

1. Sachverhalt¹

Gegen A läuft ein Verfahren wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung. Zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des A und zu dessen Observation sendet die Polizei diesem mehrere sog. „stille SMS“ (auch „stealth ping“). Die eingehende Nachricht löst eine Rückmeldung des eingeschalteten Mobilgeräts bei der Funkzelle aus, bei der es eingebucht ist. Dadurch wird dem jeweiligen Netzbetreiber die Information gesendet, in welcher Funkzelle der Handynutzer zum Zeitpunkt des Empfangs eingebucht ist. Die SMS wird jedoch nicht in dem Nachrichteneingang des Mobiltelefons angezeigt. Durch eine Vielzahl solcher Nachrichten kann ein Bewegungsmuster des Empfängers erstellt werden, indem die Ermittlungsbehörde die Informationen der Funkzellen bei dem jeweiligen Netzbetreiber abfragt. Von der Erstellung dieses Bewegungsmusters nimmt der Betroffene keine Kenntnis. Sofern der Handynutzer das Gerät selbst nicht benutzt, befindet es sich ohne eine solche Kontaktaufnahme im Stand-By-Modus. In diesem Zustand sendet es nur in unregelmäßigen Abständen eine Rückmeldung, wodurch lediglich eine großflächigere Standortlokalisierung möglich ist.

A wird vom KG u.a. unter Verwertung dieses Beweismittels nach den §§ 129a, 129b StGB zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren

Dezember 2018

„Stille SMS“-Fall

Technische Ermittlungsmaßnahmen / Überwachung der Telekommunikation / Standortdaten

§§ 100a, 100h, 100i, 161, 163 StPO

famos-Leitsätze:

1. Der Einsatz einer sog. „stillen SMS“ für Observationszwecke findet in § 100i Abs. 1 Nr. 2 seine Rechtsgrundlage.
2. Die Auslegung der „technischen Mittel“ in § 100i Abs. 1 Nr. 2 orientiert sich am technischen Fortschritt.

BGH, Beschluss vom 8.2.2018 – 3 StR 400/17; veröffentlicht in NSTZ 2018, 611.

und vier Monaten verurteilt, wogegen er Revision zum BGH einlegt. Er rügt u.a. das Fehlen einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für die „stille SMS“.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zwangsmaßnahmen greifen in die Grundrechte des Betroffenen ein und erfordern aufgrund des Gesetzesvorbehalts eine Ermächtigungsgrundlage. Liegt eine solche nicht vor, ist die Maßnahme rechtswidrig. Der Grundrechtseingriff ist besonders intensiv, wenn die Zwangsmaßnahme, wie hier, heimlich stattfindet. Ob die StPO für die „stille SMS“ eine Ermächtigungsgrundlage bereithält, ist umstritten, da sie nicht explizit gesetzlich geregelt ist. Die „stille SMS“ ist zwar in der Praxis schon seit Jahren eine gängige Ermittlungsmethode,

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

allerdings ist deren rechtliche Behandlung bisher kaum ein Thema in Rechtsprechung und Literatur gewesen.

Zunächst könnte § 100a StPO² als Eingriffsermächtigung in Betracht kommen.³ Dieser regelt die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation, was nach § 3 Nr. 22 und 23 TKG den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeder Art darstellt.⁴ Damit unterliegt die Telekommunikationsüberwachung dem Schutzbereich des Art. 10 GG, der nicht nur den Kommunikationsinhalt, sondern auch die näheren Umstände dieses Vorgangs umfasst,⁵ was auch die Standortdatenbestimmung miteinschließt.⁶ Kritisch wird daran aber gesehen, dass durch die „stille SMS“ nicht der Zugang zu bestehenden Daten geschaffen wird, sondern durch diese Maßnahme Daten überhaupt erst erzeugt werden.⁷ Folglich stelle ein solches Vorgehen eine aktive Maßnahme dar, § 100a decke allerdings nur die passive Überwachung von schon bestehenden Daten ab.⁸ Daneben wird vorgebracht, Kommunikation setze im Zusammenhang mit Art. 10 GG und § 100a die Beteiligung zweier Individuen voraus, weshalb im Stand-By-Modus schon gar keine Telekommunikation in diesem Sinne stattfinden könne.⁹

Teilweise wird vertreten, dass die Ermächtigungsgrundlage in § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 zu sehen ist.¹⁰ Dieser erlaubt den Einsatz

von „sonstigen technischen Mitteln“ außerhalb von Wohnungen zu Observationszwecken.¹¹ Zu den sonstigen für Observationszwecke bestimmten technischen Mitteln gehören beispielsweise Peilsender, Nachtsichtgeräte oder Bewegungsmelder.¹² Nach einer Ansicht stellt auch die „stille SMS“ ein solches technisches Mittel dar.¹³ Entscheidend sei hierfür jedoch, dass die Maßnahme außerhalb von Wohnungen stattfindet, da ansonsten Art. 13 GG berührt werde.¹⁴ Folglich ist nach dieser Auffassung eine Standortlokalisierung, wenn sich der Betroffene in der Wohnung aufhält, nicht mehr von § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 gedeckt, sondern immer nur dann, wenn die Überwachung außerhalb der Wohnung stattfindet.

Das BVerfG¹⁵ legt Art. 13 GG in seiner Entscheidung über die „Online-Durchsuchung“ anders aus. Ein Eingriff in den Schutz der Wohnung liege nicht vor, wenn die Maßnahme unabhängig vom Standort möglich sei. Art. 13 GG biete keinen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz. Übertragen auf die „stille SMS“ würde dies nach Auffassung des BVerfG wohl bedeuten, dass Art. 13 GG auch dann nicht berührt ist, wenn der Standort aufgrund der „stillen SMS“ innerhalb der Wohnung ermittelt wird, da auch diese Maßnahme unabhängig vom Standort des Betroffenen möglich ist. Damit wäre § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 zumindest nicht per se ausgeschlossen.

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO.

³ So BayLT-Drs. 16/11003, S. 1; *Bär*, in v. Heintschel-Heinegg/Bockemühl, StPO, § 100g Rn. 70.

⁴ *Günther*, in MüKo, StPO, § 100a Rn. 1; *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, § 100a Rn. 6.

⁵ BVerfGE 125, 260, 309 f.

⁶ *Eisenberg/Singelstein*, NStZ 2005, 62, 63.

⁷ *Eisenberg/Singelstein*, NStZ 2005, 62, 63.

⁸ *Eisenberg/Singelstein*, NStZ 2005, 62, 63; *Hauck*, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2014, § 100a Rn. 70, § 100i Rn. 19.

⁹ *Wolter/Greco*, in SK, StPO, 5. Aufl. 2016, § 100a Rn. 21.

¹⁰ *Eschelbach*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, 3. Aufl. 2018, § 100h Rn. 6; *Graf*, in BeckOK, StPO, Stand: 15.10.2018, § 100a Rn. 232 f.

¹¹ *Hauck*, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 100h Rn. 1.

¹² *Günther*, in MüKo, (Fn. 4), § 100h Rn. 6.

¹³ *Hegmann*, in BeckOK (Fn. 10), § 100h Rn. 7.

¹⁴ *Eschelbach*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 10), § 100h Rn. 10; *Hegmann*, in BeckOK (Fn. 10), § 100h Rn. 2.

¹⁵ BVerfGE 120, 274, 309 f.

Weiterhin könnte § 100i Abs. 2 als Grundlage einschlägig sein. Dieser gestattet den Behörden den Einsatz technischer Mittel zur Ermittlung des Standortes eines Mobiltelefons.

Dieser soll laut einer Ansicht aber schon gar nicht zur Anwendung kommen, da die Norm nur den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG umfasse.¹⁶ Das Fernmeldegeheimnis schütze das Vertrauen darauf, dass in einem bestehenden Kommunikationsprozess kein Zugriff von staatlicher Seite genommen wird. Grundsätzlich seien auch Standortdaten von Art. 10 GG umfasst, da dieser nicht nur die Telekommunikation an sich schütze, sondern auch deren nähere Umstände. Die „stille SMS“ falle jedoch nicht in den Schutzbereich des Art. 10 GG, da dieser nicht vor aufgedrängten Kommunikationsprozessen schütze, sondern nur Schutz hinsichtlich des Inhalts und der näheren Umstände gewollter Kommunikation biete.

Vom BVerfG¹⁷ wurde die Anwendbarkeit der Norm allerdings nicht auf Art. 10 GG beschränkt, sondern auch auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ausgedehnt, womit § 100i ebenfalls nicht generell für die „stille SMS“ ausgeschlossen wäre. Zwar scheint der Wortlaut den Einsatz der „stillen SMS“ auch zu umfassen, jedoch wurde die Norm speziell für den Einsatz von sog. „IMSI-Catchern“ geschaffen.¹⁸ Dies sind Messgeräte, die die Teilnehmeridentifikationsnummer („IMSI“¹⁹), sowie die Gerätenummer des Mobiltelefons („IMEI“²⁰) auslesen und damit den Standort

des Mobilgeräts ermitteln.²¹ Aus diesem Grund ist strittig, ob die Norm für die „stille SMS“ Anwendung findet oder ob sie für die „IMSI-Catcher“ abschließend gilt.

Ein Großteil der Lehre lehnt die Anwendbarkeit ab.²² Zunächst stoße der Wortlaut auf Bedenken, da nach Abs. 1 der Standort „durch“ das technische Mittel ermittelt werden müsse und somit nur unmittelbare Abfragen erfasst werden. Für die „stille SMS“ ist allerdings der Zwischenschritt der Datenabfrage erforderlich, was als Hindernis für eine Anwendung der Norm gesehen wird.²³ Außerdem sei § 100i nur für die „IMSI-Catcher“ geschaffen worden und könne nicht auf die „stille SMS“ ausgeweitet werden, da dies einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz darstelle.²⁴ Dem wird wiederum entgegengehalten, dass der Gesetzgeber nicht den Begriff „IMSI-Catcher“, sondern „technisches Mittel“ verwendet hat, um den Anwendungsbereich der Norm neuen technischen Fortschritten anzupassen.²⁵

Die überwiegende Praxis wendet § 100a i.V.m. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 als Ermächtigungsgrundlage an.²⁶ Dabei wird zwischen dem Aussenden der „stillen SMS“ nach den §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 und einer darauf beruhenden Erstellung des Bewegungsprofils nach § 100a unterschieden. Diese Trennung der beiden Handlungen sei gängige Praxis bei den Ermittlungsbehörden.²⁷ Ein solches Vorgehen bestätigte die Bundesregierung nach mehreren kleinen Anfragen.²⁸ Kritiker an dieser Methode bemängeln, dass die Generalklauseln der §§ 161, 163

¹⁶ Hauck, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 100i Rn. 19.

¹⁷ BVerfG NJW 2007, 351, 353.

¹⁸ BT-Drs. 14/9088, S. 7; BT-Drs. 16/5846, S. 56; Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 63.

¹⁹ International Mobile Subscriber Identity.

²⁰ International Mobile Equipment Identity.

²¹ Bruns, in KK, StPO, 7. Aufl. 2013, § 100i Rn. 2.

²² Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 63; Hauck, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 100i Rn. 19; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt

(Fn. 4), § 100i Rn. 4; Wolter/Greco (Fn. 9), § 100i Rn. 10.

²³ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 63.

²⁴ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 63.

²⁵ Röwer, in Radtke/Hohmann, StPO, § 100i Rn. 3.

²⁶ BT-Drs. 17/8544, S. 17; BT-Drs. 15/1448, S. 2; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 4), § 100a Rn. 6a.

²⁷ BT-Drs. 17/8544, S. 17.

²⁸ BT-Drs. 18/2695; BT-Drs. 17/8544; BT-Drs. 15/1448.

nur bei weniger grundrechtsintensiven Eingriffen einschlägig sein sollen, andernfalls bedürfe es einer Spezialermächtigung. Im Fall der „stillen SMS“ komme neben einem Eingriff in Art. 10 GG auch noch ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, insbesondere in seiner Ausprägung als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht.²⁹ Werden Daten geschaffen, überwacht und erhoben, die anzeigen, wann und wo sich der Betroffene aufgehalten hat, stelle dies einen grundrechtsintensiven Eingriff dar, der nicht mehr von den Generalklauseln gedeckt sei. Dabei sei der Grundrechtseingriff auch nicht erst in der Überwachungsmaßnahme zu sehen, sondern bereits im Aussenden der „stillen SMS“. In der Praxis hingen beide Maßnahmen fest zusammen und seien als einheitlicher Vorgang der Datenerhebung anzusehen, sodass eine Aufspaltung gekünstelt wirke.³⁰ Eine andere Betrachtung habe zur Folge, dass die Auffangklauseln der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 eine weiterreichende Ermächtigung schaffen würden, als dies nach den Spezialnormen der §§ 100a ff. möglich sei. Ein solches Vorgehen widerspreche allerdings der Systematik der StPO, „wonach es für spezielle Maßnahmen einer speziellen Rechtsgrundlage“ bedarf.³¹

Zuletzt kommen Teile der Literatur aufgrund oben genannter Gründe zu dem Entschluss, dass keine Ermächtigungsgrundlage für die „stille SMS“ existiere und ein solches Vorgehen somit rechtswidrig sei.³²

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung mit den verschiedenen Auffassungen auseinandergesetzt und sich für § 100i Abs. 1 Nr. 2 als Eingriffsermächtigung für die „stille SMS“ entschieden.

Die Heranziehung des **§ 100a i.V.m.** den Generalklauseln **§§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1** lehnt der BGH ab. Die Anwendbarkeit von § 100a schließt er aufgrund des Telekommunikationsbegriffs aus. Zwar zählten Standortdaten zu den näheren Umständen des Kommunikationsvorgangs, welche dem Schutz von Art. 10 GG unterfallen, jedoch setze dies einen menschlich veranlassten Informationsaustausch voraus. Ein Rückschluss auf menschliche Kommunikationsbeziehungen fehle jedoch, da beim Versand einer „stillen SMS“ nur ein Datenaustausch zwischen technischen Geräten stattfinde. Dieser liege hier nicht vor und erlaube somit keinen Rückschluss auf Kommunikationsinhalt und -beziehungen. § 100a erlaube nur ein passives Vorgehen, bei der „stillen SMS“ würden jedoch aktiv Daten erzeugt, weshalb es einer eigenständigen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Eine solche könne auch nicht in den Ermittlungsgeneralklauseln gesehen werden, da die Erstellung eines Bewegungsprofils erheblich in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreife.

§ 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 kommt aus Sicht des BGH zunächst als Ermächtigungsgrundlage in Betracht. Die „stille SMS“ könne ein „sonstiges technisches Mittel“ in diesem Sinne sein. Das Merkmal „außerhalb“ der Wohnung stehe einer Anwendung nicht entgegen, da es im Fall der stillen SMS nicht in den Schutzbereich des Art. 13 GG falle. § 100h scheidet nach Ansicht des BGH jedoch trotzdem aus, da § 100i Abs. 1 Nr. 2 *lex specialis* zu § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 sei.

In **§ 100i Abs. 1 Nr. 2** sieht der BGH hingegen eine taugliche Eingriffsbefugnis für die „stille SMS“. Zwar sei die Norm aufgrund der „IMSI-Catcher“ geschaffen worden, jedoch sei durch den Begriff „technisches Mittel“ der Anwendungsbereich für den technischen Fortschritt offengehalten worden. Eine solche

²⁹ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 64.

³⁰ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 65.

³¹ Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 65.

³² Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, 62, 67; Singelstein, NStZ 2014, 305, 308; Rückert, NStZ 2018, 611, 614.

Auslegung widerspreche auch nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz, da der konkrete Zweck des technischen Mittels zur Standortbestimmung hinreichend bestimmt sei. Somit sei der Einsatz der „stillen SMS“ von § 100i Abs. 1 S. 1 Nr. 2 gedeckt und damit nicht rechtswidrig. Dies bestätige auch eine historische Betrachtung der Norm. Die früher noch vorhandene Einschränkung, dass die Norm nur zu Festnahmezwecken griff, wurde 2007 gestrichen und stattdessen die Standortermittlung zu Observationszwecken eingeführt. Da auch die „stille SMS“ zu Observationszwecken eingesetzt werde, spreche der Wille des Gesetzgebers für die Zulässigkeit der Subsumtion der „stillen SMS“ unter diese Norm. § 100i diene allerdings nur als Eingriffsgrundlage, während § 100g zusätzlich herangezogen werden müsse, wenn man die dadurch gewonnenen Daten erhebt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die „stille SMS“ ist für die Ermittlungsbehörden schon seit Jahren eine gängige Methode, weshalb sie auch Gegenstand kleiner Anfragen beim Bundestag und diverser Landtage war.³³ Neben dem Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), dem Bundeskriminalamt (BKA) und der Bundespolizei (BPOL) wenden auch der Militärische Abschirmdienst (MAD) und der Zoll sowie die Behörden auf Landesebene die „stille SMS“ als Ermittlungsmethode an.³⁴ Zur Verdeutlichung der Praxisrelevanz folgende Statistik über die Anzahl gesendeter „stiller SMS“:

Zeitraum	BfV	BKA	BPOL
1. HJ 2018 ³⁵	103.224	30.988	38.990
1. HJ 2017 ³⁶	130.887	23.646	40.077

³³ BT-Drs. 18/2695; BT-Drs. 17/8544; BT-Drs. 15/1448; BayLT-Drs. 16/11003.

³⁴ BT-Drs. 18/13205, S. 5.

³⁵ BT-Drs. 19/3678, S. 9.

³⁶ BT-Drs. 18/13205, S. 6.

³⁷ BT-Drs. 18/2257, S. 9.

1. HJ 2014 ³⁷	52.978	34.656	68.832
--------------------------	--------	--------	--------

Zu beachten ist, dass die betroffene Personenanzahl deutlich geringer ausfällt, da an eine Person meistens eine große Zahl an „stillen SMS“ geschickt wird.

Die „stille SMS“ ist im Vergleich zum „IMSI-Catcher“ die oftmals einfachere Technik, weshalb diese für die Strafverfolgungsbehörden besonders attraktiv ist.³⁸ So wurden im Jahre 2014 vom BKA 24 Personen durch den „IMSI-Catcher“ geortet, während vom Einsatz „stiller SMS“ 122 Personen betroffen waren.³⁹ Der Vorteil einer „stillen SMS“ gegenüber den „IMSI-Catchern“ zeigt sich bei folgendem Fall: Der Beschuldigte verwendet sein Mobiltelefon nicht über den klassischen Kommunikationsweg mit der SIM-Karte, sondern nur mit wechselnden WLAN-Verbindungen, beispielsweise über WhatsApp.⁴⁰ Die Kommunikation über WLAN führt keine Rückmeldung des Mobilgeräts herbei, die eine Standortermittlung ermöglicht, weshalb ein „IMSI-Catcher“ alleine nutzlos ist. Ein Auslöser für eine solche Rückmeldung ist nur die „stille SMS“.

Die Entscheidung des BGH hat Rechtsklarheit im Hinblick auf eine umstrittene Frage gebracht. Er hat sich der Auffassung angeschlossen, dass § 100i die Rechtsgrundlage für die „stille SMS“ darstellt. Dieses Urteil dürfte insbesondere für die Praxis von größerer Bedeutung sein, da sich bundesweit verschiedene Behörden auf unterschiedliche Grundlagen für die „stille SMS“ stützten. Ermittlungsbehörden, die sich bisher bei der Maßnahme auf §§ 100a i.V.m. 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1⁴¹ oder § 100a⁴² alleine gestützt haben, müssen sich nun an den Voraussetzungen des § 100i Abs. 1 Nr. 2 orientieren.

³⁸ *Eschelbach*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 10), § 100i Rn. 7.

³⁹ BT-Drs. 18/2257, S. 3, 9.

⁴⁰ *Hiéramente*, jurisPR-StR 17/2018, Anm. 1 D.

⁴¹ BT-Drs. 17/8544, S. 17.

⁴² BayLT-Drs. 16/11003, S. 1.

Die „stille SMS“ dürfte den Studierenden zwar während des Studiums kaum begegnen, jedoch gehört sie den für die Ausbildung relevanten Zwangsmaßnahmen der StPO an. Bei der Prüfung der „stillen SMS“ kann man sich nunmehr bei der Frage der Ermächtigungsgrundlage am Urteil des BGH orientieren.

5. Kritik

Aufgrund jahrelanger Uneinigkeit bezüglich der Rechtsgrundlage der „stillen SMS“ ist es begrüßenswert, dass nun endlich eine höchst-richterliche Entscheidung hierzu gefällt wurde. Der BGH hat sich mit allen in Betracht kommenden Eingriffsgrundlagen auseinandergesetzt und seine Ausführungen meist plausibel erläutert.

Die Begründung weshalb § 100i lex specialis zu § 100h ist, fällt allerdings zu knapp aus. Dem Ergebnis ist jedoch zuzustimmen, da ansonsten § 100h einschlägig wäre. Diese Folge erscheint jedoch unbillig, da dieser sehr weit gefasst ist. So kennt der § 100h im Vergleich zu § 100a und § 100i keinen Richtervorbehalt, außerdem muss die Tat dort auch nicht „im Einzelfall“ schwerwiegen. Da durch die Maßnahme der „stillen SMS“ ein eindeutiges Bewegungsprofil erstellt werden kann, stellt sich diese als besonders grundrechtsintensiv dar und erfordert strengere Kriterien. Der BGH sieht in § 100i Abs. 1 Nr. 2 überzeugend die taugliche Rechtsgrundlage für die „stille SMS“. Lobenswert ist die Bezugnahme auf den historischen Kontext und den Telos der Norm. Bedauerlich ist hingegen, dass sich der BGH nicht mit dem Wortlautargument der Literatur, es fehle an der Unmittelbarkeit, weil der Standort nicht „durch“ die „stille SMS“ ermittelt werde, auseinandersetzt. An dieser Stelle hätte er Rechtsicherheit bezüglich des Anwendungsbereichs der Norm schaffen können.

Der Grundrechtseingriff durch die „stille SMS“ ist mangels des Vorliegens von menschlichen Kommunikationsbeziehungen nicht in Art. 10 GG zu sehen. Schlüssiger erscheint da-

her ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, da durch die „stille SMS“ ein umfassendes Bewegungsmuster des Empfängers erstellt werden kann.

Die Frage ist, wie sich das Urteil auf die Rechte des Betroffenen auswirkt. Da sich die Ermittlungspraxis bisher meist an den §§ 100a i.V.m. den Generalklauseln orientierte, müssen diese nun mit § 100i Abs. 1 Nr. 2 verglichen werden. Sowohl § 100i als auch § 100a erfordern einen Richtervorbehalt (§§ 100i Abs. 3 S. 1, 100e Abs. 1 S. 1) und das Vorliegen einer Katalogstraftat, die auch im Einzelfall schwer wiegen muss. Allerdings sieht die Telekommunikationsüberwachung nach § 100e Abs. 1 S. 5 eine Befristung auf drei Monate vor, während es bei § 100i Abs. 3 S. 2 sechs Monate sind. Unterschiede der beiden Normen ergeben sich insbesondere bei der Notwendigkeit der Sachverhaltsaufklärung. Während für ein Vorliegen des § 100a die Sachverhaltsaufklärung oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes ohne die Überwachung auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos sein müsste, genügt für § 100i, dass die Maßnahme für die Sachverhaltsaufklärung erforderlich ist. Damit besitzt § 100a die strengeren Voraussetzungen.

Das hat zur Folge, dass Ermittlungsbehörden die „stille SMS“ in Zukunft unter etwas geringeren Hürden anwenden können, als bisher. Die Rechtsprechung des BGH bewirkt damit eine rechtliche Schlechterstellung des Betroffenen gegenüber der bisherigen Praxis. Dies ist allerdings auch interessengerecht, da die Telekommunikationsüberwachung nach § 100a das Überwachen des gesamten Kommunikationsverkehrs gestattet und damit den intensiveren Grundrechtseingriff darstellt. Bei der „stillen SMS“ wird hingegen nur der Standort ermittelt, weshalb die Rechte des Betroffenen richtigerweise nicht im selben Umfang geschützt werden müssen, wie bei einer Maßnahme nach § 100a.

(Ronja Maihöfer/Laura Wingenfeld)