt begangener Mord weniger verfolgungswürdig sei, als ein Mord an einem Herbstabend in einer dünnbesiedelten Gegend. Aber genau darauf liefe es hinaus, wenn man nur dann Funkzellenabfragen vornehmen dürfte, wenn davon nicht zu viele betroffen würden.“*

Ähnliches gilt auch für die Grundrechtsrelevanz der vorliegenden Maßnahme. Der Sächs. Datenschutzbeauftragte fürchtet einen besonderen Einschüchterungseffekt durch staatliche Registrierung und Überwachung von Versammlungsteilnehmern. Dieser Gedanke ist durchaus nachvollziehbar. Er hinterfragt aber nicht den Einschüchterungseffekt, der von gewaltbereiten Versammlungsteilnehmern ausgeht, die verhummt mit Eisenstangen und Pflastersteinen auf Polizeibeamte und unbeteiligte Dritte losgehen.

Hierin liegt endgültig die größere Bedrohung demokratischer Werte.

Im Bewusstsein dieses Verhältnisses müssen dann aber die Grundrechte der Drittbetroffenen, insbesondere das Recht auf Versammlungsfreiheit der friedlichen Demonstranten und Gegendemonstranten, hinter das Strafermittlungsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten. In die Freiheit sich friedlich zur Kundgabe einer Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit versammeln zu können,

greifen auch militante Gegendemonstranten ein und zwar auch mittelbar im Hinblick auf zukünftige Versammlungen. Um diesem Eingriff entgegenzutreten, müssen die sich friedlich Versammelnden vor den Randalierern geschützt werden. Diesen eher generalpräventiven Aspekt kann der Staat aber nur gewährleisten, wenn seinen Strafermittlungsbehörden nicht die einzig aussichtsreiche Maßnahme zur Sachverhaltsaufklärung genommen wird.

Dass die Strafermittlungsbehörden der Dresdner Polizeidirektion zu grundrechtssensibler Verwertung gewonnener Verkehrsdaten willig und fähig sind, hat auch der Sächs. Datenschutzbeauftragte bestätigt. Dieser bezeichnet die Verwertung der erhaltenen Verkehrsdaten durch die Polizeidirektion als begrüßenswert. Er attestiert den Ermittlungsbeamten auf dieser Stufe des Verfahrens sogar eine beachtliche Sensibilität hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit und des Grundrechtseingriffs ihrer Maßnahmen. Tatsächlich selektierte die Polizeidirektion aus den erhaltenen Verkehrsdaten die erfassten Rufnummern nach bestimmten Modellen. Dies erfolgte zu einem Zeitpunkt, zu dem immer noch keine Personenidentifikation stattgefunden hatte. Aus den 138.630 Verkehrsdatensätzen wurden letztlich „nur“ 379 Einzelpersonen als Anschlussinhaber ermittelt und namentlich bekannt.

Vor diesem Hintergrund und infolge der schwerwiegenden Folgen, die das Absehen von der einzig Erfolg versprechenden Strafermittlungsmaßnahme gegen gewaltbereite Versammlungsteilnehmer auch über das Ausbleiben einer Ahndung der konkreten Straftaten hinaus erwarten lässt, ist die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage bezüglich des Versammlungsgeschehens vom 19.02.2011 in Dresden trotz der hohen Anzahl Drittbetroffener insgesamt als angemessen zu werten.

#### **Zwischenergebnis:**

Die Abwägung des Strafermittlungsinteresses mit der beträchtlichen Anzahl an Drittbetroffenen und der Intensität der vielen Grundrechtseingriffe ergibt, dass die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage vom 23.02.2011 insgesamt als angemessen zu bewerten ist.

### III. Anwesenheit einer besonders geschützten Person (§ 160a StPO)

#### 1. Abgeordnete

Aus verschiedenen Presseberichten und auch einer Bundestagsdrucksache geht hervor, dass sich auch Bundes- bzw. Landtagsabgeordnete an den Versammlungen am 19.02.2011 in Dresden beteiligt haben. Gemäß § 160a Abs. 1 StPO ist eine Ermittlungsmaßnahme, die sich u.a. gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO genannte Person richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese das Zeugnis verweigern dürfte, unzulässig. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO lautet wie folgend:

*„Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt ... Mitglieder des Deutschen Bundestages, der Bundesversammlung, des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland oder eines Landtages über Personen, die ihnen in ihrer Eigenschaft als Mitglieder dieser Organe oder denen sie in dieser Eigenschaft Tatsachen anvertraut haben, sowie über diese Tatsachen selbst.“*

Fraglich ist daher, ob allein die Anwesenheit eines Bundes- bzw. Landtagsabgeordneten in einer Funkzelle dazu führt, dass eine Funkzellenabfrage nach § 160a Abs. 1 StPO unzulässig ist und ob dies auch für den Fall gilt, dass im Zeitpunkt der Anordnung der Funkzellenabfrage die Anwesenheit eines Abgeordneten in der betroffenen Funkzelle im Zeitraum der Maßnahme den Ermittlungsbehörden bekannt war.

Aus § 160a StPO könnte sich ein absolutes Verbot der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage ergeben. Grundsätzlich ist festzustellen, dass das in § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO normierte Beweiserhebungsverbot im Unterschied zu dem in Abs. 2 getroffenen Verbot von absoluter Qualität ist. Daraus folgt, dass die Ermittlungsbehörden keine Verhältnismäßigkeitserwägungen im Einzelfall zugunsten der Maßnahme treffen dürfen, wenn eine Ermittlungsmaßnahme die in Satz 1 genannten Voraussetzungen erfüllt.

BT-Drs. 16/5846, S. 35; Meyer-Goßner, § 160a Rn. 3; Bär, MMR 2008, 215/222.

§ 160a Abs. 1 StPO gilt im Grundsatz auch für die Maßnahmen nach § 100g StPO.

Vgl. BVerfG, Einstw. A. v. 15.10.2008 – 2 BvR 236/08 und 2 BvR 237/08,

BVerfGE 122, 63/84, Rn 136.

Fraglich ist jedoch, ob sich das Erhebungsverbot des § 160a Abs. 1 StPO überhaupt auf die Fälle der Funkzellenabfrage übertragen lassen, in denen noch kein Beschuldigter feststeht, in denen die Maßnahme demnach einzig zur näheren Sachverhaltserforschung und insbesondere zur Identifikation des Täters oder des Teilnehmers eingesetzt wird. Dem könnte entgegenstehen, dass das Verbot des Abs. 1 Satz 1 nach seinem Wortlaut nur für Maßnahmen gilt, die sich **gegen einen Abgeordneten richten**. Der Vergleich zum Wortlaut des relativen Erhebungsverbot in Abs. 2, der sich auf alle Ermittlungsmaßnahmen richtet, also unabhängig vom Adressaten der Maßnahme, legt nahe, das Merkmal des „Sich-Richtens“ so eng zu interpretieren, dass das Erhebungsverbot nur eingreift, wenn die Ermittlungsmaßnahme ausdrücklich auf ein Mitglied der Berufsgruppe der Abgeordneten gerichtet ist. Eine Ermittlungsmaßnahme ist aber nur dann auf einen Abgeordneten gerichtet, wenn im Zeitpunkt der Anordnung Kenntnis darüber besteht, dass der Betroffene Mitglied der geschützten Berufsgruppe der Abgeordneten ist. Bei einer Funkzellenabfrage, deren Betroffene im Zeitpunkt der Anordnung naturgemäß nicht umfassend bekannt sein können, ist die Voraussetzung des Abs. 1 Satz 1 dann nie gänzlich auszuschließen. Dass die abstrakte Möglichkeit eines Zufallsfundes von § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO aber nicht ausgeschlossen sein soll, ergibt sich aus § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO und aus der Gesetzesbegründung. Darin heißt es:

*„Maßnahmen, die sich gegen andere Personen – etwa einen Beschuldigten oder einen Dritten – richten, bleiben dagegen zulässig, und zwar auch dann, wenn nicht ausgeschlossen werden kann oder gar zu erwarten ist, dass möglicherweise auch die Kommunikation mit den vorgenannten Berufsheimnisträgern über vom Zeugnisverweigerungsrecht umfasste Inhalte betroffen sein wird.“*

BT-Drs. 16/5846, S. 35.

## **Zwischenergebnis:**

Hieraus folgt demnach für die Fälle der Anordnung einer Funkzellenabfrage, dass sie nicht nach § 160a Abs. 1 StPO ausgeschlossen sein soll, wenn die Abfrage zur Beweiserhebung gegen einen noch unbekanntem Täter erfolgt und den Ermittlungsbehörden die Anwesenheit eines Abgeordneten innerhalb der Funkzelle nicht bekannt war.

Die Annahme eines absoluten Erhebungsverbotes hinsichtlich einer Funkzellenabfrage ist aber auch im Fall der Kenntnis über die Anwesenheit von Abgeordneten auszuschließen. Dies ergibt sich daraus, dass der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO bezweckte Schutz der Abgeordnetentätigkeit durch eine Funkzellenabfrage nicht gefährdet werden kann. Schutzobjekte des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO (und damit auch des § 160a StPO) sind das öffentliche Interesse an der von den Abgeordneten wahrgenommenen Aufgaben und das individuelle Interesse der Abgeordneten an einer Geheimhaltung von anvertrauten Tatsachen.

Das Zeugnisverweigerungsrecht von Abgeordneten erstreckt sich aber nur auf solche Tatsachen, die dem Abgeordneten im Zusammenhang mit seiner Abgeordnetentätigkeit von einem anderen Abgeordneten, einem Regierungsvertreter oder einem Privatmann anvertraut worden ist oder die er dem anderen anvertraut hat, sowie auf die ihm sonst als Abgeordneten bekannt gewordenen Tatsachen.

*Meyer-Goßner, § 53 Rn 24.*

Bei der in § 100g StPO geregelten Maßnahme der Funkzellenabfrage werden (lediglich) Verkehrsdaten erlangt. Der Inhalt der Kommunikation sowie der Anschlussinhaber bleiben hingegen unbekannt. Es besteht daher weder die Möglichkeit, dass die Ermittlungsbehörden anhand der Verkehrsdaten erkennen können, ob ein Datum einem Anschluss eines Abgeordneten zuzurechnen ist, noch ob dessen Zeugnisverweigerungsrecht in seiner Reichweite betroffen ist. Daher bestehen bereits generell Zweifel, ob § 160a Abs. 1 StPO geeignet ist, den Schutzzweck des Zeugnisverweigerungsrechts eines Abgeordneten im Zusammenhang mit der Maßnahme der Funkzellenabfrage zu schützen. Im speziellen Fall einer nachträglichen Funkzellenabfrage über einen Zeitraum, zu dem in der betroffenen Funkzelle eine Versammlung stattfand, sind diese Zweifel um so größer, da Abgeordnete an einer Versammlung nicht als Volksvertreter teilnehmen, sondern als Staatsbürger. Darüber hinaus dürfen gemäß § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO Erkenntnisse, die sich aus Ermittlungsmaßnahmen ergeben, über die ein Abgeordneter nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO das Zeugnis verweigern darf, nicht verwertet werden. Hieraus folgt, dass selbst in dem Fall, dass sich

der Funkzellenabfrage eine Anschlussidentifikation anschließen würde, in deren Zuge die Identität eines Abgeordneten einem Anschluss zugerechnet werden könnte, ein Verwertungsverbot mit dazugehörigen Löschpflichten bestünde. Der Schutz der von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO erfassten Objekte ist daher (hinsichtlich der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage) auch ohne die Annahme eines absoluten Beweiserhebungsverbotes vollumfänglich gegeben.

### **Zwischenergebnis:**

Das in § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO normierte absolute Erhebungsverbot gewährt den Abgeordneten im Rahmen der Maßnahme der nachträglichen Funkzellenabfrage keinen bedeutsamen Schutz, da die zu erlangenden Verkehrsdaten weder darauf schließen lassen, dass es sich um Daten eines Abgeordneten handelt, noch welchen Inhalts sie sind. Da das Zeugnisverweigerungsrecht der Abgeordneten inhaltlich auf solche Erkenntnisse beschränkt ist, die der Abgeordnete im Zusammenhang mit seiner Abgeordnetentätigkeit erlangt, können die Ermittlungsbehörden nicht erkennen, dass ein schutzwürdiges Datum vorliegt. Darüber hinaus besteht selbst bei Zufallsfunden ein Verwertungsverbot, durch das der Schutz des Abgeordneten auch ohne die Anwendung eines absoluten Erhebungsverbotes gewährleistet ist. Eines weitergehenden Schutzes bedarf es nicht. Der Sinn und Zweck der §§ 160a Abs. 1 i. V. m. 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO sprechen daher nicht für die Annahme, dass eine Anordnung der Funkzellenabfrage allein deshalb zu unterbleiben hat, weil Kenntnis über die Anwesenheit eines Abgeordneten besteht.

## **2. Journalisten**

Der Sächs. Datenschutzbeauftragte zweifelt die Verhältnismäßigkeit der Funkzellenabfrage durch die Ermittlungsbehörden auch deshalb an, weil von der Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage auch Journalisten betroffen waren, die sich am 19.02.2011 in der Dresdner Innenstadt aufhielten. Dies sei gemäß § 160a Abs. 2 StPO in die Abwägung einzustellen.

Gemäß § 160a Abs. 2 StPO, dessen Schutzzumfang geringer ausgestaltet ist, als der des § 160a Abs. 1 StPO, sind Maßnahmen zur Beweiserhebung einer Abwägung mit den Allgemein- und Individualinteressen zu unterziehen, die durch § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO geschützt werden. Dies gilt jedoch nur, wenn durch die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage *„voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte.“* Der genannte Wortlaut zeigt, dass auch das relative Beweiserhebungsverbot des § 160a Abs. 2 StPO Zufallsfun-

de nicht erfasst, denn das Abwägungsgebot besteht für das anordnende Gericht (im Fall der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage) erst dann, wenn voraussichtlich, d. h. mit einiger Wahrscheinlichkeit, geschützte Erkenntnisse erlangt werden.

Die Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechtes aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO wird in § 53 Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO näher bezeichnet. Es umfasst Informationen über *„die Person des Verfassers oder Einsenders von Beiträgen und Unterlagen oder des sonstigen Informanten sowie über die ihnen im Hinblick auf ihre Tätigkeit gemachten Mitteilungen, über deren Inhalt sowie über den Inhalt selbst erarbeiteter Materialien und den Gegenstand berufsbezogener Wahrnehmungen. Dies gilt nur, soweit es sich um Beiträge, Unterlagen, Mitteilungen und Materialien für den redaktionellen Teil oder redaktionell aufbereitete Informations- und Kommunikationsdienste handelt.“* Die Wahrscheinlichkeit, dass sich Journalisten in den betroffenen Funkzellen befinden werden, lässt für sich genommen nicht darauf rückschließen, dass mit einiger Wahrscheinlichkeit Informationen der benannten Art abgerufen werden. Bei einer nachträglichen Funkzellenabfrage zur Ermittlung der Identität noch unbekannter Täter kann aber die Betroffenheit solcher Informationen weder völlig ausgeschlossen, noch mit Sicherheit angenommen werden (s. oben, III. 1.).

Im Übrigen gilt hinsichtlich der Abwägung trotz des Verfassungsrangs der Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), dass sich ein *„genereller Vorrang der schutzwürdigen Interessen von Journalisten vor dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse ..., wie das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt hat, verfassungsrechtlich nicht begründen“* lässt.

Vgl. BVerfG, U. v. 12.03.2003 – 1 BvR 330/96 und 1 BvR 348/99, BVerfGE 107, 299, 332;

BT-Drs. 16/5846, S. 37.

Würde man im vorliegenden Fall die Anordnung einer nachträglichen Funkzellenanordnung nach § 100g StPO wegen einer möglichen Betroffenheit sich in der/den Funkzelle/n befindlicher Journalisten unterlassen, dürfte diese Maßnahme bei keiner medienwirksamen Veranstaltung, sei es eine Großdemonstration oder eine andere Veranstaltung mit großer Anziehungskraft, möglich sein. Eine so weitgehende Einschränkung der Ermittlungsmöglichkeiten sieht § 160a Abs. 2 StPO als relatives Beweiserhebungsverbot jedoch nicht vor.

## **Zwischenergebnis:**

Die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage ist nicht deshalb als unverhältnismäßig anzusehen, weil sich Journalisten in den abgerufenen Funkzellen befanden. Das anordnende Gericht musste nicht davon ausgehen, dass voraussichtlich durch § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO geschützte Informationen durch die Funkzellenabfrage bekannt würden. Würde eine Abwägung aufgrund der Anwesenheit von Journalisten zulasten der Strafermittlungsmaßnahme erfolgen müssen, wäre die Maßnahme der Funkzellenabfrage bei medienwirksamen Veranstaltungen so gut wie nie erlaubt.

### **3. Weitere besonders geschützte Personen gemäß § 160a StPO**

Der Sächs. Datenschutzbeauftragte weist zudem auf die Betroffenheit von Arztpraxen und Rechtsanwaltskanzleien hin. Zudem wäre mit großer Wahrscheinlichkeit von der Anwesenheit solcher Rechtsanwälte auszugehen gewesen, die bei den Versammlungen ihrer Berufstätigkeit nachgingen (s. Beanstandung, S. 15). Für die genannten Berufsheimnisträger bestehen ebenfalls Beweiserhebungsverbote gemäß § 160a StPO. Für diese gelten jedoch die in III. 1. und 2. genannten Argumente gleichermaßen.

Bei Ärzten und Rechtsanwälten tritt zudem hinzu, dass die Zeugnisverweigerungsrechte sich vordergründig auf den Inhalt der Kommunikation beschränken, nicht jedoch auf die Tatsache, dass sie mit einer bestimmten Person überhaupt kommuniziert haben. In diesem Fall ist eine Maßnahme, wie die Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage, bei der keine Kommunikationsinhalte erlangt werden können, überhaupt nicht geeignet, die Schutzgüter des § 53 StPO zu verletzen.

## **Zwischenergebnis:**

Die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage ist nicht deshalb unverhältnismäßig, weil Rechtsanwälte und/oder Ärzten sich in der betroffenen Funkzelle befinden, da ihr Zeugnisverweigerungsrecht durch eine Maßnahme, die Kommunikationsinhalte nicht erfassen kann, nicht umgangen werden kann.

#### **IV. Weitere Einzelfragen**

##### **1. Übernahme des Datenbestandes des Landeskriminalamtes**

Der Sächs. Datenschutzbeauftragte kritisiert auch die Anregung zur Übernahme eines Datenbestandes des Landeskriminalamtes bzw. die diesbezügliche Verfügung der Staatsanwaltschaft Dresden sowie die tatsächliche Übernahme der Daten am 09.06.2011 durch die Polizeidirektion Dresden als unverhältnismäßig. Den betreffenden Datenbestand hatte das Landeskriminalamt zuvor aus einer weiteren Funkzellenabfrage über den 18. und 19.02.2011 in Dresden erlangt. Auch dieser (weiteren) Funkzellenabfrage war eine Anordnung vorausgegangen, die durch gerichtliche Beschlüsse erfolgt war.

Indem der Sächs. Datenschutzbeauftragte nun die Maßnahmen der Polizeidirektion Dresden beanstandet, verkennt er abermals das Kompetenzgefüge innerhalb der Strafverfolgungsbehörden (vgl. hierzu die Ausführungen zu I. 2.). Denn - das stellt der Sächs. Datenschutzbeauftragte in seiner Begründung im Bericht selbst heraus - die Übermittlung des Datenbestandes erfolgte aufgrund einer Verfügung der Staatsanwaltschaft Dresden vom 25.05.2011. Durch die fokussierte Beanstandung der Anregung einer Übernahmeverfügung durch die Polizeidirektion Dresden verkennt der Sächs. Datenschutzbeauftragte aus den bereits genannten Gründen die der Staatsanwaltschaft obliegende Sachleitungsbefugnis.

Zudem kann nicht abgestritten werden, dass der übermittelte Datenbestand vom Landeskriminalamt erst durch eine Anordnung erlangt worden ist, die durch den Beschluss eines Ermittlungsrichters erfolgt war. Das mit der Anordnung betraute Gericht war seinerseits bei der Anordnung zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung veranlasst. Diese ist infolge des unterschiedlichen Erkenntnisstandes im Zeitpunkt der Abwägung nicht mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Staatsanwaltschaft bei der Übernahmeverfügung am 25.05.2011 identisch. Dennoch kommt ihr eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu, wenn die durch sie erlangten Daten anderweitig verwendet werden.

Der Übernahme des Datenbestandes des Landeskriminalamtes stand auch § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht entgegen. Die zitierte Norm verbietet die Heranziehung von Daten aus anderen Verfahren, wenn die Daten aus einer Datenerhebungsmaßnahme stammen, die den Verdacht bestimmter Straftaten voraussetzt, zu dessen Kreis die Straftat nicht zählt, zu deren Ermittlung die Daten he-

rangezogen werden sollen. Im Fall des Datenbestandes des Landeskriminalamtes lag der Datenerhebung die Maßnahme der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage gemäß § 100g StPO zugrunde. Diese ist nur bei Vorliegen einer schweren Straftat verhältnismäßig (s. oben, II. 1.). Daher setzt § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO für die Übermittlung dieser Daten fest, dass sie nur zur Ermittlung von solchen Straftaten zulässig ist, die ebenfalls zu den schweren Straftaten gezählt werden müssen. Da es sich bei den zu ermittelnden Straftaten des schweren Landfriedensbruchs um schwere Straftaten i. S. d. § 100a Abs. 2 StPO handelt (s. oben, II.1.), steht § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO der Datenübernahme nicht im Weg.

### **Ergebnis:**

Die fokussierte Beanstandung der Anregung einer Übernahmeverfügung durch die Polizeidirektion Dresden verkennt das Kompetenzgefüge der Strafermittlungsbehörden bei der Verfügung einer Datenübernahme aus den Ermittlungsverfahren einer anderen Behörde, hier des sächsischen Landeskriminalamtes. Insbesondere steht der Übernahmeverfügung § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht entgegen.

## **2. Grundrechte der Gegendemonstranten**

Die am 19.02.2011 in der Dresdner Innenstadt zu erwartende Ausgangssituation ist eine für die heutige Zeit durchaus typische (vgl. nur jüngst das Versammlungsgeschehen in Dortmund vom 03.09.2011). Einer behördlich oder gerichtlich genehmigten rechtsgerichteten Versammlung steht eine zu einem großen Teil friedliche, aber zum Teil auch gewaltbereite linksgerichtete Gegenversammlung gegenüber. Im Rahmen dieser sich immer wieder findenden Konstellation werden von Maßnahmen, wie der nachträglichen Funkzellenabfrage gemäß § 100g StPO, auch die Teilnehmer der nicht genehmigten Gegendemonstration erfasst. Daher stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Grundrechtsschutz dieser Personengruppe, insbesondere wenn ihre Intention in der kompletten bzw. teilweisen Verhinderung der Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit anderer liegt.

#### **a. Rückschlüsse aus dem Beschluss des BVerfG vom 10.12.2010?**

Möglicherweise ergeben sich aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.12.2010 (1 BvR 1402/06, NVwZ 2011, 422) Rückschlüsse auf die Notwendigkeit der Beachtung der Versammlungsfreiheit der Gegendemonstranten vom 19.02.2011. Dem vorgenannten Beschluss lag folgender Sachverhalt: Bei einem linksgerichteten Aufzug mit dem Thema „Keine schweigenden Provinzen - Linke Freiräume schaffen“ stellte sich eine Gruppe rechtsgerichteter Gegendemonstranten demonstrativ schweigend an den Rand der Demonstrationsstrecke.

Im Grundsatz gilt, dass eine Versammlung den Schutz des Art. 8 GG nur bei kollektiver Unfriedlichkeit verliert, mithin wenn sie im Ganzen einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder der Veranstalter und sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen (vgl. BVerfGE 69, 315/361). Sofern sich eine Gegendemonstration aber im Ganzen friedlich verhält und sich inhaltlich auf das Versammlungsmotto der angemeldeten Versammlung bezieht, ist die notwendige Auseinandersetzung mit einem die Öffentlichkeit betreffenden Thema gegeben (BVerfG, B. v. 10.12.2011 – 1 BvR 1402/06, NVwZ 2011, 422). Hierbei genügt es, wenn aus dem äußeren Erscheinungsbild hervorgeht, dass die Gegendemonstration erkennbar von dem Willen der Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner geprägt ist. Allerdings beschränkt sich der Aussagegehalt des Beschlusses vom 10.12.2010 auf Sachverhalte, in denen die Gegendemonstranten sich lediglich durch physische Präsenz entlang der Demonstrationsstrecke der angemeldeten Versammlung äußern. Anders ist es hingegen zu bewerten, wenn durch die physische Präsenz die Demonstrationsstrecke derart verstellt wird, dass die angemeldete Demonstration teilweise oder insgesamt verhindert wird.

#### **Zwischenergebnis:**

Aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.12.2010 kann kein Rückschluss hinsichtlich der Frage gezogen werden, ob den Gegendemonstranten vom 19.02.2011 in Dresden der Schutz des Art. 8 GG zustand und ob dieser bei der Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage zu beachten war.

## **b. Unfriedlichkeit**

Möglicherweise unterfallen die Teilnehmer der Gegendemonstration bereits deshalb nicht dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG, weil ihre Versammlung als unfriedlich i. S. d. Art. 8 Abs. 1 GG gilt, sofern sie den Zweck der Vereitelung einer anderen, genehmigten Versammlung verfolgt.

Das Bundesverfassungsgericht legt den Begriff der Unfriedlichkeit allerdings in ständiger Rechtsprechung eng aus:

*„Der verfassungsrechtliche Begriff der Unfriedlichkeit kann aber nicht mit dem von der Rechtsprechung entwickelten weiten Gewaltbegriff des Strafrechts gleichgesetzt werden. Dagegen spricht bereits, dass die Verfassung die Unfriedlichkeit in gleicher Weise wie das Mitführen von Waffen bewertet, also ersichtlich äußerliche Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa Gewalttätigkeiten oder aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen meint und die Anwendbarkeit des Grundrechts nicht davon abhängig macht, ob eine Behinderung Dritter gewollt ist oder nur in Kauf genommen wird. Jedenfalls besteht angesichts der weiten Fassung des Gesetzesvorbehalts in Absatz 2 des Art. 8 GG keine Notwendigkeit, den Begriff der Friedlichkeit eng zu verstehen und damit den Geltungsbereich der Grundrechtsgewährleistung von vornherein derart einzuschränken, dass der Gesetzesvorbehalt weitgehend funktionslos wird.“*

BVerfG, U. v. 11.11.1986 - 1 BvR 713/83 u.a., BVerfGE 73, 206, Rn. 88.

## **c. praktische Konkordanz**

Aus der Gebietung praktischer Konkordanz könnte sich ergeben, dass sich Teilnehmer einer störenden Gegendemonstration nicht auf ihr Grundrecht berufen können.

Das Bundesverfassungsgericht hat hinsichtlich des Verhältnisses von angemeldeten und genehmigten Versammlungen zu Gegendemonstrationen bereits ausgeführt, dass in Fällen, in denen Störungen der öffentlichen Sicherheit ausschließlich von Gegendemonstranten ausgehen, sich polizeiliche Maßnahmen primär gegen die störende Gegendemonstration richten müssen. Gegen die genehmigte Versammlung darf nur bei polizeilichem Notstand eingeschritten werden.

Drohen Gewalttaten als Gegenreaktion auf Versammlungen, so müssen sich behördliche Maßnahmen primär gegen die Störer richten.

Vgl. BVerfG, B. v. 12.05.2010 – 1 BvR 2636/04, NVwZ-RR 2010, 625;

dass., Einstw. A. v. 01.09.2000 – 1 BvQ 24/00, NVwZ 2000, 1406/1407.

dass., B. v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81 und 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315/360 f., Rn. 91 f.

Die Einwirkung auf eine nicht verbotene Versammlung in der Weise, dass ihre Durchführung tatsächlich unmöglich gemacht werden soll, wird als **Verhinderungsstörung** bezeichnet. Personen, die in dieser Form auftreten, können sich selbst nicht auf Art. 8 Abs. 1 GG berufen, weil ihr Ziel nicht die kommunikative Auseinandersetzung mit dem Thema der genehmigten Versammlung ist, sondern deren Verhinderung. Wer die legitime Ausübung des Versammlungsrechts durch andere verhindern will, kann das Grundrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG nicht für sich in Anspruch nehmen.

Vgl. *Brenneisen/Wilksen*, Versammlungsrecht, 4. Aufl. 2011, S. 169;

BVerfG, B. v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81 und 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315/348.

Ein Verbot oder eine Auflösung der Gegendemonstration darf jedoch immer nur eine ultima ratio sein. Geht die Gegendemonstration aber mit unfriedlichen und gewalttätigen Mitteln vor, ist sie aufzulösen und die Ursprungsveranstaltung zu schützen.

Vgl. *Brenneisen/Wilksen*, Versammlungsrecht, 4. Aufl. 2011, S. 172;

BVerfG, B. v. 7.3.1995 – 1 BvR 1564/92, BVerfGE 92, 191, Rn 43.

Bei der **lediglich störenden Einwirkung** durch Gegendemonstranten bzw. Störergruppen ist der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG hingegen eröffnet. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Differenzierung bereits in seiner Brokdorf-Rechtsprechung unmissverständlich geäußert:

*„Die Anordnung eines Versammlungsverbotes wirkt verfassungsrechtlich auch bei Großdemonstrationen keine besonderen Probleme auf, wenn die Prognose mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Veranstalter und sein Anhang Gewalttätigkeiten beabsichtigen oder ein solches Verhalten anderer zumindest billigen werden. Eine derartige Demonstration wird als unfriedlich von der Ge-*

*währleistung des Art. 8 GG überhaupt nicht erfasst; ihre Auflösung und ihr Verbot können daher dieses Grundrecht nicht verletzen. Ähnlich klar erscheint die Rechtslage, wenn sich umgekehrt der Veranstalter und sein Anhang friedlich verhalten und Störungen lediglich von Außenstehenden (Gegendemonstrationen, Störergruppen) ausgehen. Für diesen Fall wird in der Literatur zutreffend gefordert, dass sich behördliche Maßnahmen primär gegen die Störer richten müssen und dass nur unter den besonderen Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes gegen die Versammlung als ganze eingeschritten werden dürfe. ... Steht kollektive Unfriedlichkeit nicht zu befürchten, ist also nicht damit zu rechnen, dass eine Demonstration im Ganzen einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt ... oder dass der Veranstalter oder sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben ... oder zumindest billigen, dann muss für die friedlichen Teilnehmer der von der Verfassung jedem Staatsbürger garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten bleiben, wenn einzelne andere Demonstranten oder eine Minderheit Ausschreitungen begehen.“*

BVerfG, B. v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81 und 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315/360 f., Rn. 91 f.

In diesem Fall ist daher (auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs) im Wege der Güterabwägung ein Ausgleich der betroffenen Grundrechtspositionen (praktische Konkordanz) herbeizuführen. Bei hoheitlichen Eingriffsmaßnahmen gegen Teilnehmer einer Gegendemonstration ist dann aber stets zu berücksichtigen, dass auch diese den Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG beanspruchen können. Hierzu gilt es zu beachten, dass im Versammlungsrecht grundsätzlich auch kein absolutes Erstanmelderprivileg besteht.

s. BVerfG, Einstw. A. v. 06.05.2005 – 1 BvR 961/05, NVwZ 2005, 1055, Rn. 10.

### **Zwischenergebnis:**

Verfolgt eine Versammlung kollektiv das Ziel eine andere Versammlung zu vereiteln, unterfällt sie nicht dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG. Unterhalb dieser Vereitelungsschwelle hingegen tritt sie zwar gegenüber der angemeldeten Versammlung im Wege der praktischen Konkordanz zurück, wenn Maßnahmen gegen sie zu ergreifen sind, um die ungestörte Durchführung der genehmigten Versammlung zu gewährleisten.

Hinsichtlich einer Maßnahme zur Strafermittlung, wie der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage nach § 100g StPO, besteht jedoch gerade nicht das Konkurrenzverhältnis verschiedener Grundrechtsträger, welches das Zurücktreten im Wege der praktischen Konkordanz veranlasst. Daher sind die Beeinträchtigungen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in der Prüfung der Verhältnismäßigkeit (exakter: in der Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung) zu beachten.

#### **Ergebnis:**

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO sind auch die Grundrechte solcher Gegendemonstranten (aus Art. 8 GG) zu beachten, deren Versammlung im Ganzen keinen Verhinderungscharakter innehat.

#### **V. Funkzellenabfragen des Landeskriminalamtes Sachsen**

Soweit der Sächs. Datenschutzbeauftragte die oben genannten Punkte auch gegenüber dem Vorgehen des Landeskriminalamtes Sachsen beanstandet, gelten die vorgenannten Ausführungen insbesondere zur Kompetenzverteilung im Strafverfahren und zur Reichweite des § 160a StPO im Grundsatz entsprechend.

## C. ZUSAMMENFASSUNG

Die Abwägung des Strafermittlungsinteresses mit der beträchtlichen Anzahl an Drittbetroffenen und der Intensität der vielen Grundrechtseingriffe ergibt, dass die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage vom 22./23.02.2011 insgesamt als angemessen zu bewerten ist.

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO sind auch die Grundrechte solcher Gegendemonstranten (aus Art. 8 GG) zu beachten, deren Versammlung im Ganzen keinen Verhinderungscharakter innehat.

Die große Anzahl Drittbetroffener allein, kann nicht zu einer Versagung der Anordnung einer Funkzellenabfrage führen. Auch von gewaltbereiten Versammlungsteilnehmern geht ein Einschüchterungseffekt auf sich friedlich versammelnde Bürger aus. Die negativen Auswirkungen des Absehens von der einzig verbliebenen Ermittlungsmaßnahme wiegen daher schwerer als die hohe Anzahl der betroffenen Grundrechtsträger.

Das in § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO normierte absolute Erhebungsverbot gewährt den Abgeordneten im Rahmen der Maßnahme der nachträglichen Funkzellenabfrage keinen bedeutsamen Schutz, da die zu erlangenden Verkehrsdaten weder darauf schließen lassen, dass es sich um Daten eines Abgeordneten handelt, noch welchen Inhalts sie sind. Da das Zeugnisverweigerungsrecht der Abgeordneten inhaltlich auf solche Erkenntnisse beschränkt ist, die der Abgeordnete im Zusammenhang mit seiner Abgeordnetentätigkeit erlangt, können die Ermittlungsbehörden nicht erkennen, dass ein schutzwürdiges Datum vorliegt. Darüber hinaus besteht selbst bei Zufallsfunden ein Verwertungsverbot, durch das der Schutz des Abgeordneten auch ohne die Anwendung eines absoluten Erhebungsverbotes gewährleistet ist. Eines weitergehenden Schutzes bedarf es nicht. Der Sinn und Zweck der §§ 160a Abs. 1 i. V. m. 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO sprechen daher nicht für die Annahme, dass eine Anordnung der Funkzellenabfrage allein deshalb zu unterbleiben hat, weil Kenntnis über die Anwesenheit eines Abgeordneten besteht.

Im Fall der Anordnung einer Funkzellenabfrage zur Beweiserhebung gegen einen noch unbekanntem Täter muss gelten, dass sie nicht nach § 160a Abs. 1 StPO ausgeschlossen sein kann, wenn den Ermittlungsbehörden die Anwesenheit eines Abgeordneten innerhalb der Funkzelle im Zeitpunkt der Anordnung nicht bekannt war.

Die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage ist nicht deshalb als unverhältnismäßig anzusehen, weil sich Journalisten in den abgerufenen Funkzellen befanden. Das anordnende Gericht

musste nicht davon ausgehen, dass voraussichtlich durch § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO geschützte Informationen durch die Funkzellenabfrage bekannt würden. Würde eine Abwägung aufgrund der Anwesenheit von Journalisten zulasten der Strafermittlungsmaßnahme erfolgen müssen, wäre die Maßnahme der Funkzellenabfrage bei medienwirksamen Veranstaltungen so gut wie nie erlaubt.

Die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage ist nicht deshalb unverhältnismäßig, weil Rechtsanwälte und/oder Ärzte sich in der betroffenen Funkzelle befinden, da ihr Zeugnisverweigerungsrecht durch eine Maßnahme, die Kommunikationsinhalte nicht erfassen kann, nicht umgangen werden kann.

Indem der Sächs. Datenschutzbeauftragte der Anregung der Polizeidirektion Dresden und dem Antrag der Staatsanwaltschaft Dresden die Hauptlast der Verantwortung für die strafprozessuale Maßnahme der nachträglichen Funkzellenabfrage zuordnet und dem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt lediglich eine Warnfunktion beimisst, verkennt er die Bedeutung und Funktion des Richtervorbehalts im Rahmen der Gewaltenteilung im Strafermittlungsverfahren.

Die fokussierte Beanstandung der Anregung einer Übernahmeverfügung durch die Polizeidirektion Dresden verkennt das Kompetenzgefüge der Strafermittlungsbehörden bei der Verfügung einer Datenübernahme aus den Ermittlungsverfahren einer anderen Behörde, hier des Landeskriminalamtes Sachsen. Insbesondere steht der Übernahmeverfügung § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht entgegen.

Soweit der Sächs. Datenschutzbeauftragte die oben genannten Punkte auch gegenüber dem Vorgehen des Landeskriminalamtes Sachsen beanstandet, gelten die vorgenannten Ausführungen insbesondere zur Kompetenzverteilung im Strafverfahren und zur Reichweite des § 160a StPO im Grundsatz entsprechend.



Ulrich Battis