

Die sogenannte „stille SMS“ im strafprozessualen Ermittlungsverfahren

Erkenntnisse zum Einsatz in der Praxis und Betrachtung der rechtlichen Anwendungsvoraussetzungen

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Christine Krüger**, Gießen

I. Einleitung

Die jüngsten Auskunftsersuchen von Abgeordneten im Deutschen Bundestag sowie mehreren Landtagen zur Verwendungspraxis von sogenannten „stillen SMS“ im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung geben Anlass dafür, dieses Instrument einmal mehr einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.¹

Nach einem einführenden Blick auf das Phänomen und die Verwendungsmöglichkeiten, konzentriert sich der Beitrag auf die Darstellung und Würdigung aktueller Erkenntnisse zum praktischen Einsatz von stillen SMS. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die Überprüfung der rechtlichen Voraussetzungen deren Anwendung.

II. Phänomenbetrachtung

Die folgenden Ausführungen beziehen sich zunächst losgelöst vom konkreten Einsatz stiller SMS auf die technische Natur dieses Instruments und den abstrakten Zweck, der mit seiner Verwendung verfolgt wird.

Zunächst ist „SMS“ eine gebräuchliche Bezeichnung für Textnachrichten im Mobilfunkverkehr. Dem Grunde nach handelt es sich bei einer stillen SMS um eine solche gewöhnliche Nachricht,² die sich hiervon jedoch in zweierlei Hinsicht unterscheidet. Stille SMS sind zum einen so programmiert, dass der Empfänger ihren Eingang nicht wahrnehmen kann, weder wird auf seinem Mobiltelefon ein Tongeräusch erzeugt noch erfolgt eine optisch wahrnehmbare Anzeige auf dem Display. Zum anderen enthält diese Art von SMS keine Nachricht, die an den Empfänger übertragen wird.

Damit hat die stille SMS mit einer gewöhnlichen Textnachricht nur gemein, dass etwas auf dem Mobiltelefon eingeht. Wahrnehmen kann der Empfänger den Eingang nicht, diesbezüglich ist die Bezeichnung „still“ treffend. Eine Nachricht erhält er ebenfalls nicht, insofern ist die Bezeichnung „SMS“, mit der gemeinhin eine wahrnehmbare Nachricht assoziiert wird, eher irreführend. Um die tatsächliche Beschaffenheit dieses Instruments treffend zu kennzeichnen, wären wohl anstatt „stiller SMS“ die hierfür auch verwendeten Bezeichnungen „stealth SMS“³ bzw. „stealth ping“⁴, also heimliches Signal, geeigneter. Als praktisch gebräuchlichste Bezeichnung erweist sich jedoch der Begriff „stille SMS“⁵, der im Folgenden beibehalten wird. Es bleibt die Feststellung, dass die stille mit einer gewöhnlichen SMS tatsächlich

wenig gemein hat. Ein weiterer Unterschied zwischen gewöhnlicher und stiller SMS besteht darin, dass die Zustellung einer stillen SMS nur direkt an ein betriebsbereites Mobiltelefon erfolgen kann. Ist das Mobiltelefon im Zeitpunkt des Versands der stillen SMS beispielsweise ausgeschaltet, erreicht die SMS das Gerät nicht nur zunächst, sondern letztlich gar nicht, da keine nachträgliche Zustellung erfolgt.⁶

Identisch ist lediglich der Übertragungsweg. Auch bei der stillen SMS wird zur Übertragung ein Signalisierungskanal des Mobilfunkstandards genutzt und ihr Versand erfolgt über eine Kurzmitteilungszentrale, mithin nicht direkt von einem Mobiltelefon zum anderen.⁷

Der Zweck der stillen SMS besteht darin, den Standort von betriebsbereiten Mobiltelefonen bestimmen zu können.⁸ Die stille SMS ist ein schlichter Ortungsimpuls, bei deren Versand Verbindungsdaten erzeugt werden, die wiederum beim Mobilfunknetzbetreiber registriert werden.⁹

Unter Verbindungsdaten versteht man die allgemeinen Daten zu den näheren Umständen der Kommunikation.¹⁰ Diese betreffen das Ob und das Wie der Kommunikation, die beteiligten Rufnummern, den Zeitpunkt und die Dauer der Kommunikation.

Zusammen mit den Verbindungsdaten werden immer auch Standortdaten erhoben, d.h. Daten zum geografischen Bereich der jeweiligen Funkzelle, in der sich das Mobiltelefon gerade befindet. Die stille SMS dient dazu, Verbindungs- und Standortdaten zu erzeugen.

Beim Einsatz dieses Ortungsimpulses wird sich zunutze gemacht, dass sich Mobiltelefone zwangsläufig und dies ohne Zutun des Nutzers in mindestens eine Funkzelle eines Mobilfunknetzbetreibers einbuchen müssen, damit eine Datenübermittlung überhaupt möglich ist, bspw. um ein Gespräch zu vermitteln bzw. grundsätzlich, um überhaupt die Betriebsbereitschaft des Mobiltelefons herzustellen, auch wenn dieses gerade nicht zum Telefonieren oder zum Versenden/Empfangen von Textnachrichten benutzt wird.¹¹

Funkzellen werden durch einen Funkmast generiert und viele verschiedene Funkzellen ergeben in ihrer Gesamtheit das Funknetz eines Betreibers. Ein Einbuchen in eine Funkzelle geschieht, sobald der Nutzer sein Mobiltelefon einschaltet. Ist der Empfang in einer Funkzelle zu schwach oder bewegt sich der Nutzer in eine andere Funkzelle, bucht sich das Mobiltelefon automatisch in diese bzw. eben in eine neue Funkzelle ein.

Jede Funkzelle hat eine individuelle Kennung und ist dadurch bestimmbar.

¹ Eingehend bereits: *Tölpe*, Die strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme „stille SMS“, 2008; *Eisenberg/Singelnstein*, NStZ 2005, 62.

² S. hierzu *Tölpe* (Fn. 1), S. 23.

³ *Tölpe* (Fn. 1), Fn. 6.

⁴ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 7. Aufl. 2011, Rn. 2475.

⁵ S. nur *Eisenberg/Singelnstein*, NStZ 2005, 62.

⁶ Landtag NRW, Drs. 15/3300, S. 4.

⁷ *Tölpe* (Fn. 1), S. 21, 23.

⁸ *Tölpe* (Fn. 1), S. 23.

⁹ *Eisenberg/Singelnstein*, NStZ 2005, 62.

¹⁰ S. hierzu *Tölpe* (Fn. 1), S. 44.

¹¹ S. hierzu *Tölpe* (Fn. 1), S. 23 f.

Aus dieser technischen Besonderheit ergibt sich die Möglichkeit, die laufenden Positionen des Mobiltelefons, mithin seines Benutzers, festzustellen, auch wenn das Mobiltelefon gar nicht aktiv genutzt wird, sondern sich lediglich im betriebsbereiten Zustand befindet.

Daten in einer Funkzelle werden zum einen durch die aktive Nutzung des Mobiltelefons, etwa durch Telefonieren, zum anderen aber auch während des Stand-by-Betriebs erzeugt. So fallen Standortdaten neben dem Einschalten auch immer wieder automatisch in Abständen an, um die Betriebsbereitschaft des Mobiltelefons sicherzustellen.¹²

Von außen ist eine Datenerzeugung damit nur steuerbar, wenn das Mobiltelefon kontaktiert wird, durch eingehende Anrufe, Textnachrichten usw. Das automatische Senden von Standortdaten an die nächste Funkzelle im Stand-by-Betrieb erfolgt dagegen technisch bedingt in zeitlichen Abständen und ist nicht zu beeinflussen.¹³

Mittels des Ortungsimpulses stille SMS kann gezielt erreicht werden, dass sich das Mobiltelefon bei der nächsten Funkzelle meldet und Verbindungsdaten registriert werden.¹⁴ Neben dieser einfachen situationsbezogenen Standortbestimmung können mittels stiller SMS jedoch auch genaue Bewegungsprofile erstellt werden.¹⁵

Die technischen Einzelheiten des Versands stiller SMS sollen an dieser Stelle nicht vertieft werden. Ermittlungsbehörden nutzen hierfür in der Regel eine bestimmte Computer-Software, mittels der die stille SMS an das jeweilige Mobiltelefon versandt wird.¹⁶ Daraufhin fallen beim Netzbetreiber Verbindungsdaten an.

Die Möglichkeit, mithilfe stiller SMS Telekommunikationsverbindungsdaten zu erzeugen, wird im Rahmen von strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation und zur Verkehrsdatenerhebung nach §§ 100a, 100b, 100g StPO eingesetzt.¹⁷ Ermittlungsmaßnahmen in diesem Bereich zielen auf die Erfassung und Auswertung von Telekommunikationsverbindungsdaten.¹⁸

Beim Einsatz stiller SMS kommt es letztlich auf die Schaffung von Daten zwecks deren Weiterverwertung an. Der Schwerpunkt der Maßnahme liegt nicht auf der bloßen Erzeugung selbst, sondern betrifft deren Resultat, die registrierten, abrufbaren Daten.

Bei der stillen SMS handelt es sich mithin um ein Hilfsmittel, das im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation und zur Verkehrsdatenerhebung eingesetzt wird. Eine von diesen Ermittlungsmaßnahmen losgelöste Bedeutung kommt der stillen SMS selbst nicht zu. Die durch ihren Einsatz mögliche bloße Erzeugung von Verbindungsdaten ist ohne letztliche Abrufung derselben sinnlos.

Mehrere Arbeitsschritte sind auf Seiten der Ermittlungsbehörden beim Einsatz stiller SMS zu unterscheiden.¹⁹ Zunächst ist eine Verbindung zum überwachten Mobilfunkanschluss durch den Versand des Ortungsimpulses herzustellen, womit das Generieren von Daten einhergeht. Zweitens müssen die erzeugten Verbindungsdaten beim Mobilfunknetzbetreiber abgefragt werden. Schließlich erfolgt drittens die ermittlungstaktische Auswertung der Daten.

III. Einsatzmöglichkeiten

Stille SMS werden im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung bzw. Verkehrsdatenerhebung eingesetzt.²⁰ Entsprechende Ermittlungsmaßnahmen dürfen nur zur Verfolgung bestimmter Anlassdelikte durchgeführt werden. § 100a Abs. 1 StPO setzt für die Überwachung der Telekommunikation das Vorliegen einer „schweren Straftat“ voraus, als solche führt der Katalog des § 100a Abs. 2 StPO bestimmte Delikte des Kern- und Nebenstrafrechts abschließend auf. Hinsichtlich der Erhebung von Verkehrsdaten verlangt § 100g Abs. 1 StPO „eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“. Die möglichen Anlassstrafaten werden nicht wie in § 100a StPO erschöpfend benannt. Der Wortlaut des § 100g Abs. 1 StPO ist weiter gefasst, nimmt jedoch „insbesondere“ die in § 100a Abs. 2 StPO aufgezählten Taten in Bezug.²¹ Trotz dieser im Vergleich zu § 100a Abs. 1, 2 StPO jedenfalls teilweise unbestimmten Fassung, schließt das Erfordernis der „erheblichen Bedeutung“ die Erhebung von Verkehrsdaten jedenfalls im Bereich der Bagatellkriminalität aus, die Anlasstat muss mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein.²²

IV. Erkenntnisse zur Anwendungspraxis

Mithin kommen stille SMS als Hilfsmittel innerhalb von Ermittlungsmaßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung ebenfalls allein in Strafverfahren wegen mittlerer und schwerer Kriminalität zum Einsatz. Anlässlich Kleiner Anfragen im Bundestag und mehreren Landtagen während des letzten Jahres²³ liegen aktuelle Erkenntnisse zur Verwendung stiller SMS vor. Die Bundesregierung und die jeweiligen

¹⁹ S. hierzu *Tölpe* (Fn. 1), S. 26 f.

²⁰ BT-Drs. 17/8544, S. 17; Niedersächsischer Landtag, Plenarprotokoll 16/130 zur Sitzung v. 24.2.2012, S. 16849.

²¹ *Puschke/Singelnstein*, NJW 2008, 113 Fn. 12 kritisieren den Verzicht auf einen abschließenden Straftatenkatalog als zu unbestimmt; zur Auslegung des Merkmals „Straftat von erheblicher Bedeutung“ s. *Bär*, TK-Überwachung, §§ 100a-101 StPO mit Nebengesetzen, Kommentar, 2010, § 100g Rn. 10 f. sowie im Überblick: *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 98a Rn. 5.

²² *Meyer-Göfner* (Fn. 21), § 100g Rn. 13 m.w.N.

²³ BT-Drs. 17/8257; Landtag NRW, Drs. 15/2905; Landtag von Sachsen-Anhalt, KA 6/7271; Sächsischer Landtag, Drs. 5/7685, 5/7686; Niedersächsischer Landtag, Drs. 16/3905, 16/4411, 16/4445, S. 2; Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/10 004.

¹² *Eckhardt*, Effizienzanalyse der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO, 2009, S. 115 f.

¹³ *Tölpe* (Fn. 1), S. 44 f.

¹⁴ *Tölpe* (Fn. 1), S. 26.

¹⁵ *Eisenberg/Singelnstein*, NSStZ 2005, 62.

¹⁶ *Tölpe* (Fn. 1), S. 26.

¹⁷ BT-Drs. 17/8544, S. 17.

¹⁸ BT-Drs. 17/8544, S. 17.

Landesregierungen wurden um Auskünfte darüber ersucht, für welche Ermittlungszwecke und bei welchen Kriminalitätsphänomenen stille SMS in den letzten Jahren eingesetzt wurden. Weiterhin wurden Angaben erbeten zur Häufigkeit deren Verwendung sowie dazu, welche Behörden von den Ortungsimpulsen Gebrauch machten.

Bereits im Jahr 2003 ersuchten Abgeordnete und die Fraktion der FDP mittels einer Kleinen Anfrage die Bundesregierung um entsprechende Auskünfte im Zusammenhang mit der Verwendung stiller SMS.²⁴ Konkrete Angaben zur Verwendungspraxis – Häufigkeit, den Verfahren zugrunde liegende Straftatbestände – wurden, mangels Kenntnis hiervon, nicht mitgeteilt.²⁵ Dennoch bewertete die Bundesregierung die stille SMS als bewährtes und „unverzichtbares Hilfsmittel“ für Ermittlungszwecke, deren Einsatz für den Ermittlungserfolg häufig von entscheidender Bedeutung sei.²⁶ Vor diesem Hintergrund verwundert die erneut weitgehend inhaltsleere Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion Die Linke Ende des Jahres 2011.²⁷ Zu Verfahren oder bestimmten Tatkomplexen, bei deren Ermittlung stille SMS eingesetzt werden, fehlen konkrete Informationen.²⁸ Die Angaben beschränken sich auf abstrakte Formulierungen dergestalt, stille SMS würden in der Praxis im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung nach den §§ 100a, 100b StPO eingesetzt, mit dem Ziel der Ergreifung des Beschuldigten oder zur Feststellung von Strukturen und Hinwendungsorten.²⁹

Auf schriftliche Fragen des Bundestagsabgeordneten *Hunko* teilte das Bundesministerium des Innern im Dezember 2011 mit, welche Bundesbehörden technisch und rechtlich in der Lage sind, stille SMS zu versenden.³⁰ Genannt wurden die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt, das Bundesamt für Verfassungsschutz, der Militärische Abschirmdienst sowie das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter. Weiterhin erfolgten Angaben zur Häufigkeit der Verwendung stiller SMS seitens dieser Behörden in den letzten fünf Jahren. Betreffend Bundespolizei und Militärischer Abschirmdienst konnten keine Zahlen vorgelegt werden; diese seien nicht erhoben worden bzw. lägen nicht mehr vor.³¹

Vorgelegt wurden Zahlen zum Einsatz stiller SMS durch das Bundeskriminalamt, das Bundesamt für Verfassungsschutz und den Zoll: siehe die *Tabelle* auf S. 613.

Mangels diese Werte erläuternden Angaben ist davon auszugehen, dass die Zahlen stets die bloße Summe jährlich insgesamt versandter stiller SMS durch die jeweilige Behörde darstellen. Über die Angabe der absoluten Anzahl der einge-

setzten Ortungsimpulse hinaus mangelt es der Aufstellung an Aussagekraft,³² zudem verbieten sich jegliche Interpretationen. Denn unklar bleibt, in wie vielen Verfahren die gesendeten stillen SMS zum Einsatz kamen, wie viele SMS auf ein Verfahren entfielen und welche Straftaten den Verfahren zugrunde lagen. Ebenfalls lassen die Angaben nicht erkennen, wie viele SMS tatsächlich effektiv eingesetzt wurden, mithin zur Standortbestimmung beigetragen haben, und wie viele, etwa aufgrund nicht betriebsbereitem Mobiltelefon, ins Leere gingen.

Letztlich enthalten die Angaben des Bundes zum Einsatz stiller SMS keine verwertbaren Erkenntnisse. Man erfährt nicht, zur Ermittlung in welchen Kriminalitätsbereichen, in wie vielen Verfahren, in welcher Häufigkeit in einzelnen Verfahren und gegen wie viele Beschuldigte stille SMS verwendet wurden. Unbekannt bleibt weiterhin die Effizienz des Einsatzes von Ortungsimpulsen.

Wenig Aufschluss zum praktischen Einsatz stiller SMS geben auch die jeweiligen Informationen der Landesregierungen von Sachsen, Sachsen-Anhalt, Niedersachsen und des Berliner Senats.³³ Demzufolge werden stille SMS im Rahmen von richterlich angeordneten Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation zwar eingesetzt, statistische Daten zur Verwendung – weder in einzelnen Verfahren noch im Ganzen – werden jedoch nicht erhoben.³⁴ Statistische Angaben zum Einsatz der Ortungsimpulse ließen sich allenfalls anhand einer händischen Auswertung der Ermittlungsakten aller in Betracht kommenden Verfahren gewinnen.³⁵ Lediglich aus Sachsen-Anhalt ist die Gesamtsumme der im Zeitraum Januar bis einschließlich November von der Polizei versandten Ortungsimpulse zu erfahren. Auskunft gibt dieses Bundesland weiterhin darüber, dass stille SMS in Ermittlungsverfahren wegen versuchten Totschlags, Mordes, schwerer räuberischer Erpressung, der Fälschung von Zahlungskarten und des gewerbs- und bandenmäßig begangenen Computerbetrugs zum Einsatz gekommen sind.³⁶

Einen demgegenüber genaueren Einblick in die Verwendungspraxis von stillen SMS bieten die Auskünfte der nordrhein-westfälischen Landesregierung.³⁷

²⁴ BT-Drs. 15/1384.

²⁵ BT-Drs. 15/1448.

²⁶ BT-Drs. 15/1448.

²⁷ BT-Drs. 17/8257.

²⁸ BT-Drs. 17/8544, S. 17.

²⁹ BT-Drs. 17/8544, S. 17.

³⁰ Antwort des BMI auf schriftliche Fragen Monat November 2011, 6.12.2011, abrufbar unter:

http://www.andrej-hunko.de/start/download/doc_view/185-stille-SMS-bei-bundesbehoerden (Zugriff: 28.2.2012).

³¹ Antwort des BMI (Fn. 30).

³² Vgl. Antwort des BMI (Fn. 30); hierbei handelt es sich nicht um ein Versäumnis des BMI, bereits die Frage zielte lediglich auf die Häufigkeit des Einsatzes stiller SMS durch die entsprechend technisch ausgestatteten und rechtlich befugten Behörden; insofern ist die knappe Antwort adäquat.

³³ Sächsischer Landtag, Drs. 5/7685, 5/7686; Landtag von Sachsen-Anhalt, Drs. 6/707; Niedersächsischer Landtag, Plenarprotokoll 16/115, 16.9.2011, S. 14917 f.; Drs. 16/4411; Plenarprotokoll 16/130, 24.2.2012, S. 16849-16851; Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/10 004.

³⁴ Eine gesetzliche Verpflichtung zum Führen entsprechender Statistiken besteht auch nicht.

³⁵ So etwa Sächsischer Landtag, Drs. 5/7685, 5/7686; Niedersächsischer Landtag, Plenarprotokolle 16/115, 16.9.2011, S. 14918, 16/130, 24.2.2012, S. 16850.

³⁶ Landtag von Sachsen-Anhalt, Drs. 6/707, S. 3.

³⁷ Landtag NRW, Drs. 15/3300.

Hier werden zunächst drei Beispiele benannt, zur Verfolgung welcher Kriminalitätsformen Ortungsimpulse im Rahmen von gemäß §§ 100a, 100b StPO angeordneten Maßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung von Mobilfunkanschlüssen eingesetzt werden.³⁸ Die Festnahme eines flüchtigen Gewaltverbrechers gelang mit Hilfe von in kurzen Abständen ausgesandten Ortungsimpulsen, wodurch die jeweiligen Funkzellen – und schließlich der Flüchtige – lokalisiert werden konnten, in denen das genutzte Mobiltelefon eingebucht war. Der Fluchtweg eines flüchtigen Vergewaltigers konnte mittels wiederholt ausgesandter Ortungsimpulsen nachvollzogen, der Flüchtige schließlich festgenommen werden. In einem Ermittlungsverfahren wegen gewerbsmäßigen Handels mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen konnten mit Hilfe wiederholt ausgesandter Ortungsimpulse auf die Mobilfunkgeräte des Täters insgesamt 16 Marihuana-Plantagen ermittelt sowie der Täter lokalisiert und festgenommen werden. Mittlerweile erfolgte eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren.

Während für die Jahre 2006 bis 2009 die versandten Ortungsimpulse nur summarisch aufgeführt werden können,³⁹ ergibt sich für das Jahr 2010 eine differenziertere Darstellung der Verwendungspraxis.⁴⁰ Nach polizeilichen Erhebungen wurden in NRW in 778 Ermittlungsverfahren auf der Grundlage von richterlichen Anordnungen Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen gemäß §§ 100a, 100b StPO durchgeführt. In diesem Zusammenhang wurden insgesamt 5.276 Mobilfunkanschlüsse überwacht, Ortungsimpulse wurden an 2.644 dieser Anschlüsse versandt. Die Anzahl der je Verfahren versandten stillen SMS war abhängig von Ermittlungsziel und -verlauf. Auf einen einzelnen überwachten Mobilfunkanschluss können eines bis zu mehreren hundert Ortungssignale versandt worden sein. Die Summe der insgesamt im Jahr 2010 in NRW versandten stillen SMS beläuft sich auf 255.784. Nicht zu beziffern ist die Zahl der Ortungssignale, die das jeweilige Mobilfunktelefon auch tatsächlich erreicht haben, da die Zustellung ausschließlich direkt, nicht hingegen nachträglich, an betriebsbereite Endgeräte erfolgt.

Auch wenn aufgrund dieser Einschränkung die Effizienz stiller SMS nur vage einschätzbar ist, lässt sich anhand der Angaben dennoch eine bemerkenswerte Schlussfolgerung ziehen.

Herausgestellt werden kann, dass in NRW im Jahr 2010 Ortungsimpulse bei in etwa der Hälfte aller überwachten Mobilfunkanschlüsse eingesetzt wurden. Dieser Anzahl von 2.644 per stiller SMS kontaktierten Mobiltelefonen steht eine sehr hohe Anzahl – 255.784 insgesamt – versandter stiller SMS gegenüber. Deutlich wird hier, dass anhand der bloßen

Anzahl jährlich insgesamt versandter SMS⁴¹ keine Aussage dazu getroffen werden kann, in wie vielen Verfahren und gegenüber wie vielen Beschuldigten sie zum Einsatz kamen. Auch die Effizienz lässt sich anhand dieser absoluten Zahl nicht beurteilen, da nicht ermittelt werden kann, wie viele SMS aufgrund eines nicht im Zustand der Betriebsbereitschaft befindlichen Mobilfunkendgerätes ihr Ziel nicht erreichen, sondern ins Leere gehen.

V. Rechtliche Voraussetzungen

Die rechtlichen Voraussetzungen des Einsatzes stiller SMS sind umstritten. Eine eigenständige Rechtsgrundlage, die konkret die Verwendung von Ortungsimpulsen innerhalb von Ermittlungsmaßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation regelt, gibt es nicht.

Von den um Auskunft zur Verwendungspraxis stiller SMS ersuchten Regierungen der Bundesländer ist zu erfahren, dass stille SMS auf der Grundlage richterlich angeordneter Telekommunikationsüberwachungen gemäß §§ 100a, 100b StPO verwendet werden⁴² sowie neben diesen Normen von Ortungsimpulsen auch unter den Voraussetzungen des § 100g StPO Gebrauch gemacht wird.⁴³ Weiterhin wurden stille SMS im Zusammenhang mit nach § 100i Abs. 1 StPO angeordneten Maßnahmen eingesetzt.⁴⁴ Nach Ansicht der Bundesregierung dienen die §§ 100a, 100b und 100g StPO als Rechtsgrundlage für die Erhebung der mittels stiller SMS erzeugten Daten.⁴⁵ Das reine Absenden stiller SMS sei eine isolierte, taktische Maßnahme, deren Rechtsgrundlage die jeweilige Erhebungsbefugnisnorm⁴⁶ in Verbindung mit den §§ 161, 163 StPO bilde.⁴⁷

Über diese Angaben hinausgehende Ausführungen, insbesondere nachvollziehbare Subsumtionen, inwiefern der Einsatz von Ortungsimpulsen gerade von den genannten Normen erfasst wird, erfolgen nicht.

Da keine Rechtsgrundlage bestehe, die spezifisch deren Einsatz erfasse, wird der Einsatz stiller SMS aus wissenschaftlicher Sicht größtenteils als rechtlich nicht zulässig erachtet.⁴⁸

Diese Feststellung ergibt sich zum einen argumentativ daraus, dass die speziellen Normen der StPO die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (§ 100a) sowie die Erhebung von Verkehrsdaten (§ 100g) regelten, nicht erfasst sei hingegen die *Erzeugung* von Daten. Stille SMS zielten jedoch gerade erst auf die Erzeugung von Daten. Die

⁴¹ S. dazu oben die dargestellten Angaben des BMI zur Anzahl der durch bestimmte Bundesbehörden in den Jahren 2006-2011 versandten Ortungsimpulse.

⁴² Landtag NRW, Drs. 15/3300, S. 2; Sächsischer Landtag, Drs. 5/7685.

⁴³ Niedersächsischer Landtag, Plenarprotokoll 16/130, 24.2.2012, S. 16849; Sächsischer Landtag, Drs. 5/7685.

⁴⁴ Sächsischer Landtag, Drs. 5/7685.

⁴⁵ BT-Drs. 17/8544, S. 17.

⁴⁶ Mithin entweder § 100a oder § 100g StPO, jeweils i.V.m. § 100b StPO.

⁴⁷ Mithin entweder § 100a oder § 100g StPO, jeweils i.V.m. § 100b StPO.

⁴⁸ Eisenberg (Fn. 4), Rn. 2485; Tölpe (Fn. 1), S. 257.

³⁸ Zu den folgenden Beispielen siehe Landtag NRW, Drs. 15/3300, S. 2 f.

³⁹ Landtag NRW, Drs. 15/3300, S. 4; mangels Aussagekraft der bloßen Summe innerhalb eines Jahres insgesamt versandter Ortungsimpulse (s.o.) wird auf die Nennung der Zahlen für die Jahre 2006-2009 verzichtet.

⁴⁰ S. Landtag NRW, Drs. 15/3300 zu den folgenden Ausführungen.

§§ 100a, 100g StPO seien damit bereits ihrem Wortlaut nach nicht geeignet, als Rechtsgrundlagen des Einsatzes von Ortungsimpulsen zu dienen.⁴⁹

Auch § 100i StPO komme als Rechtsgrundlage nicht in Betracht, da diese Norm spezifisch auf den IMSI-Catcher⁵⁰ zugeschnitten sei.⁵¹

Neben diesen speziellen Befugnisnormen werden seitens der Wissenschaft zum anderen auch §§ 100a, 100b und §§ 100g, 100b StPO jeweils in Verbindung mit den Generalklauseln §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO nicht als taugliche Rechtsgrundlagen für die Verwendung stiller SMS angesehen.⁵² Bedenken bestehen hier insbesondere angesichts von Grundrechtsbeeinträchtigungen, mit denen der Einsatz stiller SMS einhergeht.

Sowohl § 100a StPO als auch § 100g StPO ermöglichen jedenfalls die Abrufung von Standortdaten. Betreffs § 100a StPO sind bereits die zur Herstellung der Betriebsbereitschaft von Mobiltelefonen ausgesandten Signale im Stand-by-Betrieb vom Verständnis des in § 100a StPO verwendeten Begriffs der Telekommunikation erfasst.⁵³ Sofern schon die auf diesem Weg rein technisch, ohne menschliche Beeinflussung, generierten Standortdaten abgerufen werden dürfen, ist jedenfalls auch die Erhebung entsprechender Daten eingeschlossen, sofern diese mittels menschlich veranlasstem Ortungsimpuls erzeugt wurden. Nachdem § 100g StPO seit der Gesetzesänderung im Jahr 2008⁵⁴ keine bestehende Kommunikationsverbindung für die Datenerhebung mehr erfordert, mithin auch im Stand-by-Betrieb anfallende Standortdaten erfasst werden dürfen⁵⁵, schließt dies ebenfalls den Abruf der durch Ortungsimpulse erzeugten Daten ein.

Weder die Erhebung mittels stiller SMS erzeugter Daten noch deren Erzeugung selbst stellen einen Eingriff in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Telekommunikationsgeheimnis dar. Dem BVerfG zufolge schützt dieses Grundrecht Kommunikationsvorgänge, die einen personalen Bezug aufweisen.⁵⁶ Erforderlich ist, dass Geräte, die technisch geeignet

sind, als Kommunikationsmittel zu dienen, auch tatsächlich zum Austausch von Informationen und Meinungen genutzt werden. Erst diese Nutzung qualifiziere die mittels Telekommunikationseinrichtungen übertragenen Daten als Kommunikationsinhalt und Umstände, die den Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG genießen.⁵⁷ Da die Erhebung von mittels stiller SMS erzeugten Standortdaten, ebenso wenig wie auch der durch die Ortungsimpulse ausgelöste Vorgang der Erzeugung dieser Daten, keine in diesem Sinn individuellen, personale Züge aufweisenden Kommunikationsvorgänge darstellen, ist bereits der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG nicht betroffen.⁵⁸

Die Erhebung von Standortdaten, die mittels Ortungsimpulsen erzeugt wurden, beeinträchtigt hingegen die von der Maßnahme Betroffenen in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁵⁹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts schützt die Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten selbst zu bestimmen.⁶⁰ Geschützt werden Daten zu den persönlichen und sachlichen Verhältnissen einer Person.⁶¹ Hierzu zählen auch Informationen dazu, an welchem Ort sich eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt aufhält. Die Erhebung und Verwendung entsprechend geschützter Daten seitens staatlicher Stellen bedeuten einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG,⁶² der nur durch eine spezielle gesetzliche Grundlage gerechtfertigt werden kann.⁶³ Wie oben gezeigt, ist die Erhebung von Standortdaten sowohl von § 100a als auch von § 100g StPO erfasst; beide Normen stellen spezielle Ermächtigungsgrundlagen dar. Der mit der Erhebung von Standortdaten einhergehende Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist damit gerechtfertigt.

Seitens der Wissenschaft wird, wie oben herausgestellt, weniger die Abrufung mittels stiller SMS hervorgebrachter Daten, sondern insbesondere deren Erzeugung als problematisch angesehen,⁶⁴ da dieser Vorgang rechtlich nicht geregelt ist.

Die §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO als Ermittlungsgeneralklauseln können nur für einfache Maßnahmen der Ermittlungsbehörden, mit denen eine niedrigschwellige Grundrechtsbeeinträchtigung einhergeht, eine rechtliche Grundlage bil-

⁴⁹ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62 f.

⁵⁰ Zum IMSI-Catcher anschaulich: Keller, Die Ermittlung der Kennungen und des Standorts von Mobilfunkgeräten im Spannungsfeld zwischen Kriminalitätsbekämpfung und Verfassungsmäßigkeit, Der Einsatz von IMSI-Catchern, 2008, S. 39 ff.; Bär (Fn. 21), § 100i Rn. 4 f.

⁵¹ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62 (63); Keller (Fn. 50), S. 88 f.

⁵² Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62 (64-66).

⁵³ Nach BGH NJW 2001, 1587 sind auch die bloß Standortdaten erzeugenden Positionsmeldungen im Stand-by-Betrieb als Telekommunikationsvorgänge anzusehen, da sie die Betriebsbereitschaft sicherstellen und insofern kommunikationserheblich sind.

⁵⁴ Am 1.1.2008 ist das „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ in Kraft getreten, BGBl. I 2007, S. 3198.

⁵⁵ BT-Drs. 16/5846, S. 51; Bär (Fn. 21), § 100g Rn. 14.

⁵⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 22.8.2006 – 2 BvR 1345/03, Rn. 57.

⁵⁷ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 22.8.2006 – 2 BvR 1345/03, Rn. 57.

⁵⁸ Dazu anschaulich: Tölpe (Fn. 1), S. 39 ff., S. 85-87.

⁵⁹ Tölpe (Fn. 1), S. 117-120.

⁶⁰ Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 37, 42.

⁶¹ Jarass/Pieroth (Fn. 60), Art. 2 Rn. 43.

⁶² Jarass/Pieroth (Fn. 60), Art. 2 Rn. 53.

⁶³ Jarass/Pieroth (Fn. 60), Art. 2 Rn. 58.

⁶⁴ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62 (64 f.); Tölpe (Fn. 1), S. 114 f. vermag hingegen umgekehrt in der Datenerzeugung keine relevante Beeinträchtigung von Grundrechten zu erkennen.

den.⁶⁵ Spezielle Maßnahmen, die zudem einen massiven Grundrechtseingriff bedeuten, benötigen eine spezielle Rechtsgrundlage, sie dürfen nicht lediglich auf die Generalklauseln gestützt werden.⁶⁶

Die zur Datenerzeugung vorgenommene Aussendung des Ortungsimpulses stelle keinen lediglich einfachen Grundrechtseingriff dar.⁶⁷ Auch hierdurch werde bereits das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG intensiv betroffen. Schon die Erzeugung von Standortdaten schaffe die Möglichkeit deren späterer Erhebung und schränke bereits damit den grundrechtlich geschützten, zur Verwirklichung informationeller Selbstbestimmung notwendigen Freiraum ein. Zwar bedeute die Datenerzeugung noch keinen Zugriff auf Daten. Jedoch liege in diesem ersten Schritt keineswegs eine bloße Vorstufe der eigentlich intendierten Datenabfrage, vielmehr begründe das Aussenden des Ortungsimpulses gerade die Besonderheit der Erhebung, sodass die Datenerzeugung als Kern der nachfolgenden Abfrage anzusehen sei. Nur aufgrund des gesendeten Ortungsimpulses werde eine genaue Standortbestimmung und schließlich das Abfragen eines präzisen Bewegungsprofils ermöglicht.

Zuzugeben ist dieser Ansicht, dass sich die Besonderheit der Erhebung mittels stiller SMS erzeugter Daten gerade aufgrund dieses Erzeugungsvorgangs ergibt, denn die Daten werden gezielt und für den Betroffenen nicht erkennbar generiert. Zwar nicht durch gezielte Steuerung seitens der Ermittlungsbehörden, für den Betroffenen jedoch ebenfalls nicht zu bemerken, werden Standortdaten aber auch automatisch generiert, wenn das Mobiltelefon mit der bzw. den Funkzellen des Netzbetreibers Kontakt aufnimmt, um die Betriebsbereitschaft des Gerätes sicherzustellen. Beide Datenerzeugungsvorgänge unterscheiden sich dadurch, dass die Erzeugung im ersten Fall gezielt initiiert, im zweiten Fall hingegen automatisch durch die Einstellungen des Netzbetreibers ausgelöst wird. Im Fall der automatischen Datengenerierung lässt sich ebenfalls sowohl der Standort des Gerätes bestimmen als auch die Erstellung eines Bewegungsprofils ermöglicht wird. Gezielte Ortungsimpulse bewirken im Vergleich dazu, dass Positionsmeldungen häufiger abgegeben werden. Der Standort des Mobiltelefons kann ebenso zeitnäher bestimmt werden wie sich auch ein exakteres Bewegungsprofil erstellen lässt als mittels der automatisch generierten Daten.

Damit wird durch die Aussendung von Ortungsimpulsen die eigentliche Ermittlungsmaßnahme aber lediglich unterstützt. Qualitativ unterscheiden sich die mit der Versendung von Ortungsimpulsen erzeugten Daten nicht von solchen, die automatisch erzeugt werden. Allein die Quantität der Daten wird erhöht. Dass durch den unterstützenden Einsatz von stillen SMS die Erhebung von Standortdaten im Schwerpunkt hierdurch gekennzeichnet sein soll, dieser Vorgang gar als eine spezielle Ermittlungsmaßnahme angesehen werden muss, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht erkennen.

Auch eine besondere Intensität des mit dieser gezielten Datenerzeugung verbundenen Eingriffs in das Grundrecht auf

informationelle Selbstbestimmung ist nicht feststellbar. Allein die Umstände einer zeitnäheren Auslösung der Datenerzeugung und des Erhalts einer größeren Datenmenge bei ansonsten gegebener Identität des Erzeugungsvorgangs und der Qualität der Daten von automatischer und gezielter Erzeugung bedeuten keinen schwereren Eingriff. Die Intensität des Grundrechtseingriffs bei einer Datenerhebung, in deren Rahmen unterstützend Ortungsimpulse eingesetzt werden, entspricht der bei der Erhebung automatisch erzeugter Daten gegebenen.

Die Datenerzeugung mittels stiller SMS stellt somit keine die anschließende Erhebung prägende, sondern eine diese im Hinblick auf Präzision und Quantität der abzurufenden Daten unterstützende Maßnahme dar, in der auch kein schwerwiegender Grundrechtseingriff liegt. Einer speziellen Eingriffsermächtigung bedarf es nicht. Die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO bilden damit eine geeignete Rechtsgrundlage für das Versenden von Ortungsimpulsen im Rahmen von gemäß §§ 100a, 100b und §§ 100g, 100b StPO angeordneten Maßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung bzw. Verkehrsdatenerhebung.

Indem der Einsatz von stillen SMS im Rahmen von gem. §§ 100a, 100b bzw. §§ 100g, 100b angeordneten Ermittlungsmaßnahmen auf die §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO gestützt wird, ergibt sich auch nicht die Situation einer unzulässigen Aufspaltung von Maßnahmen.⁶⁸

Zwar stellt das gezielte Erzeugen von Daten einen besonderen Vorgang dar. Diesem kommt jedoch mangels mit der bloßen Datenerzeugung verbundenem Selbstzweck keine eigenständige Bedeutung zu. Vielmehr wird die konkrete Ermittlungsmaßnahme mithilfe einer bestimmten, wenn auch mangels eigenständigem Zweck unselbständigen, Ermittlungshandlung durchgeführt. Selbständig – und in diesem Sinn auch als eigenständige Ermittlungsmaßnahme anzusehen – ist allein der Vorgang der Datenerhebung nach den §§ 100a und 100g StPO. Nur innerhalb entsprechend angeordneter Maßnahmen kann das Bedürfnis nach einer gezielter Erzeugung von Standortdaten entstehen, sofern sich die Abrufung allein der automatisch erzeugten Standortdaten als nicht hinreichend zielführend erweist.

Unabhängig von einer entsprechenden konkreten Ermittlungsmaßnahme, die auf die Erfassung von Daten zielt, wäre die bloße Datenerzeugung sinnlos. Sie diene keinem Zweck. Auch hier bietet sich wieder ein Vergleich mit der *automatischen* Erzeugung von Standortdaten an. Sie bewirkt die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft des Mobiltelefons, die Einrichtung dieser technischen Besonderheit einer automatischen Datenerzeugung dient mithin einem Zweck. Dieser Zweck ist aber mit der *gezielten* Erzeugung von Standortdaten nicht verbunden. Mangels Eigenständigkeit kommt der gezielten Datenerzeugung damit stets nur im Zusammenhang mit der eigentlich intendierten Abrufung der Daten Bedeutung zu.

Da die gezielte Erzeugung von Daten als zwar unselbständige, keinen eigenen Zweck verfolgende, die Datenerhebung gleichzeitig aber unterstützende Maßnahme von den

⁶⁵ Meyer-Gößner (Fn. 21), § 161 Rn. 1, § 163 Rn. 1.

⁶⁶ Meyer-Gößner (Fn. 21), § 161 Rn. 1, § 163 Rn. 1.

⁶⁷ S. hierzu: Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62 (64 f.)

⁶⁸ So jedoch Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62 (66 f.).

§§ 100a und 100g StPO nicht erfasst wird, ist ihr Einsatz stets nur auf der Grundlage der in Verbindung mit diesen Normen heranzuziehenden Generalklauseln der §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO zu rechtfertigen.

Mithin stellen die §§ 100a, 100b und §§ 100g, 100b StPO, jeweils i.V.m. §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO insgesamt eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die innerhalb einer Ermittlungsmaßnahme zur Telekommunikationsüberwachung oder Verkehrsdatenerhebung einzusetzende Erzeugung von Standortdaten mittels stiller SMS dar.

VI. Schlussbetrachtung

Die unter IV. dargestellten empirischen Erkenntnisse zur Verwendung stiller SMS in der Praxis sind dürftig und vermitteln lediglich eine Ahnung davon, in Bezug auf welche Kriminalitätsphänomene und in welchem Umfang im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung und Verkehrsdatenerhebung hiervon Gebrauch gemacht wird. Die Angaben verdeutlichen aber jedenfalls, dass den Ortungsimpulsen eine besondere Bedeutung für die praktische Ermittlungsarbeit zukommt, sich ihr Einsatz mithin auch durch die Gesetzesänderung in § 100g StPO – seitdem ist die Erhebung von Stand-by-Daten betriebsbereiter Mobiltelefone zulässig – nicht erledigt hat.⁶⁹ Zu vermuten ist, dass die Ermittlung des Aufenthaltsortes bzw. die Erstellung eines Bewegungsprofils eines Beschuldigten anhand der Standortdaten, die mittels gesteuerter Versendung von Ortungsimpulsen erzeugt wurden, effektiver zu erreichen ist als durch die Abrufung der anhand automatischer Positionsmeldungen zur Sicherstellung der Betriebsbereitschaft des Mobiltelefons generierten Standortdaten.⁷⁰

Eine spezielle Rechtsgrundlage für die Verwendung stiller SMS existiert nicht. Da dem gezielten Einsatz von Ortungsimpulsen außerhalb von Ermittlungsmaßnahmen, die auf die Erfassung von Standortdaten gerichtet sind, jedoch keine eigenständige Bedeutung zukommt, bedarf es einer solchen auch nicht. Die Verwendung stiller SMS ist eine unselbständige, allein die intendierte Datenerhebung unterstützende Ermittlungshandlung, die zudem keinen über die eigentliche Ermittlungsmaßnahme hinausgehenden Grundrechtsbezug aufweist. Insofern findet ihr Einsatz im Rahmen richterlich angeordneter Maßnahmen nach §§ 100a, 100b und §§ 100g, 100b StPO durch die Verbindung mit den Generalklauseln der §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO eine ausreichende Rechtsgrundlage.

⁶⁹ Entsprechend lautete die in der Gesetzesbegründung geäußerte Vermutung, BT-Drs. 16/5846, S. 51.

⁷⁰ So auch *Rath*, taz v. 2.1.2012, abrufbar unter:

www.taz.de/Handyueberwachung-per-Kurzmitteilung!/84747/

(Zugriff: 26.2.2012).

Tabelle

| Jahr | BKA | BfV | Zoll |
|-------------|---------------------|---------------------|---------------------|
| 2006 | 33.046 | ----- | 84.773 |
| 2007 | 89.416 | 52.404 | 96.023 |
| 2008 | 45.446 | 124.541 | 159.647 |
| 2009 | 38.074 | 68.561 | 147.264 |
| 2010 | 96.314 | 107.852 | 236.617 |
| 2011 | 53.337 (bis 04.11.) | 37.862 (bis 31.10.) | 227.587 (bis 30.6.) |

Quelle: Siehe Fn. 30.