

## Entscheidung des Monats Mai 2024

### **BGH, Beschl. v. 10.01.2024 – 2 StR 171/23 (LG Frankfurt a.M.)**

#### I. Amtliche Leitsätze

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

#### II. Sachverhalt

Das *Landgericht* hat den Angeklagten wegen Diebstahls mit Waffen in drei Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb, und Diebstahls in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt und im Übrigen freigesprochen. (...)

Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. (...).

#### III. Entscheidungsgründe

Nach den durch das *Landgericht* getroffenen Feststellungen entwendete der Angeklagte im Zeitraum vom 08.10.2019 bis zum 01.03.2020 bei vier Gelegenheiten stehenswertes Gut aus einer Gaststätte, einem Kiosk und zwei Shisha-Bars; in einem weiteren Fall wurde das entsprechende Vorhaben nach Entdeckung der Tat abgebrochen, als sich der Angeklagte und der Mitangeklagte bereits in den Räumlichkeiten einer weiteren Shisha-Bar befanden. (...)

Die Revision des Angeklagten führt auf die erhobene Verfahrensrüge zur Aufhebung der Verurteilung im Fall des Diebstahls im Kiosk (...).

Die Verfahrensrüge, mit der der Angeklagte beanstandet, das Landgericht habe bei seiner Beweiswürdigung retrograde Standortdaten aus einer Funkzellenabfrage rechtsfehlerhaft verwertet, dringe durch.

Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Auf der Grundlage des mit den Worten „wegen besonders schweren Fall des Diebstahls [...] gemäß §§ 242, 243 StGB“ eingeleiteten Ermittlungsberichts der Polizei vom 12.02.2020 habe die *Staatsanwaltschaft* den Erlass eines „Funkzellenbeschlusses“ beim *Amtsgericht -Ermittlungsrichter-* beantragt. Der *Ermittlungsrichter* habe den Beschluss zur Erhebung der nach § 96 TKG in der Fassung vom 03.05.2012 (im Folgenden: § 96 TKG a.F.) erhobenen und gespeicherten Verkehrsdaten, bei mobilen Anschlüssen unter anderem auch der Standortdaten, betreffend die Tatortfunkzelle am Folgetag wegen des Verdachts einer Straftat nach §§ 242, 243 StGB erlassen. Der Erhebungszeitraum sei vom 09.02.2020, 22.30 Uhr, bis zum 10.02.2020, 11.58 Uhr, gewesen. Nach Umsetzung des Beschlusses am 17.02.2020 sei der Angeklagte auf Basis der erhobenen Verkehrsdaten als möglicher Täter ermittelt worden.

Das *Landgericht* habe die Inhalte der Funkzellenauswertung im Selbstleseverfahren und durch Vernehmung eines Polizeibeamten entgegen dem jeweiligen Widerspruch der Verteidigung in die Hauptverhandlung eingeführt. Seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten habe es auch auf die Verwertung der aus der Funkzellenabfrage gewonnenen Erkenntnisse gestützt.

Die zulässig erhobene Verfahrensrüge, mit der sich die Revision gegen die mit einer Funkzellenabfrage erfolgte Erhebung und Verwertung der retrograden Standortdaten des Angeklagten wendet, sei begründet. Die Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren habe gegen § 100g Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO in der aktuellen Fassung vom 20.11.2019, § 100g Abs. 2 StPO verstoßen. Aus dem Beweiserhebungsverbot (III.1.) folge ein Beweisverwertungsverbot (III.2.). Im Einzelnen:

1. Die Anordnung der Funkzellenabfrage im Ermittlungsverfahren auf Grundlage des § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO sei gesetzeswidrig gewesen, weil im Zeitpunkt der Anordnung der Verdacht einer besonders schweren Straftat nach § 100g Abs. 2 StPO nicht bestand. Eine solche Katalogtat sei für die Funkzellenabfrage aber Anordnungsvoraussetzung (...). Bei Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden sei § 100g Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO so zu verstehen, dass die Verweisung auf § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO zugleich den mit Gesetz vom 20.11.2019 eingefügten (...) und seither unverändert geltenden § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO erfasst.

- a. Bereits der Wortlaut des § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO lege nahe, dass über die dort in Nummer 1 enthaltene Verweisung nicht nur § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO, sondern auch die zusätzlichen Voraussetzungen der retrograden Standortdatenerhebung gemäß § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO – und damit § 100g Abs. 2 StPO – in Bezug genommen werden.

Die Funkzellenabfrage sei legaldefiniert als „Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Verkehrsdaten“. Sie stellt sich damit per se als retrograd dar („angefallenen“). Zudem würden – ungeachtet der Frage, ob eine Differenzierung zwischen einer retrograden Standortdatenerhebung und einer Funkzellenabfrage überhaupt denkbar ist (...) – von der Ermittlungsmaßnahme auch Standortdaten erfasst („alle [...] Verkehrsdaten“), handelt es sich bei solchen doch um Verkehrsdaten (...).

- b. Die Gesetzeshistorie belege, dass die Verweisung in § 100g Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO auch als Verweisung auf § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO zu lesen ist. Hiernach sei die Erhebung retrograder Standortdaten, die – wie soeben aufgezeigt – bei einer Funkzellenabfrage jedenfalls miterhoben werden, generell, mithin auch hinsichtlich der in § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO relevanten geschäftlich gespeicherten Standortdaten, nur unter den Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO zulässig.

Die im Anordnungszeitpunkt und weiterhin geltende Fassung des § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO gehe zurück auf das Gesetz zur Einführung einer Speicherfrist und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10.12.2015 (...), mit dem der Gesetzgeber in Reaktion auf Urteile des *Bundesverfassungsgerichts* (...) und des *Gerichtshofs der Europäischen Union* (...) „Unzulänglichkeiten bei der Strafverfolgungsvorsorge und bei der Gefahrenabwehr“ beseitigen wollte.

Innerhalb des durch dieses Gesetz stark veränderten § 100g StPO in der Fassung vom 10.12.2015 (im Folgenden: § 100g StPO a.F.) habe der Gesetzgeber einerseits zwischen der Erhebung von zu geschäftlichen Zwecken gespeicherten Daten nach § 96 TKG a.F. (§ 100g Abs. 1 Satz 1 StPO a.F.) und andererseits der nur unter strengeren Voraussetzungen zulässigen Erhebung anlasslos gespeicherter Daten (§ 100g Abs. 2 StPO a.F.) unterschieden. Die Erhebung retrograder Standortdaten über § 100g StPO a.F. habe nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann zulässig sein sollen, wenn es sich um anlasslos nach § 113b Abs. 1 Nr. 2 TKG in der Fassung vom 10.12.2015 (im Folgenden: § 113b TKG a.F.) gespeicherte Verkehrsdaten handelte und deshalb immer zwingend auch die qualifizierten Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO a.F. erfüllt waren.

Der Gesetzgeber habe ausdrücklich festgehalten, die Erhebung der besonders sensiblen Standortdaten werde im Vergleich zum geltenden Recht stark eingeschränkt. Auf zu geschäftlichen Zwecken gespeicherte Verkehrsdaten dürfe – anders als bisher – zur Ermittlung des Aufenthaltsortes nicht zurückgegriffen werden (...). Entsprechend habe er § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO so gefasst, dass Verkehrsdaten nur in Echtzeit oder anterograd erhoben werden durften. Die im Gegensatz zu § 100g Abs. 3 Satz 2 StPO a.F. (Funkzellenabfrage anhand der anlasslos nach § 113b TKG a.F. gespeicherten Daten) allein auf die Erhebung von zu geschäftlichen Zwecken gespeicherten Daten gerichtete Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO habe daher zunächst die Abfrage retrograder Standortdaten nicht umfassen dürfen (...).

Weil die Speicherpflicht nach § 113b TKG a.F. erst zum 01.07.2017 umzusetzen gewesen sei (§ 150 Abs. 13 TKG in der Fassung vom 10.12.2015), habe der Gesetzgeber zugleich mit der Neufassung des § 100g StPO zum 18.12.2015 in § 12 EGStPO die Möglichkeit eingeführt, nach § 96 Abs. 1 TKG a. F. gespeicherte Standortdaten bis zum 29.07.2017 auf der Grundlage des § 100g Abs. 1 StPO in der bis zum 17.12.2015 geltenden Fassung – und damit ausnahmsweise ohne Einhaltung der Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO – zu erheben. Da es sich erkennbar um eine Ausnahme von der eigentlichen Gesetzeskonzeption gehandelt habe, sollte nach Ablauf der Übergangsfrist die Erhebung retrograder Standortdaten nach der gesetzgeberischen Vorstellung allein im Normgefüge der ab dem 01.07.2017 wirksamen anlasslosen Speicherung von Verkehrsdaten zulässig sein, was stets die Einhaltung der Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO erfordert hätte.

Entgegen den vom Gesetzgeber gehegten Erwartungen habe sich das von ihm im Jahr 2015 eingeführte Regelungskonzept nach Auslaufen der Übergangsfrist des § 12 EGStPO ab Mitte 2017 indes nicht mehr durchsetzen lassen. Nachdem das *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* mit Beschluss vom 22.06.2017 (...) festgestellt hatte, dass bis zum rechtskräftigen Abschluss eines laufenden Hauptsacheverfahrens keine Verpflichtung bestehe, die in § 113b Abs. 3 TKG a.F. genannten Telekommunikationsverkehrsdaten zu speichern, sah die Bundesnetzagentur aufgrund einer Erklärung vom 28.06.2017 bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens von Anordnungen und sonstigen Maßnahmen (einschließlich der Einleitung von Bußgeldverfahren) zur Durchsetzung der in § 113b TKG a.F. geregelten Speicherungspflichten gegenüber allen verpflichteten Unternehmen ab (...).

Damit sei die zunächst weiter von Gesetzes wegen mögliche Erhebung retrograder Standortdaten tatsächlich leergelaufen.

Noch vor dem rechtskräftigen Abschluss des in Bezug genommenen Hauptsacheverfahrens (...) habe der Gesetzgeber reagiert, indem er auf der Grundlage des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 20.11.2019 (...) § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO seine heutige Fassung verlieh. Dabei habe er ausdrücklich festgehalten, durch die Anpassung des Wortlauts von § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO solle gewährleistet werden, dass die Strafverfolgungsbehörden bei Vorliegen der in § 100g Abs. 2 StPO genannten Voraussetzungen auch auf geschäftlich gespeicherte Standortdaten zugreifen könnten. Er habe zugleich seine bereits 2015 verlautbarte Intention gewahrt gesehen, die Erhebung von Standortdaten nur unter den strengeren Anforderungen des § 100g Abs. 2 StPO zu erlauben (...). Damit habe er zum Ausdruck gebracht, dass er künftig zwar den der Erhebung zur Verfügung stehenden Datenbestand auf geschäftlich erhobene Daten erstrecken, an den gemäß § 100g Abs. 2 StPO engeren Voraussetzungen einer Erhebung retrograder Standortdaten aber festhalten wollte.

- c. Die systematische Auslegung des § 100g StPO stehe diesem Normverständnis nicht entgegen; sie liefert kein eindeutiges Ergebnis. Einerseits verweise § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO – anders als § 100g Abs. 3 Satz 2 StPO – nicht ausdrücklich auf § 100g Abs. 2 StPO. Andererseits verbinde das aufgezeigte Regelungskonzept des Gesetzgebers § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO und § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO untrennbar, so dass eine Verweisung auf § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO sachgedanklich auch eine Verweisung auf § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO beinhaltet. Letzteres spreche, da – wie im Rahmen der Wortlautauslegung aufgezeigt – mit einer Funkzellenabfrage retrograde Standortdaten miterhoben werden, dafür, dass § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO innerhalb des § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO ebenfalls Geltung beansprucht.
- d. Schließlich ergebe die Auslegung des § 100g Abs. 3 Satz 1 StPO nach seinem Sinn und Zweck, dass die Anordnung einer Funkzellenabfrage unter denselben Voraussetzungen steht wie Maßnahmen nach § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO.

Mit der gesetzlichen Regelung der Funkzellenabfrage habe der Gesetzgeber im Jahr 2015 eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage geschaffen, die es den Ermittlungsbehörden erlaubt, alle Verkehrsdaten innerhalb einer Funkzelle zu erheben. Sinn und Zweck dieses Ermittlungsinstruments ist, Ermittlungsansätze zu generieren, die an die Anwesenheit in einer oder mehreren Funkzelle(n), an den Abgleich der festgestellten Anwesenheiten (...) und an eine Kommunikation innerhalb der Funkzelle anknüpfen. Während die retrograde Standortdatenerhebung im Sinne des § 100g Abs. 1 StPO ermitteln solle, in welcher Funkzelle sich eine bestimmte Zielperson zu einer bestimmten Zeit aufgehalten hat, wende die Funkzellenabfrage den Blick vom Individuum weg auf ein konkretes räumliches Gebiet (...).

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

2. Die Anordnung der Funkzellenabfrage sei in dem Kiosk betreffenden Fall rechtswidrig, da der Verdacht einer Katalogtat im Sinne des § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO am 12.02.2020 nicht bestand. Dies führe zu einem Beweisverwertungsverbot.

- a. Nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* zu § 100a StPO dürften mit Blick auf die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens die aus einer rechtswidrig angeordneten Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse regelmäßig nicht als Beweismittel verwertet werden (...). Das gelte insbesondere für Fälle, in denen es an einer wesentlichen sachlichen Voraussetzung für die Anordnung der Maßnahme nach § 100a StPO gefehlt hat. Dementsprechend habe es etwa die Unverwertbarkeit zur Folge, wenn der Verdacht einer Katalogtat von vornherein nicht bestanden hat (...).
  - b. Diese Grundsätze erlangten mit Blick auf die Vergleichbarkeit der Regelungssystematiken (...) auch im Anwendungsbereich des § 100g StPO und damit bei rechtswidrig erlangten Funkzellendaten Geltung. Auf die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot die Erhebung eines vorherigen Widerspruchs (...) voraussetzt, komme es hier nicht an, da die Verteidigung der Verwertung widersprochen hat.
  - c. Eine Katalogtat im Sinne des insoweit abschließenden § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO habe im Zeitpunkt der Anordnung der Funkzellenabfrage nicht vorgelegen. Der in dem ermittelungsrichterlichen Beschluss angenommene Tatverdacht hinsichtlich einer Straftat nach den §§ 242, 243 StGB bilde eine solche nicht ab. Anhaltspunkte für die Annahme eines qualifizierten Tatverdachts hinsichtlich einer denkbaren Katalogtat, nämlich des allein in Betracht kommenden schweren Bandendiebstahls (§ 244a Abs. 1 StGB; vgl. § 100g Abs. 2 Satz 2 Buchstabe g StPO in der Fassung vom 20.11.2019), würden sich weder anhand der in dem Beschluss dargelegten Verdachtslage ergeben, noch seien solche im Zeitpunkt der Anordnung nach der sich aus dem durch die Revision vorlegten Ermittlungsbericht ergebenden Verdachtssituation gegeben.
3. Der Verfahrensfehler bedinge die Aufhebung des Schuldspruchs in dem den Kiosk betreffenden Fall mit den der Täterschaft des Angeklagten zugrundeliegenden Feststellungen (§ 353 Abs. 2 StPO).

Die Verurteilung des Angeklagten in diesem Fall beruhe auf dem aufgezeigten Rechtsfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Das *Landgericht* habe seine Überzeugung von der Täterschaft maßgeblich auf die erhobenen Verkehrsdaten und den Aufenthaltsort des Angeklagten innerhalb der tatortnahen Funkzelle gestützt. Zwar habe es weitere Indizien herangezogen (...). Ungeachtet dieser Indizienlage könne der Senat nicht ausschließen, dass das *Landgericht* ohne die Verwertung der Funkzellendaten zu einem für den Angeklagten günstigeren Beweisergebnis gelangt wäre. (...)



#### IV. Verteidigungsrelevanz

Bei der zu unselbständigen, nicht normierten Beweisverwertungsverböten ergangenen Rechtsprechung, gibt es zwar weiterhin keine homogene Linie.<sup>1</sup> Der vorliegende Beschluss rundet aber den Kanon der Entscheidungen zu Beweisverwertungsverböten bei fehlerhaft angeordneten Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung ab.<sup>2</sup> Die vom 2. Strafsenat ausführlich begründete Entscheidung zeigt dabei, dass gerade bei der Prüfung der Voraussetzungen der §§ 100a ff. StPO ein genauer Blick geböten ist.

Grundsätzlich gilt nach regelmäßiger Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* für § 100a StPO: Hat bei Erlass der Überwachungsanordnung jeglicher durch bestimmte Tatsachen begründete Tatverdacht einer Katalogtat gefehlt, sind die gewonnenen Erkenntnisse in der Regel nicht als Beweismittel verwertbar.<sup>3</sup> Diese Auffassung hat zwar zur Folge, dass gegebenenfalls wichtige Beweismittel zur Aufklärung von Straftaten ungenutzt bleiben müssen, obwohl dem Grundsatz wirksamer Strafrechtspflege Verfassungsrang zukommt.<sup>4</sup> Das ist im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens jedoch hinzunehmen, denn die StPO zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis.<sup>5</sup>

Bei einem Verstoß gegen die Vorgaben des § 100g StPO gelten die zu § 100a StPO entwickelten Grundsätze entsprechend, wobei nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung – wegen des mit Ausnahme der Datenerhebung nach Abs. 2 in der Regel nicht vergleichbar schwerwiegenden Grundrechtseingriffs – weniger strenge Maßstäbe angelegt werden können.<sup>6</sup> Zumindest letzterer Überlegung ist der *Bundesgerichtshof* mit seiner aktuellen Entscheidung nicht gefolgt.

*Rechtsanwalt Björn Krug, LL.M. (Wirtschaftsstrafrecht), Krug Fröba Dominok Rathgeber  
Rechtsanwälte PartG mbB, Frankfurt a.M.*

---

<sup>1</sup> Sehr schöne Darstellung dazu bereits bei *Paul*, NStZ 2013, 489.

<sup>2</sup> Zum allg. Rechtsstand betr. die unionsrechtswidrige Vorratsdatenspeicherung (*EuGH*, Urt. v. 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, NJW 2022, 3135) vgl. nur *Bär*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, 51. Ed. mit Stand 01.04.2024, § 100g red. Hinweis (vor Rn. 1).

<sup>3</sup> *BGH*, Urt. v. 17.03.1983 - 4 StR 640/82, NJW 1983, 1570; vgl. zu den weiteren Details *Henrichs/Weingast*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 50 f. und 53.

<sup>4</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.08.2006 - 2 BvR 1345/03, NJW 2007, 351.

<sup>5</sup> *BGH*, Urt. v. 14.06.1960 - 1 StR 683/59, NJW 1960, 1580.

<sup>6</sup> *Henrichs/Weingast*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 9. Aufl. 2023, § 100g Rn. 21, *Rückert*, in: *Münchener Kommentar zur StPO*, 2. Aufl. 2023, § 100g Rn. 119.