

Stille SMS – Ermächtigung basteln geht nicht

Anfang August herrschte Aufregung über das Ausmaß, in dem *Bundesverfassungsschutz* und *Bundeskriminalamt* Personen per stiller SMS orten. Dabei haben beide Behörden früher schon einmal zumindest genauso viele stille SMS verschickt wie im Jahr 2014. Bei einer Ortung per stiller SMS wird eine Nachricht verschickt, die nicht auf dem Handy-Display des Betroffenen erscheint. So können Standortdaten, auf die die Sicherheitsbehörden in einem zweiten Schritt zugreifen, erzeugt werden, ohne dass der Betroffene es erfährt. Aber wer sagt, dass die Sicherheitsbehörden das überhaupt dürfen? Das Gesetz jedenfalls nicht.

Deshalb ist es auch gar nicht verwunderlich, dass sich die Behörden nicht einig sind, auf welche Grundlage sie den Versand stiller SMS stützen wollen. Das *BKA* beruft sich auf die Telekommunikationsüberwachung, §§ 100a, b StPO bzw. § 201 BKAG. Ebenso das *Bundesministerium des Innern*, allerdings nur soweit es um den Verfassungsschutz geht (§§ 1, 3 G-10-Gesetz). Für die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden soll § 100g StPO (Erhebung von Verkehrsdaten) gelten. Zwar sind beide Maßnahmen an strenge Voraussetzungen geknüpft und stehen unter Richtervorbehalt, über die behördliche Erzeugung von Standortdaten findet man aber in keiner der Vorschriften etwas. Sie ermächtigen lediglich dazu, bereits entstandene und gespeicherte Standortdaten abzufragen. Der Versand einer stillen SMS ist aber bereits für sich genommen ein Grundrechtseingriff, der einer Ermächtigung bedarf, da er dazu führt, dass überhaupt Standortdaten erzeugt und gespeichert werden. Der Kritik, dass die bestehenden Gesetze lediglich zur Abfrage von Standortdaten ermächtigen, nicht aber zu deren Erzeugung, begegnet die Kommentarliteratur – und früher auch die Bundesregierung, vgl. etwa BT-Drucks. 15/877 und BT-Drucks. 15/1448 – mit einer Aufspaltung der Maßnahme: Für den Versand der stillen SMS soll die Generalklausel erhalten, §§ 161, 163 StPO. Die anschließende Abfrage der Standortdaten wird auf §§ 100a, b StPO gestützt.

Dass das nicht geht, hat der *BGH* bereits vor sieben Jahren festgestellt. Damals ging es um eine Online-Durchsuchung zur Strafverfolgung, für die der *Generalbundesanwalt* gestützt auf § 102 StPO i.V.m den besonderen Anforderungen (Katalogtat, Subsidiarität) des § 100a StPO bzw. § 100c StPO einen richterlichen Beschluss beantragt hatte. Die Sache landete schließlich beim 3. *Strafsenat*, der es für unzulässig hielt, einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technische Ermittlungsmaßnahme zu schaffen. Dies würde dem Gesetzesvorbehalt sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen widersprechen (BGHSt 51, 211 = StV 2007, 115). Daran sollten sich die Sicherheitsbehörden auch halten, wenn es um die Ortung per stiller SMS geht. Bisher hat sich der Gesetzgeber nun mal nicht dazu geäußert, ob stille SMS versandt werden können sollen und wenn ja, von wem und unter welchen Voraussetzungen. Die Kombination von Ermächtigungsgrundlagen macht es außerdem für den Bürger unvorhersehbar, was die Sicherheitsbehörden nun dürfen und was nicht. Selbst wenn es erstrebenswert ist, die Sicherheitsgesetze »technikneutral« zu halten und nicht auf jede technische Entwicklung mit einer Gesetzesänderung zu reagieren, dürfen die Gesetze dabei nicht so abstrakt geraten, dass Grundrechtseingriffe nicht mehr berechenbar sind.

Assessorin Dr. Claudia Kornmeier, Rechtsjournalistin, Köln