

Teil 1

Ausschussvorlage INA/16/59

eingegangene Stellungnahmen zu der

schriftlichen Anhörung zu dem

Gesetzentwurf

der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)

– Drucks. 16/5773 –

1.	Präsident des Bundeskriminalamtes, Jörg Ziercke	S. 1
2.	Neue Richtervereinigung, Landesverband Hessen	S. 2
3.	Präsident des Hessischen Landeskriminalamtes, Peter Raisch	S. 4
4.	Hessischer Datenschutzbeauftragter, Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch	S. 9
5.	Prof. Dr. Christoph Gusy, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft	S. 11
6.	Landespolizeipräsidium im Innenministerium Baden-Württemberg, Landespolizeipräsident Erwin Hetger	S. 16
7.	Humanistische Union, Bundesgeschäftsstelle Berlin, Dr. Fredrik Roggan	S. 29
8.	Prof. Dr. Dirk Heckmann, Universität Passau, Lehrstuhl für öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht	S. 42
9.	Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler	S. 66
10.	Deutscher Anwaltverein e. V., Landesverband Hessen	S. 70
11.	Stv. Landesbeauftragter für Datenschutz Schleswig-Holstein, Dr. Johann Bizer	S. 72



POSTANSCHRIFT Bundeskriminalamt · 65173 Wiesbaden

Jörg Ziercke

Präsident des BKA

HAUSANSCHRIFT Thaerstraße 11, 65193 Wiesbaden

TEL +49(0)611 55-12317

FAX +49(0)611 55-13515

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Innenausschusses
Herrn Klee
Schlossplatz 1 - 3
65183 Wiesbaden

27.10.06

DATUM *23*.10.06

Schriftliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) - Drucks. 16/5773 -

Ihr Schreiben vom 21.09.06

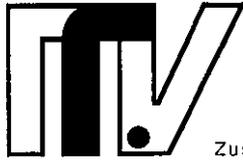
Sehr geehrter Herr Klee,
für Ihr Schreiben und die Einräumung der Gelegenheit, ein schriftliches Statement zur geplanten Änderung des HSOG abzugeben, bedanke ich mich.

Aus grundsätzlichen Erwägungen bitte ich jedoch um Verständnis, wenn ich mich für das Bundeskriminalamt zu Gesetzentwürfen, die ausschließlich den Zuständigkeitsbereich eines Landes betreffen (hier: polizeiliche Gefahrenabwehr) nicht äußern möchte. Dies ist vorliegend der Fall, die Aufgabenwahrnehmung des Bundeskriminalamtes ist durch die vorgesehene Änderung eines Landespolizeigesetzes nicht betroffen.

Ich wünsche Ihnen für den Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens viel Erfolg.

Mit freundlichen Grüßen


Jörg Ziercke



Neue Richtervereinigung

Zusammenschluss von Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten e.V.

Landesverband Hessen
Wiesbaden, den 6.11.2006

Hessischer Landtag
- Der Vorsitzende des Innenausschusses –
Schlossplatz 1 – 3
65183 Wiesbaden

EINGEGANGEN

09. Nov. 2006

09.11. K

Schriftliche Anhörung zu dem Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des HSOG – Drucks. 16/5773 – Schreiben vom 21.9.2006

Sehr geehrter Herr Klee,

grundsätzlich ist zu begrüßen, dass das HSOG an verfassungsrechtliche Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht aufgestellt hat, angepasst werden soll. Es bestehen aber Bedenken, ob der Gesetzesentwurf diesen Anforderungen genügt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99 – ausgeführt, dass zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung gehöre. Führe die akustische Wohnraumüberwachung gleichwohl zur Erhebung von Information aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, müsse sie abgebrochen werden und Aufzeichnungen müssten gelöscht werden; jede Verwertung solcher Informationen sei ausgeschlossen.

In der Gesetzesbegründung ist zwar ausgeführt, dass Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht verwertet und dass sie unverzüglich gelöscht werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen ist. Eine entsprechende Regelung enthält die Neufassung des § 15 Abs. 4 HSOG aber nicht. Vielmehr wird in der Gesetzesbegründung lediglich auf die gesetzliche Lösungsverpflichtung aus § 27 HSOG verwiesen. Diese sieht zunächst keine „Unverzüglichkeit“ vor, weiterhin kann nach § 27 Abs. 2 Satz 2 HSOG in bestimmten Fällen auf eine Löschung verzichtet werden. Zudem betrifft § 27 HSOG die Vernichtung von in der Regel rechtmäßig erlangter Daten, die nicht mehr benötigt werden. Das Gebot der unverzüglichen Löschung kernbereichsrelevanter Daten hätte daher in der novellierten Norm selbst zu erfolgen.

§ 15 Abs. 4 HSOG sieht eine Datenerhebung vor, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist. Das bedeutet, dass auch Gefahren hierunter subsumiert werden können, die lediglich zu einer leichten Körperverletzung oder einer unwesentlichen Freiheitsbeschränkung führen würden. Eine akustische Wohnraumüberwachung ist nach Art 13 Abs. 3 GG, aber nur zulässig, wenn der Verdacht besteht, dass eine besonders schwere Straftat begangen worden ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner oben zitierten Entscheidung zu dem Straftatenkatalog – des in diesem Verfahren angegriffenen § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO – ausgeführt, dass dieser dem verfassungsrechtlichen Erfordernis der Beschränkung der

Wohnraumüberwachung auf die Verfolgung besonders schwerer Straftaten nur teilweise gerecht werde. Weiter ist ausgeführt, dass der Gesetzgeber über einen Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des Unrechtsgehalts eines Delikts und bei der Entscheidung, welche Straftaten Anlass für die akustische Wohnraumüberwachung sein sollen, verfüge. Bezogen auf Art. 13 Abs. 3 GG müsse es sich abstrakt um eine besonders schwere Straftat handeln. Dafür gebe der Strafrahmen einen maßgebenden Anhaltspunkt. Von der besonderen Schwere einer Straftat im Sinne des Art. 13 Abs. 3 GG sei nur auszugehen, wenn sie der Gesetzgeber jedenfalls mit einer höheren Höchststrafe als fünf Jahre Freiheitsstrafe bewehrt habe. Dieser verfassungsgerichtlichen Vorgabe müsste ebenfalls Rechnung getragen werden.

In der vorgesehenen neuen Fassung des § 26 Abs. 1 HSOG wird die bisherige Eingriffsvoraussetzung „zur Verhütung von Straftaten erheblicher Bedeutung“ ersetzt durch die „Abwehr einer konkreten Gefahr“. Die Datenübermittlung bzw der Datenabgleich ist daher auch bereits dann möglich, wenn Gesundheits- und Freiheitsbeeinträchtigungen drohen, die lediglich eine Straftat von unerheblicher Bedeutung darstellen. Mit dieser Formulierung wird der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht Rechnung getragen, dass „eine konkrete Gefahr, etwa für die Vorbereitung oder Durchführung terroristischer Anschläge“ vorausgesetzt wird bzw die Rasterfahndung „zur Abwehr einer konkreten Gefahr für die genannten erheblichen Rechtsgüter erforderlich und auf andere Weise nicht möglich ist“. Zur Gesetzesklarheit ist es erforderlich, dass im Text klargestellt wird, dass die Abwehr einer konkreten Gefahr immer die Abwehr einer Straftat meint. Es sollte daher bei der ursprünglichen Formulierung verbleiben.

Mit freundlichen Grüßen



Sprecher des Landesverbandes:

Ferdinand Georgen (VG Wiesbaden), Konrad-Adenauer-Allee 15, 65183 Wiesbaden, Tel.: 0611/323-132, Fax: -111
Miriam Gruß (LG Marburg), Universitätsstraße 48, 35037 Marburg, Tel.: 06421/290-152,
Volker Kaiser-Klan (LG Frankfurt), Gerichtsstr. 2, 60313 Frankfurt, Tel: 069/1367-8128,
Renate Metzger-Carl (AG Bensheim), Wilhelmstraße 26, 64625 Bensheim, Tel.: 06251/1002-71;
Doris Möller-Scheu (StA Frankfurt), Konrad-Adenauer-Straße 20, 60313 Frankfurt, Tel.:069/1367-8450, Fax: -8931
Thomas Sagebiel (LG Darmstadt), Mathildenplatz 14, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/12-5867; Fax: -6198
Ute Simon (LG Marburg), Universitätsstraße 48, 35037 Marburg, Tel.: 06421/290-143
e-Mail (alle): Vorname.Nachname@nrv-net.de

Sekretariat:

Mira Nagel
Greifswalder Str. 4
10405 Berlin
Tel.: 030/420223-49
Fax: -50
sekretariat@nrv-net.de
www.nrv-net.de
Sparkasse zu Lübeck
BLZ 230 501 01
Konto-Nr. 9-912346



- 4 -

3

Abteilung 2

Verwaltung

HESSISCHES LANDESKRIMINALAMT • POSTFACH 3125 • 65021 WIESBADEN

Aktenzeichen (Bitte bei Antwort angeben)

- 21 -

Hessischer Landtag
- Vorsitzender des Innenausschusses -
Postfach 3240

65022 Wiesbaden

EINGEGANGEN

21. Nov. 2006

W. Klee

Bearbeiter: Herr Schmand
Durchwahl: 0611 / 83 - 2100
E-Mail: Martin.Schmand@
polizei.hessen.de
Telefax: 0611 / 83 - 2905

Datum *17.* November 2006

Entwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) - Drucks. 16/5773 -;

hier: Schriftliche Anhörung des Präsidenten des HLKA

Ihr Schreiben vom 21.09.2006

Sehr geehrter Herr Klee,

Bezug nehmend auf Ihr o.g. Schreiben nehme ich zu dem oben genannten Gesetzentwurf wie folgt Stellung:

1. zu Artikel 1 Nr. 1: Neufassung des § 15 Abs. 4 (Datenerhebung durch Observation und Einsatz technischer Mittel)

Der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion sieht vor, dass die Überwachungsmaßnahme sofort abzubrechen ist, sobald erkennbar wird, dass durch diese Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Zudem sollen die im Strafprozessrecht durch ein Zeugnisverweigerungsrecht besonders geschützten Berufsheimnisträger vom Anwendungsbereich der Vorschrift generell ausgenommen werden.

Gleitende Arbeitszeit: Bitte Besuche und Anrufe montags bis donnerstags möglichst zwischen 8.30-12.00 und 13.30-15.30 Uhr, freitags zwischen 8.30 Uhr und 12.00 Uhr oder nach Vereinbarung.

Hölderlinstraße 5 • D-65187 Wiesbaden • Telefon 0611/83-0 • Telefax 0611/83-2025 • E-Mail FuL@HLKA.de

Durch diese Regelung lassen sich die Abwehr der Gefahr und damit der Schutz des Opfers nicht ausreichend gewährleisten.

Es dürfte offensichtlich sein, dass sich im Rahmen einer laufenden Überwachung nicht jedes Gespräch oder jede Äußerung auf die abzuwehrende Gefahr beziehen wird. Würde nun die Überwachungsmaßnahme abgebrochen, weil Gegenstand des Gesprächs der Kernbereich privater Lebensgestaltung ist, entstünden erhebliche praktische Probleme bei der Umsetzung der Überwachungsmaßnahme. Die Überwachung müsste eingestellt werden, sobald durch sie Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Folge hiervon wäre, dass vollkommen unklar wäre, wann die Überwachung wieder fortgesetzt werden könnte. Stichprobenartig müsste sie wieder aufgenommen werden, um zu überprüfen ob Gegenstand des Gesprächs immer noch Bereiche des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sind oder ob die Überwachung zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder die Freiheit einer Person fortgesetzt werden kann. Es wäre dem Zufall überlassen, ob die Überwachungsmaßnahme der im Gesetz vorgesehenen Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person überhaupt dienen könnte. Denn wenn die Überwachungsmaßnahme zufälligerweise nicht gerade in dem Moment wieder aufgenommen wird, in dem sich das Gesprächsthema auf die abzuwehrende Gefahr bezieht, können entscheidende Informationen verloren gehen. Für die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr wäre die Überwachung dann aber ein kaum geeignetes Mittel.

Neben diesen bestehenden praktischen Schwierigkeiten stehen dem Gesetzentwurf aber auch rechtliche Gesichtspunkte entgegen.

Insbesondere die in der Begründung herangezogene Parallele zum Strafprozessrecht vermag nicht zu überzeugen, so dass auch eine Ausnahmeregelung für die Berufsgeheimnisträger nicht angezeigt ist. Das Rechtsgut des Störers, in das durch die Überwachungsmaßnahme eingegriffen wird, ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung, welcher sich aus Art. 1 GG ableitet.

Diesem steht im Gegensatz zum Strafprozessrecht hier aber nicht das öffentliche Interesse an der effektiven Verfolgung schwerer Straftaten, welches nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes hinter dem Kernbereich privater Lebensgestal-

tung zurückstehen müsste, sondern der Schutz höchster Individualrechtsgüter gegenüber.

Es hat daher eine Abwägung zwischen der Menschenwürde des Störers auf der einen und der des Opfers auf der anderen Seite zu erfolgen.

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung geht dabei ausschließlich zu Lasten des Opfers. Wie bereits oben ausgeführt, wird die Erlangung bedeutsamer Informationen allein dem Zufall überlassen und das Risiko des Verlustes bedeutsamer Informationen damit allein auf das Opfer abgeschoben.

Das Gesetz in der derzeitigen Fassung trägt dagegen der Bedeutung der gegeneinander abzuwägenden Rechtsgüter Rechnung. Die Regelung stellt sicher, dass die relevanten Informationen erlangt werden können und sorgt gleichzeitig dafür, dass Informationen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind, nicht verwertet werden dürfen und sofort zu löschen sind.

2. zu Artikel 1 Nr. 2: Neufassung des § 15a (Datenerhebung durch Telekommunikationsüberwachung)

In der Begründung bezieht sich der Gesetzentwurf auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005 (Az.: 1 BvR 668/04) zum niedersächsischen Polizeigesetz.

Grundsätzlich hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Urteil die bei der akustischen Wohnraumüberwachung im Strafverfahren aufgestellten Grundsätze zum Kernbereich privater Lebensgestaltung auf den Bereich der Telekommunikationsüberwachung übertragen.

Gleichzeitig will das Bundesverfassungsgericht jedoch eine Ausnahme für den Fall des besonders hohen Ranges eines gefährdeten Rechtsguts zulassen.

Insoweit gewinnt ein entscheidender Unterschied zwischen dem niedersächsischen und dem hessischen Polizeigesetz Bedeutung: Während das niedersächsische Polizeige-

setz die Telekommunikationsüberwachung umfassend zur Verhütung von Straftaten und sogar zur Vorsorge für die Strafverfolgung zugelassen hatte, lässt das hessische Polizeigesetz einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis ausschließlich dann zu, wenn dies zum Schutz höchster Individualgüter vor einer gegenwärtigen Gefahr unerlässlich ist. § 15a HSOG dient der Abwehr von gegenwärtigen Gefahren für Leib, Leben und Freiheit und damit dem Schutz höchster Individualrechtsgüter.

Auch den vom Bundesverfassungsgericht geforderten Vorkehrungen für den Fall, dass Daten, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, erlangt werden, trägt die derzeitige Fassung des HSOG bereits Rechnung.

In § 27 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 HSOG ist geregelt, dass Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen, selbst dann zu löschen sind, wenn sie im Rahmen einer verdeckten Datenerhebung angefallen sind und die betroffene Person hierüber noch nicht unterrichtet worden ist. Dieses Lösungsgebot umfasst jedenfalls auch ein Verwertungsverbot für die gespeicherten Daten.

Die hessische Regelung hält sich somit im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht zugelassenen Ausnahme.

3. zu Art. 1 Nr. 3: Änderung des § 26 (Besondere Formen des Datenabgleichs)

In seinem Beschluss vom 04. April 2006 (Az.: 1 BvR 518/02) hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass eine präventive Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nur vereinbar ist, wenn zumindest eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter besteht.

Diesen Anforderungen wird § 26 HSOG derzeit nicht gerecht.

Vor dem Hintergrund, dass die Befassung in den bundesweiten Gremien noch nicht vollständig abgeschlossen ist und momentan die Bestimmung des § 26 HSOG im Lichte der o.g. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verfassungskonform dahingehend auszulegen ist, dass eine Rasterfahndung nur dann in Betracht kommt, wenn der o.g. Gefahrengrad vorliegt, halte ich ein übereiltes Handeln für nicht geboten.

Der Gesetzentwurf ist daher nach alledem insgesamt abzulehnen.

Mit freundlichen Grüßen



(Raisch)
Präsident



- 8 - (4)

DER HESSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE

DER HESSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE
Postfach 31 63 · 65021 Wiesbaden

Herrn Vorsitzenden des Innenausschusses
Horst Klee
Hessischer Landtag
Schloßplatz 1-3

65183 Wiesbaden

Aktenzeichen 57.01.07-de/ge

*Bitte bei Antwort
angeben*

zuständig Frau Dembowski
Durchwahl 14 08 - 126

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht vom

Datum 22.11.2006/21.11.2006

Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) - Drucks. 16/5773 -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Gelegenheit, zu dem o. g. Gesetzentwurf zur Änderung des HSOG Stellung zu nehmen, bedanke ich mich.

Wie ich schon verschiedentlich erklärt habe, sehe ich ebenfalls einen Änderungsbedarf im HSOG aufgrund der durch das BVerfG formulierten Anforderungen an verdeckte Erhebungsbefugnisse.

1. Zu Ziff. 1 - § 15 Abs. 4

Die Einfügung der Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume erscheint mir im Sinne einer Klarstellung des Gewollten hilfreich.

Die jetzige Fassung des Gesetzes beruht auf der Anpassung an die Grundgesetzänderungen zur akustischen Wohnraumüberwachung. Lt. der damaligen Begründung wollte man, dass für die Überwachung mit technischen Mitteln dieser Räume kein minderer Schutz im Vergleich zu den Wohnungen gelte (Drucks. 14/4017, S. 7).

Gleitende Arbeitszeit: Bitte Besuche und Anrufe möglichst montags bis donnerstags
zwischen 8.30 - 12.00 Uhr und 13.30 - 15.30 Uhr, freitags zwischen 8.30 und 12.00 Uhr, oder nach Vereinbarung.

Nicht unterstützen kann ich allerdings die Forderung, die Berufsgeheimnisträger pauschal von dieser Regelung auszunehmen.

Mir ist nicht ersichtlich, warum im Anwendungsbereich des § 15 bei der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person zwischen Berufsgeheimnisträgern und allen übrigen Bürgern differenziert werden sollte.

Die Forderung, ggf. die Maßnahme abubrechen, wenn der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen wird, konkretisiert die Verhaltensmaßregeln für die betroffenen Beamten. Auch im präventiven Bereich sind kernbereichschützende Regelungen erforderlich. Maßnahmen, die zum Schutz von Leib, Leben oder Gesundheit einer Person getroffen werden und damit zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter, verdrängen nicht den Schutz aus Art. 2 GG der von der Maßnahme Betroffenen, zumal nicht auszuschließen ist, dass von solchen Maßnahmen auch Personen (mit)betroffen werden, die selbst für die drohende Gefahr nicht verantwortlich sind.

2. Zu Ziff. 2 - § 15a

Der Gesetzentwurf schlägt hier für den Einsatz der Telekommunikationsüberwachung die gleichen Ergänzungen wie für den Lauschangriff vor. Daher verweise ich auf meine Anmerkungen zu 1.

3. Zu Ziff. 3 § 26 Abs. 1

Der Gesetzentwurf nimmt die Formulierungen des BVerfG auf – ergänzt nur um besonders schwere Umweltschäden.

Nunmehr soll als Einsatzschwelle das Vorliegen einer konkreten Gefahr gelten. Damit ist klar, dass die Rasterfahndung nicht mehr als eine – vom Bundesverfassungsgericht für unzulässig erklärte – Vorfeldmaßnahme eingesetzt werden kann.

Mit freundlichen Grüßen

Professor Michael Ronellenfitsch

Universität Bielefeld · Postfach 10 01 31 · 33501 Bielefeld

Hessischer Landtag
Vorsitzende des Innenausschusses
Schlossplatz 1 – 3

65183 Wiesbaden

Raum: T 7-104
Telefon: (0521) 106-4397
Telefax: (0521) 106-8061

E-Mail: christoph.gusy@uni-bielefeld.de

Schriftliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) – Drucks. 16/5773 –

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

zu dem Gesetzentwurf nehme ich folgt Stellung:

I.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Polizeirecht hat sich in den letzten Jahren erheblich ausgeweitet und ausdifferenziert. Eine vergleichsweise große Anzahl neuer Entscheidungen bringt mit sich, dass die Gesetzgeber bestehende Regelungen an neue verfassungsrechtliche Erkenntnisse anpassen müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu keine verbindliche Frist gesetzt, doch hat es mehrfach deutlich gemacht, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben für die Legislativen in Bund und Ländern bindend sind. Es besteht demnach in mehreren Punkten Novellierungsbedarf. Dies gilt auch für das Land Hessen, wo der Gesetzesstand gegenwärtig noch nicht an sämtliche neuen Erkenntnisse angepasst sind.

Der vorliegende Gesetzentwurf nimmt sich einiger wichtigen Teilbereiche an, welche in der politischen und rechtswissenschaftlichen Öffentlichkeit in den letzten Jahren erhebliche Aufmerksamkeit erlangt haben. Dies gilt für den Komplex des Schutzes der engsten Privatsphäre (dazu II.) und dem Komplex der Rasterfahndung (dazu III.).

...

II.

Für die Zulässigkeit der Überwachung von Wohnräumen mit elektronischen und optischen Mitteln hat das Bundesverfassungsgericht differenzierte Anforderungen namentlich im sogenannten „Lauschangriffsurteil“ (BVerfGE 109, 279 ff.) festgestellt. Diese sind dort zwar ganz überwiegend für die repressive Wohnraumüberwachung zu Zwecken der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten entwickelt worden. Sie beanspruchen Geltung aber auch in sinnorientierter Weise im Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 4 GG für präventiv-polizeiliche Maßnahmen, für deren Regelung die Landesgesetzgeber zuständig sind. Dass diese Grundsätze auch von den Ländergesetzgebern zu beachten und umzusetzen sind, hat das Gericht mehrfach festgestellt (zunächst BVerfGE 110, 33; s.a. BVerfGE 113, 348 ff.). Die dabei anzuwendenden Grundsätze sind zwar im Detail noch nicht vollständig geklärt, in ihren Grundzügen aber mit großer Einhelligkeit erkennbar.¹

Dies betrifft zunächst den Schutz spezifischer Geheimnisphären in geschützten Räumen, welche über den Schutz der allgemeinen Privatsphäre hinaus gehen. Namentlich Erkenntnisse aus dem „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ sind danach absolut geschützt. Dies wird in dem vorgelegten Entwurf sowohl für § 15 als auch für § 15a HSOG nachgezeichnet. Doch fehlt jeglicher konkretisierender Ansatz hierzu, welcher den Behörden auch nur den Versuch einer näheren Umschreibung dieses Bereichs nahe legen könnte. Diese relative Unbestimmtheit des Gesetzes kontrastiert dem absoluten Schutz jener Sphäre; ein Schutz, welcher eine zumindest ansatzweise Umschreibung notwendig macht.

Rechtsfolge des Schutzes des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ soll nach BVerfGE 109, 279 ff. primär das Gebot zum Abbruch der Abhörmaßnahmen sein. Dies wird vielfach nur dann möglich sein, wenn die Abhörmaßnahme durch Polizisten in Personen vorgenommen wird (und nicht etwa technisch aufgezeichnet wird, um sie später durch Personen auswerten zu lassen). Die Pflicht zum Abbruch setzt demnach voraus, dass die Informationserhebung durch Beamte in Person erfolgt. Bei technischen Eingriffen erlangt das Verwertungsverbot zentrale Bedeutung. Dies ist in Nr. 1, 2 des Entwurfs zutreffend beschrieben. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mehrfach anklingen lassen, dass bei präventiv-polizeilichen Maßnahmen ein Verwertungsverbot regelmäßig ausreichend ist.

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass Informationen, welche durch besonders schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechtsphäre Betroffener gewonnen worden sind, im Kontext ihrer Speicherung einer besonderen Kennzeichnungspflicht unterliegen, um später die Prüfung der Zulässigkeit ihrer Verarbeitung zu ermöglichen. Dies muss auch etwa bei Wohnraumüberwachungsmaßnahmen und präventiver Telekommunikationsüberwachung geschehen.

Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis sind im Polizeirecht nur selten sinnvoll. Das gilt insbesondere für kurzfristig wirksame Maßnahme, namentlich beim Abhören von Telefonen bei Geiselnahmen oder sonsti-

¹ Dazu Peter Schaar (Hrsg.), Folgerungen aus dem Lauschangriffsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 4.3.2004, 2005.

...



gen Dauerdelikten. Im Übrigen ist das regelmäßig mittelfristig wirkende Instrumentarium kaum darauf angelegt, effektive und zeitnahe Gefahrenabwehr zu ermöglichen.² Dies entspricht denjenigen Grundsätzen, welche BVerfGE 113, 348 ff. ausgeführt haben. Hinsichtlich der sogenannten Berufsgeheimnisträger hat das Bundesverfassungsgericht keinen absoluten Schutz angenommen, wohl aber verlangt es eine Entscheidung des Gesetzgebers über das „Ob“ und gegebenenfalls über das „Wie“ ihres Schutzes. Der vorgelegte Entwurf schlägt eine solche Entscheidung vor, welche in Anlehnung an § 53 StPO getroffen werden soll. Dies ist wegen der damit angestrebten Vereinheitlichung von repressiv- und präventiv-polizeilichem Handeln zu begrüßen. Ein Anwendungsproblem wird allerdings die Formulierung des § 15a Abs. 4 S. 1 des Entwurfs bringen: Danach dürfen sich die Maßnahmen zwar nicht gegen die Berufsgeheimnisträger richten, wohl aber in deren Sphäre stattfinden, wenn sie sich gegen andere Personen richten. Hier ist es nicht selten eine bloße Etikettierungsfrage, wer der potenzielle Adressat von Ermittlungshandlungen ist. Soll etwa der Anwalt wegen des Verdachts bestimmter Gefahren beobachtet werden, so kann sich die Überwachung entweder „gegen ihn“ richten oder aber darauf gerichtet sein, ob gegebenenfalls weitere Personen beteiligt sind. Im ersteren Falle wäre sie nach dem Entwurf unzulässig, im zweiten hingegen nicht. Dies hängt letztlich damit zusammen, dass die Frage nach der Ermittlungsrichtung wesentlich eine solche interner polizeilicher Willensbildung ist, welche den Betroffenen oft weder vorher noch nachher bekannt wird. Die vom Gesetzgeber geforderte Entscheidung hat in diesem Kontext also zum Inhalt,

- ob der Schutz der Berufsgeheimnisträger ausschließlich gegen bestimmte Etikettierungen gewährleistet sein soll (und damit in vielen Fällen faktisch leer laufen würde) oder
- ob der Schutz der Berufsgeheimnisträger nicht wegen der Ermittlungsrichtung, sondern gerade wegen ihres besonderen Geheimnisschutzes gewährleistet sein soll: In diesen Fällen wären zumindest ergänzende Informationsverwertungsregelungen erforderlich. Diese könnten wiederum entsprechend § 15 Abs. 4 S. 1 des vorgelegten Entwurfs ausgestaltet sein, indem Informationen aus der Sphäre der Berufsgeheimnisträger für präventiv-polizeiliche Zwecke nur verwendet werden dürfen, wenn „dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist“.

III.

Die Zulässigkeit präventiv-polizeilicher Rasterfahndung ist durch BVerfG 1 BvR 518/02 wesentlich eingeschränkt worden. Zwar hat das Gericht diese nicht für gänzlich unzulässig erklärt, doch wurden die Zulässigkeitsbedingungen wesentlich eingeschränkt. Dies gilt namentlich für die Konkretheit und Gegenwärtigkeit polizeirechtlich zu bekämpfender Gefahren. Der hier vorliegende Entwurf versucht, die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts in einem „rasterfahndungsfreundlichem Sinne“ nachzuzeichnen. Dies führt einerseits die landesgesetzliche Lage näher an die verfassungsgerichtlichen Anforderungen heran, lässt andererseits aber wesentliche Fragen offen.

Fortan soll die Rasterfahndung nur zur Abwehr von Gefahren für hochrangige Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit zulässig sein. Nicht jede Gefahr reicht hierzu aus, doch ist der Grad der Gefahr schwer be-

² Näher hierzu Christoph Gusy, NdsVBl 2006, 565 ff.

...



schreibbar. Eine – im vorliegenden Entwurf vorausgesetzte – „konkrete Gefahr“ ist letztlich jede polizeirechtlich relevante Gefahr: Es ist das Risiko eines zukünftigen Schadens unabhängig von dem Zeitpunkt, zu welchem er sich realisieren kann. Der Begriff ist polizeirechtlich eingeführt, bezeichnet allerdings die unterste Konkretisierungsstufe von Gefahrlagen, welche das Polizeirecht kennt. Daran vermag auch der Begriff „konkret“ nichts zu ändern, welcher allein eine im Einzelfall bestehende Gefahr meint (und diese von allgemeinen Gefahrlagen für größere Zahlen von Rechtsgütern abgrenzen sollte). Damit wird die Terminologie der Befugnisnorm zwar an die allgemeinen polizeirechtlichen Erwägungen herangeführt, doch zugleich die Eingriffsschwelle stark abgesenkt. Zudem fehlt es an konkretisierenden Tatbestandsvoraussetzungen: Es wird ausschließlich der ultima-ratio-Gedanke herangezogen. Dieser allein reicht allein zur Konkretisierung von Tatbestandsvoraussetzungen für nennenswerte Grundrechtseingriffe nicht aus (BVerfGE 110, 33; 113, 348 ff.). Vielmehr müssen konkretisierende Tatbestandsmerkmale gerade dann angegeben werden, wenn die jeweilige Maßnahme schwerwiegend in Rechte Betroffener eingreifen kann. Dies ist zwar nicht bei jeder Datenübermittlung im Rahmen der Rasterfahndung zwingend der Fall, doch können die weitreichende Verwendungsmöglichkeiten erhobener Daten die Intensität des Grundrechtseingriffs erheblich anheben. Damit stellt sich die Frage nach der Konkretisierung der Voraussetzungen umso nachdrücklicher. Sie ist vom Bundesverfassungsgericht in seinem Rasterfahndungsbeschluss von 4.4.2006, 1 BvR 518/02, ausdrücklich angemahnt worden. Der im vorliegenden Entwurf eingeschlagene Weg führt demnach zwar zu einer Annäherung des hessischen Rechts an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, doch bleibt der entscheidende Schritt aus: Letztlich lassen sich die Voraussetzungen bis auf den ultima-ratio-Gedanken dem Gesetz nicht mehr entnehmen.

Damit bleiben aber die grundsätzlichen Fragen offen: In der Diskussion um den Rasterfahndungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts ist zu Recht die Frage angesprochen worden, ob die Rasterfahndung als präventiv-polizeiliches Instrument überhaupt (noch) sinnvoll ist. Ist eine Gefahr erst einmal hinreichend konkret, so sind Gefahrenabwehrmaßnahmen gefordert, nicht hingegen Gefahraufklärungsmaßnahmen, die wegen der Eigenart ihrer Durchführung notwendig mittel- bzw. langfristig angelegt sind. Sind hingegen derartige Informationserhebungs- und Rasterungsmaßnahmen möglich, wird die Gefahr regelmäßig noch nicht derart konkret sein, dass sie schon jetzt von der Polizei mit Verdachtsgewinnungs- bzw. Verdächtigengewinnungseingriffen aufgeklärt oder gar abgewehrt werden müsste. Die Eigenart der Maßnahme einerseits und ihrer rechtlichen Legitimation andererseits treten so in einen gewissen Widerspruch. Von daher wird die Sinnhaftigkeit präventiv-polizeilicher Rasterfahndungen zu Recht grundsätzlich bestritten (und ist auch vom Bundesverfassungsgericht keineswegs in einem bejahenden Sinne beantwortet worden).³ Ein weiterer grundsätzlicher Einwand gegen Rasterfahndung nach Polizeirecht speist sich aus der Tatsache, dass diese jedenfalls gegenwärtig allein landesweit durchgeführt werden können. Namentlich die – aus technischen Gründen nahe liegende – Mitwirkung des

³ Das gilt erst Recht, wenn Rasterungen nach dem Vorbild der Rasterfahndung vom September 2001 durchgeführt werden, wo die Anhaltspunkte überwiegend in legalem Verhalten lagen und damit einem Verhalten, welches in polizeilichen Dateien regelmäßig gerade nicht gespeichert ist. Da auch die sonstigen zu rasternden Merkmale keine größere Trennschärfe ermöglichten, blieb es dabei: Bei allen zu ermittelnden Personengruppen (Studierende, Männer zwischen 18-45 Jahren, Personen muslimischen Glaubens u.a.) nimmt das Legalverhalten ein weitaus breiteren Raum als illegales Verhalten ein. Damit war die Rasterung von vornherein derart breitbandig angelegt, dass verwertbare Ergebnisse nicht zu erwarten waren – und in der Folgezeit praktisch auch nicht erzielt worden.

...



Bundeskriminalamts kann nach Landesrecht aber nicht gesichert werden. Daher gilt: Landesweite Rasterfahndungen können auch nur landesweite Gefährderpotenziale erkennen. Dies ist jedenfalls dann schwer vermittelbar, wenn kaum erkennbar ist, ob die Gefahren aus einem oder einem anderen Bundesland stammen. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass Rasterfahndungen möglicherweise im Bereich der Strafverfolgung eine gewisse Berechtigung haben können, wenn hier auf begangene Einzeltaten hinzielende allgemeine Merkmale oder Begehungsweisen bekannt sind. Hier fanden sich in der Vergangenheit auch einzelne Erfolge. In diesem Zusammenhang sind namentlich die „kleinen Rasterfahndungen“ etwa nach sämtlichen Haltern des Pkws bestimmter Marken und Farben in einem Kreis, möglicherweise auch Personen mit bestimmten persönlichen Merkmalen in einer Gemeinde zu sehen, welche in der Vergangenheit in der Form von Reihentest bzw. Reihensuchen vorgenommen worden sind. Solche „kleinen Rasterfahndungen“ finden mit Aussicht auf Erfolg allerdings am ehesten im Rahmen repressiv-polizeilicher Maßnahmen statt und entziehen sich daher der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers.

Betrachtet man alle Argumente, so bleibt für eine wirksame präventiv-polizeiliche Rasterfahndung kein Raum: Entweder liegen die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor, oder aber sie sind derart abstrakt und weit gefasst, dass sie mit den grundgesetzlichen Vorgaben nicht in Übereinstimmung zu bringen sind. Von daher ist der vorgelegte Entwurf zu Nr. 3 ein meines Erachtens ambitionierter Versuch, Unmögliches zu leisten. Den Vorgaben des Grundgesetzes wie auch des Bundesverfassungsgerichts würde am ehesten Rechnung getragen, wenn die landesrechtlichen Ermächtigungen zur Rasterfahndung aus den Katalogen der Standardmaßnahmen vollständig gestrichen würden.

IV.

Insoweit fällt das Gesamturteil über den vorgelegten Gesetzentwurf notwendigerweise differenziert aus. Er ist in den Nummern 1, 2 ein notwendiger und begrüßenswerter Schritt in die richtige Richtung, welcher allerdings noch kleineren Nachjustierungsbedarf begründet. Hinsichtlich der Nr. 3 geht der Reformwille nicht weit genug und bleibt hinter den grundgesetzlichen Zielvorgaben meines Erachtens zurück.

Ob mit diesen Änderungen der gesamte Nachbesserungsbedarf des hessischen Landesrechts im Hinblick auf die jüngere Verfassungsrechtsprechung bereits ausreichend befriedigt wird, kann von hier aus nicht abschließend beurteilt werden. Damit bleibt als weiteres Fazit: Ob noch weitere Anpassungen des Landesrechts an die Vorgaben des Grundgesetzes in absehbarer Zeit notwendig sind, lässt sich von hier aus gegenwärtig nicht abschließend feststellen. Danach sieht es so aus, als sei der vorgelegte Entwurf ein Schritt in die richtige Richtung; ein Schritt, dem allerdings wohl noch weitere Schritte werden folgen müssen.

Bielefeld, den 21.11.2006

Prof. Dr. Christoph Gusy



Landespolizeipräsident
Erwin Hetger
Innenministerium
Baden-Württemberg

Stuttgart, 24.11.2006

28.11.06 JS

Stellungnahme
zu dem Gesetzentwurf der FDP-Fraktion für ein Zehntes Gesetz zur Änderung
des hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG),
Drucksache 16/5773

I. Zu Nr. 1 (Wohnraumüberwachung)

1. Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Der Gesetzentwurf sieht einen Ausbau der Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereiches privater Lebensgestaltung vor.

Die bisherige Regelung § 15 Abs. 4 HSOG beschränkt den Kernbereichsschutz darauf, für Erkenntnisse aus dem Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG ein Verwertungsverbot anzuordnen. Ein Erhebungsverbot sieht die bestehende Regelung nicht vor.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 3. März 2004 (BVerfGE 109, 279ff.) zur repressiven Wohnraumüberwachung eingeräumt, dass Gewissheit über die Zuordnung eines Sachverhalts zum Kernbereich regelmäßig erst mit der Erhebung der Information zu erlangen ist. Dennoch hat es gefordert, dass die Wohnraumüberwachung dort zu unterbleiben hat, wo das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen mit Wahrscheinlichkeit zu einer Kernbereichsverletzung führen wird. Dies sei vor Beginn einer Wohnraumüberwachung im Rahmen einer Prognose zu prüfen. Die Prognose sei auf entsprechende Anhaltspunkte, wie die Art der zu überwachenden Räume oder das Verhältnis der dort anwesenden Personen, zu stützen.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur repressiven Wohnraumüberwachung dürfte zwar nicht eins zu eins auf die präventive Wohnraumüberwachung zu übertragen sein. Wie der Vergleich zwischen Art. 13 Abs. 4 GG und Art. 13 Abs. 3 GG zeigt, hat der Ver-

fassungsgesetzgeber der Verhinderung von Straftaten erkennbar ein größeres Gewicht eingeräumt als dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse.

Das Bundesverfassungsgericht leitet den Kernbereichsschutz andererseits direkt aus Art. 1 Abs. 1 GG ab. An mehreren Stellen des Urteils wird der absolute Charakter der Menschenwürde und die besondere Bedeutung der Wohnung in diesem Zusammenhang betont. Zum Schutz der Wahrung der menschlichen Würde seien dem Staat relativierende Wertungen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verwehrt.

Diese Äußerungen sprechen eher dagegen, den Kernbereichsschutz im Bereich des Art. 13 GG unterschiedlich in Abhängigkeit vom jeweiligen Regelungsbereich - Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr - auszugestalten. Die bestehenden Vorkehrungen im bestehenden § 15 HSOG zum Schutz des Kernbereiches privater Lebensgestaltung sind mangels Regelung eines Erhebungsverbots daher mit verfassungsrechtlichen Risiken behaftet. Solche Risiken würden mit der in § 15 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzesentwurfs vorgesehenen Regelung minimiert. Die Vorschrift ordnet an, dass die Wohnraumüberwachung sofort abubrechen ist, wenn erkennbar wird, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Sie lehnt sich damit eng an die vom Bundesverfassungsgericht zur repressiven Wohnraumüberwachung formulierten Anforderungen an.

Auf der anderen Seite ist die Erstellung der Prognose zur Kernbereichsrelevanz bei der Durchführung der Wohnraumüberwachung für die polizeiliche Praxis mit erheblichen Problemen verbunden. Für eine entsprechende Prognose muss die konkrete Nutzung der Räumlichkeit, die Beziehung der sich dort aufhaltenden Personen zueinander, die Verantwortlichkeit für die abzuwehrende Gefahr und der Gefahrenbezug der Gespräche berücksichtigt werden. Dies führt zu einem ganz erheblichen Personal- und Zeitaufwand, insbesondere auch einem deutlich erhöhten Technikaufwand im Außenbereich eines Objekts, der kaum mehr durchgängig realisierbar ist.

Außerdem besteht die Gefahr der Offenlegung polizeitaktischer Vorgehensweisen durch Eingang der die Prognose tragenden Gründe in die Anordnungsbeschlüsse.

Aber auch die während der laufenden Überwachung nach Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts zu ergreifenden Maßnahmen stellen die Effektivität und Effizienz einer Wohnraumüberwachungsmaßnahme grundsätzlich in Frage. Tritt eine Situation ein, die zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zu rechnen ist, muss die Maßnahme nach der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts unverzüglich unterbrochen werden. Für die Praxis kaum lösbar ist, wie das Erkennen der jeweiligen Gesprächssituation und der richtige Zeitpunkt des jeweiligen Abschaltens und erneuten Zuschaltens mit ver-

treibbarem Personal- und Kostenaufwand sichergestellt werden kann. Bei fremdsprachigen Zielpersonen, wird zudem regelmäßig der Einsatz von simultan übersetzenden Dolmetschern notwendig sein.

Es muss ferner damit gerechnet werden, dass Zielpersonen, die eine Überwachung durch die Sicherheitsbehörden ins Kalkül ziehen, ihr Kommunikationsverhalten in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so zu gestalten versuchen, dass die Voraussetzungen für ein Erhebungsverbot vorliegen. Da eine durchgehende Aufzeichnung nicht gewährleistet ist, können für die Gefahrenabwehr entscheidende Informationen, die in solche (provozierte) Überwachungslücken fallen, verloren gehen.

2. Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse

Ausweislich der Begründung zu dem Gesetzentwurf sollen zukünftig auch die im Strafprozessrecht nach § 53 StPO besonders geschützten Berufsgruppen vom Anwendungsbereich der Vorschrift generell ausgenommen werden.

Die dort genannten Vertrauensverhältnisse, deren Funktionsfähigkeit durch Amts- und Berufsgeheimnisse gewahrt werden soll, sind aufgrund ihrer Bedeutung für die Ausübung der Grundfreiheiten wie auch für die Funktionsfähigkeit der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung verfassungsrechtlich geschützt:

- Das Verhältnis zwischen beratenden Berufen und ihren Mandanten (Rechtsanwälten, Notaren, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, Buchprüfern) und zwischen Heilberufen und ihren Patienten (Ärzten, Krankenschwestern, Hebammen, Heilpraktikern, Drogenberatern, Psychologen) durch Art. 12 GG.
- Das Redaktionsgeheimnis von Presse und Rundfunk durch Art. 5 GG.
- Das Beichtgeheimnis durch Art. 4 GG.
- Das Abgeordnetengeheimnis durch Art. 47 GG und vergleichbare Regelungen in den Landesverfassungen.

Eine vergleichbare Regelung zu der im Gesetzentwurf vorgesehenen Fassung des § 15 Abs. 4 HSOG trifft die Vorschrift zur Wohnraumüberwachung in der Strafprozessordnung. Nach § 100c Abs. 6 StPO ist in den Fällen des § 53 StPO eine Wohnraumüberwachungsmaßnahme unzulässig. Die Gesetzesbegründung zu § 100c Abs. 6 StPO (BT-Drs. 15/4533, S.15) enthält den knappen Hinweis, dass die Vorschrift den Interessen der durch Zeugnisverweigerungsrechte geschützten Personen Rechnung trägt. Hinsichtlich der ge-

nannten Berufsgeheimnisträger werde insoweit die bisherige Regelung des § 100d Abs. 3 Satz 1 StPO übernommen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint der in der Neuregelung vorgesehene Schutz der Berufsgeheimnisträger nicht zwingend. Auch dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (BVerfGE 109, 279ff.) kann ein so umfassendes Schutzerfordernis für Berufsgeheimnisträger jedenfalls nicht entnommen werden.

Ob mit einem Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu rechnen ist, hängt davon ab, ob tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, aus denen hierauf zumindest in typisierender Weise geschlossen werden kann.

Ein gewichtiger Anhaltspunkt für die Menschenwürderelevanz der Kommunikation mit anderen ist, wenn sich jemand ausschließlich mit Personen in seiner Privatwohnung aufhält, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis steht.

Zu solchen Personen rechnet das Bundesverfassungsgericht neben Familienangehörigen auch sonstige engste Vertraute. Zum Kreis der engsten Vertrauten können grundsätzlich auch Berufsgeheimnisträger nach § 53 StPO gehören. Das Bundesverfassungsgericht stellt aber ausdrücklich fest, dass sich der Kreis solcher Personen des besonderen Vertrauens nur teilweise mit den in § 53 StPO genannten Zeugnisverweigerungsberechtigten decke. § 53 StPO schütze zwar seinem Grundgedanken nach das Vertrauensverhältnis zwischen dem Zeugen und dem Beschuldigten. Jedoch erfolge auch dieser Schutz nicht in allen Fällen des § 53 StPO um der Menschenwürde des Beschuldigten oder der Gesprächspartner willen.

Dem Kernbereich lasse sich das seelsorgerische Gespräch mit einem Geistlichen, das Gespräch mit dem Strafverteidiger oder auch das Gespräch mit dem Arzt zuordnen. Die Zeugnisverweigerungsrechte der Presseangehörigen und der Parlamentsabgeordneten würden demgegenüber keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung aufweisen. Sie werden um der Funktionsfähigkeit der Institutionen willen und nicht wegen des Persönlichkeitsschutzes des Beschuldigten gewährt.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass einige Vertrauensverhältnisse der in § 53 StPO genannten Zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger bereits dem Kernbereichsschutz unterfallen.

Soweit darüber hinaus die Wohnraumüberwachung in besondere Vertrauensverhältnisse eingreift, genießen diese keinen absoluten Schutz. Eine Abwägung des Gesetzgebers mit gegenläufigen Verfassungsbelangen ist möglich (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, NJW 1999,3703).

Nach § 15 Abs. 4 HSOG dürfen Daten ohne Kenntnis der betroffenen Personen in oder aus Wohnungen nur erhoben werden, soweit dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist. Damit wird ein Eingriff nur im Falle einer qualifizierten Gefahr („gegenwärtig“) für höchstrangige Rechtsgüter (Leib, Leben oder Freiheit einer Person) und als ultima ratio („unerlässlich“) zugelassen.

Unter diesen Voraussetzungen begegnet auch die Datenerhebung aus besonders geschützten Vertrauensverhältnissen im Sinne des § 53 StPO, soweit sie nicht dem Kernbereichsschutz unterfallen, keinen Bedenken.

II. Zu Nr. 2 (Telekommunikationsüberwachung)

1. Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse

a) Nach § 15a Abs. 1 HSOG ist die präventive Telekommunikationsüberwachung zulässig, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist.

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass sich die präventive Telekommunikationsüberwachung generell nicht gegen die in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsgeheimnisträger richten darf.

Aus polizeilicher Sicht schränkt die vorgesehene Regelung die Effektivität der präventiven Telekommunikationsüberwachung erheblich ein.

b) Eine Telekommunikationsüberwachung wäre danach selbst dann unzulässig, wenn von einem Berufsgeheimnisträger selbst eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person ausginge und er damit im Sinne des Polizeirechts als Störer anzusehen ist.

Die vorgesehene Regelung würde damit auch in folgenden Fallgestaltungen eine Telekommunikationsüberwachung ausschließen:

- Überwachung des Anschlusses einer Zielperson, die Berufsheimnisträger ist und polizeirechtlich für die abzuwehrende Gefahr verantwortlich ist.
- Überwachung des Anschlusses einer Zielperson, die Störer ist. Es wird eine Kommunikation zwischen der Zielperson und einem Dritten, der Berufsheimnisträger und ebenfalls als Störer einzustufen ist, überwacht.

Eine besondere Schutzbedürftigkeit ist in diesen Fällen nicht ersichtlich. Allein die Zugehörigkeit zum Kreis der Berufsheimnisträger rechtfertigt keine Sonderstellung. Von Verfassungs wegen ist eine derart weitgehende Begrenzung der Überwachungsbefugnis nicht geboten. Im Gegenteil. Die vorgeschlagene Regelung könnte aufgrund der sachlich nicht gerechtfertigten Besserstellung von Berufsheimnisträgern selbst gegen Art. 3 GG verstoßen.

c) Die präventive Telekommunikationsüberwachung dürfte darüber hinaus nicht zur Überwachung des Anschlusses einer Person eingesetzt werden, die für eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person verantwortlich ist, sobald sie mit einem Berufsheimnisträger Kontakt aufnimmt, der selbst nicht für die abzuwehrende Gefahr verantwortlich ist. In dieser Konstellation steht der Berufsheimnisträger als Dritter der Gefahr, die abgewendet werden soll, zwar fern. Er ist im polizeirechtlichen Sinne Nichtstörer.

Kennzeichnend für den Eingriff der Telekommunikationsüberwachung ist aber, dass er regelmäßig nicht nur den für die Gefahr Verantwortlichen als Zielperson trifft. Denn die Erkenntnisse sollen gerade aus seiner Kommunikation mit anderen (die insoweit unvermeidbar betroffen sind) gewonnen werden.

Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zur Wohnraumüberwachung dargelegt, genießen die besonderen Vertrauensverhältnisse außerhalb des Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung keinen absoluten Schutz. Insoweit ist dem Gesetzgeber eine Abwägung mit gegenläufigen Verfassungsbelangen möglich. Dies gilt auch für den Bereich der Telekommunikationsüberwachung.

Welche verfassungsrechtlichen Grenzen dem Gesetzgeber unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in dieser Frage gesetzt sind, ist soweit ersichtlich, bislang noch nicht abschließend durch das Bundesverfassungsgericht geklärt.

Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen (DVBl 1996, 1423ff.) können mindestens gleichrangige Rechtsgüter, wie diejenigen, die durch die in § 53 StPO genannten Vertrauensverhältnisse von Verfassungs wegen geschützt werden, einen Eingriff in die genannten Vertrauensverhältnisse rechtfertigen.

Es kann im Hinblick auf den vorliegenden Gesetzentwurf offen bleiben, ob diese Wertung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen für den Gesetzgeber die äußerste noch verhältnismäßige Ausgestaltungsmöglichkeit für die Erhebung von Daten aus Vertrauensverhältnissen darstellt. Die höchstrangigen Rechtsgüter Leib, Leben und Freiheit einer Person, zu deren Schutz bei einer gegenwärtigen Gefahr die Telekommunikationsüberwachung nach dem HSOG zugelassen wird, sind jedenfalls als solche „mindestens gleichrangige Rechtsgüter“ anzusehen.

d) Schließlich dürfte die präventive Telekommunikationsüberwachung auch nicht zur Überwachung des Anschlusses eines Berufsgeheimnisträgers eingesetzt werden, der zwar selbst Nichtstörer ist, aber als Nachrichtenmittler für den Gefahrverantwortlichen agiert oder dessen Anschluss von der Person, die für eine gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person verantwortlich ist, mit oder ohne Wissen des Anschlussinhabers genutzt wird.

Auch in diesen Fällen erscheint die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gegenüber Berufsgeheimnisträgern gewahrt. Deren Anschluss darf insoweit - zusätzlich zu der ohnehin hohen Eingriffsschwelle „gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person“, nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen, unter den ein Nichtstörer herangezogen werden kann, überwacht werden. Dies stellt sicher, dass vorrangig der Anschluss des Störers zu überwachen ist. Nur für den Fall, dass anderenfalls die Telekommunikation des Störers nicht überwacht werden kann, darf die Telekommunikationsüberwachung am Anschluss des Berufsgeheimnisträgers erfolgen. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn die Zielperson den Anschluss des Berufsgeheimnisträgers nutzt, um die Überwachungsmaßnahmen der Polizei zu unterlaufen.

Die Vorschriften über die Inanspruchnahme des Nichtstörers schützen den Berufsgeheimnisträger darüber hinaus davor, dass in Daten aus anderen Vertrauensverhältnissen als dem gegenüber dem Störer eingegriffen wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein genereller Ausschluss der Telekommunikationsüberwachung zur Erhebung von Daten aus besonderen Vertrauensverhältnissen im Sinne des § 53 StPO aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht geboten ist.

Aus polizeilicher Sicht würde die vorgesehene Regelung die Effektivität der Telekommunikationsüberwachung erheblich einschränken. Die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe, Gefahren abzuwehren, wäre für die Polizei spürbar erschwert.

2. Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung

a) Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 27. Juli 2005 (1 BvR 668/04) festgestellt, dass die Ermächtigung zur Überwachung der Telekommunikation zwecks Vorsorge für die Verhütung und Verfolgung der in Bezug genommenen Straftaten im niedersächsischen SOG u.a. deshalb verfassungswidrig ist, weil es an hinreichenden Vorkehrungen dafür gefehlt habe, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben.

Ob eine personenbezogene Kommunikation diesem Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, in welcher Art und Intensität sie die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt. Nicht zu diesem Kernbereich gehören Kommunikationsinhalte, die in unmittelbarem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, wie etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten.

Auch bei der Datenerhebung zum Zwecke der Abwehr einer konkreten Gefahr kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei Aufzeichnung der Telekommunikation personenbezogene Daten betroffen sind, die sich auf den Kernbereich höchstpersönlicher Lebensgestaltung beziehen. Art. 10 Abs. 1 GG gewährleiste, so das Bundesverfassungsgericht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation und schütze damit zugleich die Würde des Menschen.

Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass die nach Art. 1 Abs. 1 GG stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung fordere.

Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, welche konkreten Anforderungen an die Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs zu stellen sind, bleiben allgemein und lassen Spielraum für Interpretationen.

Das Bundesverfassungsgericht überträgt die strengen Anforderungen an die Wohnraumüberwachung nicht eins zu eins auf die Telekommunikationsüberwachung. Es stellt fest, dass der Schutz im Bereich des Art. 10 GG anders ausgestaltet sei als der des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG. Aufgrund des besonders engen Bezugs dieses Grundrechts zur Menschenwürde gewähre Art. 13 GG einen absoluten Schutz des Verhaltens in den Wohnräumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstelle. Für sie benötige jeder Mensch ein räumliches Substrat, in dem er für sich sein und sich nach selbst gesetzten Maßstäben frei ent-

falten, also die Wohnung bei Bedarf als "letztes Refugium" zur Wahrung seiner Menschenwürde nutzen kann.

Die Bürger seien zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung. Dementsprechend normiere Art. 10 Abs. 1 GG anders als Art. 13 GG keine spezifischen Eingriffsvoraussetzungen, sondern verweise nur implizit auf die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen.

Von dieser Überlegung ausgehend, hat das Bundesverfassungsgericht folgende konkrete Anforderungen an die präventive Telekommunikationsüberwachung formuliert:

Bestünden im konkreten Fall tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung Inhalte erfasst, die zum Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung zählen, ist sie nicht zu rechtfertigen und muss unterbleiben.

Insoweit scheint das BVerfG, entgegen dem zunächst formulierten Ausgangspunkt, die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Wohnraumüberwachung unverändert auf die Telekommunikationsüberwachung zu übertragen.

Für den Bereich der Wohnraumüberwachung verlangt das Bundesverfassungsgericht eine Prognose, ob mit einem Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu rechnen ist. Dies hängt davon ab, ob tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, aus denen typischerweise hierauf geschlossen werden kann. In solchen Fällen muss ein Abhören des nicht öffentlich gesprochenen Wortes unterbleiben, es sei denn, dass die zu erwartenden Gespräche nach ihrem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu den Gefahren aufweisen, die es abzuwehren gilt.

Worin der Unterschied zur Wohnraumüberwachung besteht, erschließt sich erst aus den weiteren Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts. Da bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung oder bei ihrer Durchführung aber nicht sicher vorhersehbar sei, welchen Inhalt die Gespräche haben werden, sei das Risiko nicht auszuschließen, dass die Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst.

Damit geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass eine Prognose, wie sie bei einer Wohnraumüberwachung verlangt ist, bei der Telekommunikationsüberwachung grundsätzlich nicht möglich ist. Dies ist auch ohne weiteres einsichtig.

Die Wohnraumüberwachung ist an einen konkreten Ort, die zu überwachende Wohnung, gebunden. Zur Vorbereitung und Durchführung der Maßnahmen kann die Polizei nicht nur den Wohnungsinhaber ermitteln, sondern durch vorbereitende und die Wohnraumüberwachung begleitende Observationen feststellen, welche Personen sich konkret in der Wohnung zum Zeitpunkt des Abhörens aufhalten.

Vergleichbares ist im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung nicht möglich. Zwar lässt sich der Inhaber eines Telekommunikationsanschlusses feststellen. Dadurch kann aber keine sichere Feststellung dahingehend erfolgen, wer den Anschluss nutzen wird. Diese Aussage gilt bereits für Festnetzanschlüsse. Bei Mobilfunkanschlüssen, die nicht einmal eine örtliche Bindung aufweisen, ist eine entsprechende Prognose, von vornherein ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass für eine entsprechende Prognose die Kenntnis beider Kommunikationspartner erforderlich ist, d.h. die Kenntnis des Kommunikationspartners, der den überwachten Anschluss anruft oder der von dem überwachten Anschluss aus angerufen wird. Zwar könnte auch hier aufgrund der Telekommunikationskennung (Rufnummer, IMSI etc.) der Inhaber des Anschlusses des Kommunikationspartners ermittelt werden. Diese Information ist gerade im Mobilfunkbereich wenig aussagekräftig, da die Identität des Anschlussinhabers vom Telekommunikationsdienstleister bei Vertragsabschluss nicht geprüft werden muss. Aufgrund der räumlichen Trennung der Kommunikation ist eine Überprüfung, wer den Anschluss tatsächlich nutzt, nicht möglich. Aus der Ermittlungspraxis ist zudem bekannt, dass Zielpersonen häufig fremde Mobilfunkanschlüsse nutzen, die von Stroh Männern beschafft werden. Überwachte Personen nutzen gezielt eine Vielzahl von Mobilfunkkarten, die ständig gewechselt werden, um etwaige Überwachungsmaßnahmen zu erschweren oder zu unterlaufen.

Fälle, in denen eine solche Prognose sachgerecht abgegeben werden könnte, sind deshalb nicht ersichtlich.

Als Anwendungsfall für ein Erhebungsverbot, wie es vom Bundesverfassungsgericht als Ausgangspunkt formuliert wurde, verbleibt daher nur der Fall, in dem ausnahmsweise die Telekommunikation in Echtzeit überwacht wird. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Polizei von einem unmittelbar bevorstehenden Suizid erfährt und der Aufenthaltsort des Suizidenten nur durch eine Telekommunikationsüberwachungsmaßnahme erlangt werden kann.

Erkennen die abhörenden Beamten aufgrund des Inhalts des Gesprächs oder aufgrund der identifizierbaren Personen, dass die Kommunikation den Kernbereich privater Lebensgestaltung betrifft, muss das weitere Mithören und eine Aufzeichnung, wie bei der Wohnraumüberwachung, unterbleiben.

Die heutige Abhörpraxis (im repressiven Bereich) ist aber, dass nur rund 8 bis 10% aller TKÜ-Maßnahmen in Echtzeit abgehört werden. In den Übrigen Fällen wird die Telekommunikation zunächst automatisiert aufgezeichnet und erst zu einem späteren Zeitpunkt durch Sachbearbeiter ausgewertet.

Damit stellt sich für die Polizei das praktische Problem, ob die Telekommunikationsüberwachung aus Gründen des Kernbereichsschutzes nur dann verfassungsrechtlich zulässig ist, wenn sie in Echtzeit durchgeführt wird, so dass gewährleistet ist, dass das Abhören jederzeit sofort unterbrochen werden kann, wenn der Kernbereich tangiert wird oder ob ein ausreichender Kernbereichsschutz auch dadurch gewährleistet werden kann, dass die Telekommunikation zunächst erfasst wird und etwaige Kernbereichsverletzung erst im Rahmen der Auswertung festgestellt werden, dann aber ein absolutes Verwertungsverbot, flankiert durch eine unverzügliche Lösungsregelung, greift.

Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesverfassungsgericht zu dieser Frage nicht geäußert. Die Verwendung des Wortes „erfasst“ im Zusammenhang mit dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts darauf, dass nicht sicher vorhersehbar sei, welchen Inhalt die Gespräche haben werden und deshalb das Risiko nicht auszuschließen, dass die Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst, lässt aber darauf schließen, dass auch das Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass die überwachte Telekommunikation im Regelfall zunächst erfasst, d.h. abgehört und aufgezeichnet wird.

Vor diesem Hintergrund erscheint die in § 15a Abs. 4 Satz 2 vorgesehene Regelung, dass die Telekommunikationsüberwachung sofort abzubrechen ist, wenn erkennbar wird, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden, problematisch. Durch die Formulierung „abbrechen“ kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass im Regelfall ein laufender Vorgang unterbrochen werden soll. Zwar wird nicht explizit geregelt, was die Polizei unternehmen muss, damit die Verletzung des Kernbereichs erkennbar wird. Die Formulierung erweckt aber den Eindruck, es werde grundsätzlich ein Abhören in Echtzeit verlangt.

Die im HSOG geregelte Telekommunikationsüberwachung weist insoweit eine Besonderheit auf als sie nur unter der Voraussetzung einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person zulässig ist. Gegenwärtig ist eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses entweder bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Das Erfordernis einer qualifizierten Gefahr kann dazu führen, dass die Telekommunikation aus operativen Gründen in Echtzeit überwacht werden muss.

Aus dieser faktischen Auswirkung lässt sich aber nicht ableiten, dass die Telekommunikationsüberwachung aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich nur in Echtzeit durchgeführt werden darf.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass ein ausreichender Kernbereichsschutz im Bereich der Telekommunikationsüberwachung dadurch gewährleistet werden kann, dass die Aufzeichnungen erst im Rahmen der Auswertung auf Kernbereichsverletzung hin geprüft werden. Wird eine Kernbereichsverletzung festgestellt, unterliegen diese Aufzeichnungen einem Verwertungsverbot und müssen unverzüglich gelöscht werden. Eine vergleichbare Regelung enthält § 10c des Hamburger Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei.

b) Die Regelung in § 15a Abs. 4 Satz 3, wonach bereits erlangte Informationen, die dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzuordnen sind, einem Verwertungsverbot unterliegen, ist nicht zu beanstanden. Die Anforderung dürfte sich insoweit unstrittig aus den bereits zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergeben.

III. Zu Nr. 3 (Rasterfahndung)

1. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 4. April 2006 entschieden, dass eine präventivpolizeiliche Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nur dann vereinbar ist, wenn eine **konkrete Gefahr** für **hochrangige Rechtsgüter** wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines der Länder oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegeben ist.

Gegenstand der Prüfung war eine von der Landespolizei Nordrhein-Westfalen angeordnete Rasterfahndung nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 sowie die der Anordnung zu Grunde liegende Befugnisnorm (§ 31 Polizeigesetz NRW).

Landespolizeigesetze, die - wie § 26 HSOG - eine Rasterfahndung bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten zulassen, entsprechen diesen Vorgaben nicht mehr.

Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn in einem Einzelfall oder in einer bestimmten Mehrheit von Einzelfällen eine Sachlage vorliegt, die bei ungehindertem, nach Prognose der Polizei zu erwartendem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen wird.

In der Begründung zum Gesetzentwurf wird mit Recht ausgeführt, dass der Begriff der konkreten Gefahr ein im Polizeirecht seit langem verwendeter und eingeführter Begriff ist. Vor diesem Hintergrund könnte erwogen werden, auf die Worte „tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist“ zu verzichten. Tatsächliche Anhaltspunkte, die die Annahme rechtfertigen wird in der Regel zur Beschreibung der Eingriffsschwelle im Vorfeldbereich verwendet. Die Verwendung im Zusammenhang mit der Abwehr einer konkreten Gefahr ist unüblich und könnte daher beim Rechtsanwender zu Irritationen führen.

Eine „gegenwärtige“ Gefahr, also eine Gefahr bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses entweder bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht, ist von Verfassungs wegen nicht geboten. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 4. April 2006 ausdrücklich festgehalten. Mit einer derart hohen Eingriffsschwelle wäre auch der praktische Nutzen der Rasterfahndung künftig in Frage gestellt. In Anbetracht des erheblichen Aufwandes, der mit der Durchführung einer Rasterfahndung verbunden ist, kämen die Ergebnisse der Rasterfahndung in aller Regel zu spät, um die Gefahr noch wirksam abwehren zu können.

Als hochrangige Rechtsgüter hat das Bundesverfassungsgericht den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder Leib, Leben oder Freiheit einer Person gesehen. Dies sind die Rechtsgüter, die in dem zur Überprüfung stehenden § 31 PolG NRW genannt sind. Es könnte daher diskutiert werden, ob die Rasterfahndung auch zur Abwehr einer konkreten Gefahr für „gleichgewichtige Schäden für die Umwelt“ zulässig ist. Im Ergebnis ist dies zu bejahen. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit nur festgestellt, dass die Rasterfahndung dem Schutz hochrangiger Rechtsgüter, nicht etwa höchstrangiger Rechtsgüter dienen muss. Dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist weiterhin nicht zu entnehmen, dass diese Aufzählung abschließend ist. Es stehen daher keine verfassungsrechtlichen Gründe entgegen, die Rasterfahndung auch zum Schutz von Rechtsgütern zuzulassen, die ein vergleichbares Gewicht aufweisen.

Dem entspricht § 26 HSOG. Es wird nicht pauschal das Schutzgut „Umwelt“ genannt, sondern im Wortlaut kommt klar zum Ausdruck, dass es sich dabei um „gleichgewichtige Schäden für die Umwelt“ handeln muss.

Bundesvorstand:

Prof. Dr. Rosemarie Will, Vorsitzende
Dr. Christoph Bruch
Jochen Goerdeler
Franz-Josef Hanke
Nils Leopold, LL.M.
Dr. Fredrik Roggan, stelly. Vors.
Hartmuth H. Wrocklage

Geschäftsführung:

Sven Lüders

Bundesgeschäftsstelle:

Humanistische Union e.V.
Haus der Demokratie
und Menschenrechte
Greifswalder Straße 4
10405 Berlin

Tel.: 030 / 204 502 56

Fax: 030 / 204 502 57

info@humanistische-union.de

Entwurf für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des HSOG

- LT-Drucks. 16/5773 -

Beiratsmitglieder:

Prof. Edgar Baeger
Prof. Dr. Thea Bauriedl
Prof. Dr. Volker Bialas
Prof. Dr. Lorenz Böllinger
Daniela Dahn
Dr. Dieter Deiseroth
Prof. Dr. Erhard Denninger
Prof. Cari-Heinz Evers
Prof. Dr. Monika Frommel
Prof. Dr. Hansjürgen Garstka
Prof. Dr. Wilfried Gottschalch
Prof. Dr. Gerald Grünwald
Dr. Klaus Hahnzog
Dr. Heinrich Hannover
Prof. Dr. Hartmut von Hentig
Heide Hering
Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch
Prof. Dr. Herbert Jäger
Prof. Dr. Walter Jens
Prof. Dr. Helmut Kentler
Elisabeth Kilali
Ulrich Krüger-Limberger
Prof. Dr. Erich Küchenhoff
Renate Künast, MdB
Prof. Dr. Martin Kutschka
Prof. Dr. Rüdiger Lautmann
S. Leutheusser-Schnarrenberger, MdB
Dr. Till Müller-Heidelberg
Prof. Dr. Heide Pfarr
Claudia Roth, MdB
Jürgen Roth
Prof. Dr. Fritz Sack
Georg Schlaga
Helga Schuchardt
Prof. Klaus Staack
Prof. Dr. Ilse Staff
Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller
Werner Vitt
Prof. Ulrich Vuitejus
Dr. Klaus Waterstradt
Heidemarie Wieczorek-Zeul, MdB
Rosi Wolf-Almanasreh
Prof. Dr. Karl-Georg Zinn

Übersicht:

- I. Neuregelung des Großen Lauschangriffs (§ 15 HSOG)
 - II. Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung (§ 15a HSOG)
 - III. Fehlen von kernbereichsschützenden Regelungen bei anderen „verletzungsgeneigten“ Datenerhebungsmethoden
 - IV. Neuregelung der Rasterfahndung
-

Zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) wird für die HUMANISTISCHE UNION wie folgt Stellung genommen:

I. Neuregelung des Großen Lauschangriffs

Die vorgeschlagene Neuregelung des polizeirechtlichen Großen Lauschangriffs (§ 15 Abs. 4 HSOG-E) ist terminologisch teilweise misslungen, wird dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 13 Abs. 4 GG nur bei verfassungskonformer Auslegung des Begriffs der Freiheit gerecht und ist mit der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* zum strafprozessualen Großen Lauschangriff nur insoweit vereinbar, als sie die (grundsätzliche) *Zulässigkeit* von Datenerhebungen bestimmt, nicht jedoch ihre (grundsätzliche) *Unzulässigkeit* in oder aus bestimmten Räumlichkeiten.

1. Zum Wohnungsbegriff

§ 15 Abs. 4 HSOG-E spricht von „Wohnungen sowie Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen“, in denen die verdeckten Datenerhebungen zulässig sein

sollen. Diese Formulierung impliziert eine charakterliche Unterscheidbarkeit der genannten Räumlichkeiten. Sie ist jedoch mit dem verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff nicht in Übereinstimmung zu bringen.

Das *Bundesverfassungsgericht* versteht den Begriff der Wohnung in ständiger Rechtsprechung sehr weit: Von ihm sollen nicht nur (Privat-)Wohnungen und deren Nebenräume, wie Keller, (Dach-)Böden und abgeschlossene Höfe erfasst sein¹, sondern auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume². Beim Zugrundelegen dieses Wohnungsbegriffs zeigt sich demnach, dass es sich bei den in § 15 Abs. 4 Satz 1 HSOG-E genannten Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen um einen Unterfall der Wohnung handelt, nicht um Räumlichkeiten eigener Art.

Die Aufzählung der zu überwachenden Räumlichkeiten wäre folglich nur dann mit dem überkommenen Wohnungsbegriff zu vereinbaren, wenn der Entwurf die Privat-Wohnung neben die anderweitigen Stätten nicht-öffentlichen Wirkens stellte.

2. Zum Schutzgut der persönlichen Freiheit

Wie die bisherige Regelung auch, will die Regelung des § 15 Abs. 4 HSOG-E einen Lauschangriff auch zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die Freiheit einer Person gestatten. Dies ist mit der Schrankenregelung des Art. 13 Abs. 4 GG nur dann vereinbar, wenn die Gefahr für die persönliche Freiheit gleichzeitig auch eine Leibes- oder Lebensgefahr darstellt.

Maßstab für Lauschangriffe zur Gefahrenabwehr ist Art. 13 Abs. 4 GG. Danach sind entsprechende Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nur bei einer dringenden, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr zulässig.

¹ Vgl. dazu nur *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Kommentar, 8. Aufl., München 2006, Art. 13, Rdnr. 2.

² BVerfGE 44, 353 (371); 76, 83 (88); 96, 44 (51); ausführlich dazu auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, München 2006, S. 214.

Dem Merkmal der *dringenden Gefahr* kommt neben einem besonderen Moment zeitlicher Nähe des Schadenseintritts auch eine Begrenzung auf den Schutz gewichtiger Rechtsgüter zu³. Das hat einerseits die Konsequenz, dass an die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit höchste Anforderungen zu stellen sind und andererseits, dass sich die abzuwehrende Störung ausschließlich auf höchstrangige Rechtsgüter, im Einzelfall einer Lebensgefahr entsprechend, beziehen muss. Daraus folgt, dass eine Gefahr für die Freiheit einer Person die heimliche Überwachung des in Wohnungen gesprochenen Worts nicht rechtfertigen kann, wenn die zu beseitigende Störung nicht dem Ausmaß einer in Art. 13 Abs. 4 GG exemplarisch genannten Gefahr entspricht. Insoweit bedarf es der einschränkenden Auslegung des Tatbestandes⁴.

Da die vorgesehene Regelung ohnehin nur bei verfassungskonformer Auslegung des Schutzguts der persönlichen Freiheit verfassungsgemäß ist, sollte auf seine Nennung im Tatbestand verzichtet werden.

3. Verfassungsgerichtliche Vorgaben zum Kernbereichsschutz

Das *Bundesverfassungsgericht* hat in seiner Entscheidung vom 3. März 2004 zum Großen Lauschangriff in der Strafprozessordnung (§ 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO a. F.) Grundsätze für heimliche Datenerhebungen statuiert, die nach nahezu unbestrittener Auffassung der polizeirechtswissenschaftlichen Literatur auch auf andere Rechtsmaterien – etwa das Polizeirecht – übertragbar sind⁵.

³ Vgl. statt vieler nur *Jarass* (o. Fn. 1), Art. 13 Rdnr. 21.

⁴ *Württemberg/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Heidelberg 2005, S. 291; ebenso *Roggan*, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 133.

⁵ *Baldus*, in: Schaar (Hrsg.), Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff, S. 19 ff.; *Denninger*, in: Roggan (Hrsg.), Lauschen im Rechtsstaat – Gedächtnisschrift für Hans Liskens, Berlin 2004, S. 21 ff.; *Gusy*, JuS 2004, 461; *ders.*, Polizeirecht, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 97; *Kötter*, DÖV 2005, 225; *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, Berlin 2006, 217 f.; *Kutscha*, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 60f.; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., München 2005, S. 277 f.; *Roggan*, in: Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, Berlin 2005, S. 57 ff.; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2005, S. 114 ff.; *Württemberg/Heckmann*,

a) § 15 Abs. 4 HSOG-E regelt die *Zulässigkeit* von Datenerhebungen (Satz 1), soweit nicht im Einzelfall eine Verpflichtung der Polizei zum Überwachungsabbruch besteht, weil Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst werden (Satz 2). Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist mit den differenzierten Vorgaben des *Bundesverfassungsgerichts* nur teilweise vereinbar:

Das *Bundesverfassungsgericht* bedient sich bei der Beschreibung der differenzierten Schutzbedürftigkeit unterschiedlicher Räumlichkeiten in methodischer Hinsicht einer typisierenden Betrachtung von Räumlichkeiten. Demnach gilt eine Vermutung der Zugehörigkeit zum Kernbereich privater Lebensgestaltung für solche Gespräche, die in Privatwohnungen geführt werden⁶. Das *Bundesverfassungsgericht* geht insoweit von einer typischerweise höchstpersönlichen – unantastbaren – Nutzung aus, was im Grundsatz ein Überwachungsverbot (=Datenerhebungsverbot) nach sich zieht⁷. Auch seelsorgerische Gespräche mit einem Geistlichen, bestimmte Kommunikationen mit Ärzten und auch das Gespräch mit dem Strafverteidiger stellen sich als unantastbar dar⁸. In Abgrenzung hierzu gilt die Vertraulichkeitsvermutung für Kommunikationen in Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen nicht, sie sind dem Sozialbereich zuzurechnen⁹.

Es lässt sich damit feststellen: Während für Kommunikationen in Privatwohnungen und mit bestimmten Berufsheimnisträger ein grundsätzliches Überwachungsverbot im Sinne eines „besonderen Privatsphärenschutzes“ (*Stern*)¹⁰ gilt, ist der Lauschangriff in anderen Räumlichkeiten jedenfalls grundsätzlich

Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Heidelberg 2005, S. 292 ff.; a. A. wohl nur Haas, NJW 2004, 3082 ff.

⁶ BVerfGE 109, 279 (320).

⁷ BVerfGE 109, 279 (319 f.); in diesem Sinne auch der *Hessische Datenschutzbeauftragte* im 34. Tätigkeitsbericht, S. 57.

⁸ BVerfGE 109, 279 (322 f.).

⁹ BVerfGE 109, 279 (320); vgl. auch *Denninger*, in: Roggan (Hrsg.), Lauschen im Rechtsstaat – Gedächtnisschrift für Hans Liskén, Berlin 2004, S. 15.

¹⁰ *Stern* (o. Fn. 2), S. 212 ff.

zulässig¹¹. Etwas anders gilt nur dann, wenn im Rahmen von Überwachungen (unerwartet) Situationen eintreten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind. In solchen Fällen gilt das Gebot unverzüglichen Überwachungsabbruchs¹².

b) Diesen Ausführungen kann nicht entgegengehalten werden, dass im Bereich der Gefahrenabwehr Privatwohnungen nicht in gleicher Weise zu schützen sind, wie das im Bereich der Strafverfolgung der Fall ist. Denn auch angelegentlich der Abwehr von gegenwärtigen Gefahren für Leib und Leben sind Konstellationen vorstellbar, in denen Privatwohnungen ihren spezifischen Schutz nicht verlieren: Zu denken ist dabei insbesondere an Gefahrenlagen, bei denen das bedrohte Rechtsgut und der dieses gefährdende Störer (jedenfalls zeitweise) räumlich getrennt sind. Die Privatwohnung eines Entführers etwa büßt ihre grundsätzliche Untastbarkeit nicht schon deswegen ein, weil sich nicht nur der Entführer zeitweise in ihr aufhält, sondern auch Personen seines höchstpersönlichen Vertrauens, die ihrerseits in keinerlei Beziehung zu der abzuwehrenden Gefahr stehen, sich mithin als „dolose“ Kontaktpersonen darstellen¹³.

c) An den unter a) genannten Vorgaben gemessen stellt sich der Regelungsvorschlag in § 15 Abs. 4 Satz 1 HSOG-E als verfassungsgemäß dar, soweit Gespräche mit Berufgeheimnisträgern nach § 53 StPO von vornherein von einer Überwachung ausgenommen werden. Die entsprechenden Vertrauensverhältnisse werden von einem Datenerhebungsverbot geschützt.

Unvollkommen ist hingegen der Schutz von Privatwohnungen als Stätte höchstpersönlicher Entfaltung. Der Schutz der in solchen Räumen geführten Gespräche wird lediglich durch ein Überwachungsabbruchgebot gewährleistet, wenn erkennbar wird, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse aus dem Kern-

¹¹ BVerfGE 109, 279 (323).

¹² BVerfGE 109, 279 (324).

¹³ Ausführlich hierzu *Kutscha/Roggan*, in: Roggan (Hrsg.), *Lauschen im Rechtsstaat – Gedächtnisschrift für Hans Liskén*, Berlin 2004, S. 32 ff.

bereich privater Lebensgestaltung erlangt werden (§ 15 Abs. 4 Satz 2 HSOG-E). Mit dem *gesetzlich ausdrücklich vorzusehenden Schutz* von Privatwohnungen ist diese Beschränkung einer Ermächtigung, die heimliche Datenerhebungen im Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 GG gestattet, nicht zu vereinbaren. Erforderlich ist hinsichtlich privat genutzter Räume vielmehr ein grundsätzliches Datenerhebungsverbot, das nur unter gesetzlich zu definierenden Umständen entfallen kann. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn die Polizei durch einschlägige Vorermittlungen mit Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass gefahrenabwehrrelevante Kommunikationen erfasst werden¹⁴.

d) Die Regelung verzichtet auf Lösungsverpflichtungen für Daten, die unter Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erlangt wurden. Dies bedarf keiner weiteren Erörterung, weil die vorgeschlagene Regelung in Satz 1 keine Befugnis zur *Datenspeicherung* enthält. Erlaubt wird lediglich eine *Datenerhebung*, die der einschlägigen datenschutzrechtlichen Definition zufolge einem Beschaffen von (personenbezogenen) Daten entspricht, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Hessisches Datenschutzgesetz (HDSG). Begriffsnotwendige Voraussetzung für eine Lösungsverpflichtung ist dagegen die vorherige *Datenspeicherung*, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 5 HDSG. Aus diesem Grunde geht auch der Hinweis der Entwurfsbegründung ins Leere, wonach sich eine gesetzliche Lösungsverpflichtung bereits aus § 27 HSOG ergebe¹⁵.

Da die Regelung des § 15 Abs. 4 HSOG demnach lediglich die Überwachung von Raumgesprächen gestattet, nicht jedoch gleichzeitig auch ihre Aufnahme auf Datenträgern zur weiteren Verarbeitung (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 HDSG), stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Beschränkung sachgerecht ist. Denn die durch die Maßnahme erlangten Informationen stehen für weitere Verwendungen nur insoweit zur Verfügung, als die die Überwachung durchführenden Polizeibeamten Kenntnis von den abgehörten Gesprächsinhalten haben. Ein erneutes Auswerten von aufgezeichneten Kommunikationen ist ausgeschlossen.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 109, 279 (323).

¹⁵ LT-Drucks. 16/5773, S. 3, letzter Absatz.

Damit stehen die erlangten Informationen für die weitere gefahrenabwehrende Tätigkeit der Polizei nur eingeschränkt zur Verfügung.

Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist die besprochene Beschränkung, wie sie aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt, freilich nicht.

II. Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung (§ 15a HSOG)

Die vorgesehene Regelung des § 15a Abs. 4 HSOG-E bezweckt die Einführung von kernbereichsschützenden Regelungen im Bereich der Telekommunikationsüberwachung (TKÜ). Zutreffend wird festgestellt, dass eine entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers aus der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 27. Juli 2005 zum Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (NdsSOG) folgt¹⁶. Sie stellt sich allerdings insoweit als unvollkommen dar, als sie keine Überwachungsverbote für solche unantastbaren Vertrauensverhältnisse statuiert, die nicht von § 53 StPO erfasst werden.

a) Wie sich der obligatorische Kernbereichsschutz im Bereich der TKÜ nach Polizeirecht ausprägt, ist von der Rechtswissenschaft bislang nicht umfassend gewürdigt worden. Jedoch hat der *Verf.* in Bezug auf *strafverfolgende* TKÜ den Versuch einer Kategorisierung von unterschiedlich schutzbedürftigen Kommunikationsbeziehungen unternommen¹⁷, der auch an dieser Stelle vorgestellt werden soll:

„Aus dem Lauschangriff-Urteil in Verbindung mit der Abhör-Entscheidung zum NdsSOG lassen sich folgende Kautelen für eine verfassungsgemäße Durchführung einer TKÜ herleiten: In den menschenwürdedefinierten Kernbereich von Art. 10 Abs. 1 GG darf nicht erst eingegriffen werden, um erst seine Nicht-Betroffenheit festzustellen. Dabei sind die Anforderungen umso strenger, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass durch die Abhörmaßnahmen Gespräche höchstpersönlichen Inhalts erfasst würden. Daher sind – je nach Kommunikationspartner eines Beschuldigten oder Nachrichtenmittlers – differenzierte Schutzmechanismen bei der Durch-

¹⁶ LT-Drucks. 16/5773, S. 3, Abs. 2.

¹⁷ Roggan, StV 2006, 9 ff. mit Nachweisen.

führung der Maßnahmen zu beachten. Es bietet sich insoweit eine (mindestens) dreifache Abstufung des – vorgelagerten – Schutzes von Telekommunikationen an:

In einer *ersten Kategorie*, also für Gespräche zwischen „Personen des höchstpersönlichen Vertrauens“, muss grundsätzlich ein Überwachungsverbot gelten. Bei großen Lauschangriffen verlangt das *Bundesverfassungsgericht* „geeignete Vorermittlungen“, die den Charakter der mutmaßlich betroffenen Kommunikationen betreffen. Es spricht nichts dagegen, diese Schutzvorkehrungen auch auf Telekommunikationsüberwachungen zu übertragen. Das wird im Regelfall bedeuten, dass die Polizei vor Beginn einer Maßnahme die Anschlussnummern der Vertrauenspersonen der in § 100a StPO genannten Betroffenen in Erfahrung zu bringen hat (Bestandsdaten-Erhebung). Zwar bedeutet dies stets eine Datenerhebung bei Dritten. Im Vergleich zur Gefahr der inhaltlichen Kenntnisnahme von vertraulichen Kontakten ist solcherlei Vorermittlung jedoch vorzuzugswürdig. Beim Zustandekommen entsprechender Verbindungen gilt die verfassungsgerichtliche Maßgabe, dass schon bei tatsächlichen Anhaltspunkten für die Annahme, dass eine TKÜ Inhalte erfasst, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, eine Überwachung nicht zu rechtfertigen ist und folglich zu unterbleiben hat. Gewiss nicht zufällig rekurriert das *Gericht* auf eine Wendung, die sich beispielsweise in § 152 Abs. 2 StPO findet. Es sollen der einschlägigen Umschreibung zufolge zwar keine bloßen Vermutungen für das Vorliegen eines Umstandes ausreichen, wohl aber die nach kriminalistischen Erfahrungen bestehende Möglichkeit. Von einem solchen Verdachtsgrad sagt das *Bundesverfassungsgericht* an anderer Stelle, dass diese Schwelle niedrig liegt. Für Verbindungen zwischen Vertrauenspersonen gilt folglich eine Vermutung der Zugehörigkeit der entsprechenden Kontakte zum Kernbereich privater Lebensgestaltung. Etwas anderes kann also überhaupt nur dann gelten, wenn die Polizei im Einzelfall über Hinweise darauf verfügt, dass Kommunikationen, die am absoluten Schutz des Kernbereichs des TK-Geheimnisses nicht teilhaben, voraussichtlich erfasst werden (können). Das dürfte namentlich dann gelten, wenn ein Straftatverdacht auch gegen die Vertrauensperson des Verdächtigen besteht. Für den auch dann nicht auszuschließenden Fall der Betroffenheit von höchstpersönlicher Kommunikation sind Abbruch- und Lösungsverpflichtungen anzudordnen. Die bloße Aufzeichnung der Kommunikationen und ihre zeitversetzte Auswertung kommen nicht in Betracht.

Auch in einer *zweiten Kategorie*, also bei der Überwachung von Telekommunikationen mit unterstelltem „Sozialbezug“, sind generell Vorkehrungen für den unerwarteten Fall der Betroffenheit des absolut geschützten Kernbereichs des Telekommunikationsgrundrechts zu treffen. Es handelt sich hier insbesondere um solche Kommunikationen, die dem persönlichen Nahbereich eines Verdächtigen nicht von vornherein zuzurechnen sind und insbesondere um solche Verbindungen, bei denen der Kommunikationspartner den mithörenden Ermittlungspersonen nicht bekannt ist. Zweifelsfrei wird es sich bei dieser Kategorie um die quantitativ größte Gruppe von überwachten Gesprächen handeln. Auch hier ist insbesondere an Abbruch- und ggf. Lösungsverpflichtungen zu denken. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis aus der ersten Kategorie ist hier jedoch umgekehrt: Eine (Live-)Überwachung incl. Aufzeichnung ist generell zulässig, es sei denn, dass sich im Einzelfall die Betroffenheit des unantastbaren Kernbereichs des TK-Geheimnisses herausstellt.

Die Aufzeichnung bzw. Speicherung von Kommunikationen ohne gleichzeitige Live-Überwachung durch Strafverfolgungsorgane kann nur in einer *dritten Kategorie* zulässig sein: Bei der mutmaßlichen Überwachung von Kommunikationen aus dem – im weitesten Sinne – sozialen Bereich. Be-

treffen sein können etwa geschäftliche Kontakte oder sonstige flüchtige Bekanntschaften, daneben aber insbesondere Verbindungen zwischen (Mit-)Beschuldigten. Wie in der ersten Kategorie setzt die Einordnung der zu erfassenden Kommunikationen die vorherige Erforschung ihres mutmaßlichen Charakters voraus. Ohne polizeiliche Erkenntnisse, dass voraussichtlich nur Gespräche mit Sozialbezug betroffen sein werden, kommt eine solche Art der Beweiserhebung nicht in Betracht. Allerdings ist anlässlich der Aufzeichnung nicht ausgeschlossen, dass unerwartet ein kernbereichsrelevanter Kommunikationsinhalt betroffen ist. Bei einer „ersten Sichtung“ des Datenmaterials ist folglich zu beachten, dass eine weitere Auswertung dann ausscheidet, wenn unerwartet ein Gespräch zwischen vertrauten Personen aufgenommen wurde. Etwas anderes kann in entsprechenden Fällen nur dann gelten, wenn die Polizei vorab oder spätestens anlässlich der Auswertung erfährt, dass im Einzelfall kein kernbereichsrelevanter Kommunikationsinhalt betroffen ist. Das schließt ein „Filtern“ einer entsprechenden Aufnahme nach strafatbezogener und menschenwürderelevanter (zu löschender) Gesprächsinhalte aus. Denn dies bedeutete unvermeidbar eine (abermalige) Verletzung des unantastbaren Kernbereichs des Telekommunikationsgeheimnisses.“

b) Diese Grundsätze sind nach hiesiger Auffassung auf TKÜ auf polizeigesetzlicher Grundlage zu übertragen. Für die Rechtslage ergeben sich daraus die folgenden Konsequenzen:

aa) Für den Fall der polizeilichen Kenntnis, dass ein bestimmter Anschluss ausschließlich von einer Person des höchstpersönlichen Vertrauens genutzt wird, ist ein grundsätzliches Datenerhebungsverbot gesetzlich zu verankern. Ein planmäßiges Risiko, dass auch solche Kommunikationsbeziehungen in eine Überwachung einbezogen werden, ist mit der Unantastbarkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht vereinbar. Ein solcher Ausschluss ist angesichts der (unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten allerdings zweifelhaften¹⁸) möglichen Dauer der Maßnahme von bis zu einem Jahr (vgl. § 15a Abs. 5 Satz 2 HSOG-E i.V.m. § 15 Abs. 5 Satz 6 und 7 HSOG) auch praktisch möglich.

bb) Für den (Regel-) Fall, dass die Polizei zu Beginn einer überwachten Kommunikation keine Kenntnis von der Identität des Gesprächspartners einer Zielperson hat, ist durch eine Verpflichtung zur Live-Kontrolle sicherzustellen,

¹⁸ Ausführlich dazu *Roggan* (o. Fn. 4), S. 129 f.

dass im Fall der Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung die jederzeitige Möglichkeit zum Überwachungsabbruch besteht.

cc) Schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im Sinne der Eignung der Maßnahme dürfte die bloße Aufzeichnung von Kommunikationen eines Störers ohne jeder- und gleichzeitige Live-Kontrolle schon aus Gründen effektiven Rechtsgüterschutzes unzulässig sein. Die Frage eines Auswertungsverbots bei einem zeitversetzten Abhören von Gesprächen dürfte sich damit nicht stellen.

c) Der Gesetzentwurf wird den genannten Maßgaben nur insoweit gerecht, als in § 15a Abs. 4 Satz 2 HSOG-E ein Überwachungsabbruchgebot statuiert wird. Auch das in § 15a Abs. 4 Satz 3 HSOG-E bestimmte Verwertungsverbot entspricht den verfassungsgerichtlichen Maßgaben aus dem Urteil zum Lauschangriff¹⁹.

Jedoch ist es mit dem Ziel der Minimierung des Risikos einer Kernbereichsverletzung unvereinbar, auf Überwachungsverbote bei Kontakten von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens vollständig zu verzichten. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in der Entscheidung zum NdsSOG tatsächliche Anhaltspunkte für die Betroffenheit der Intimsphäre ausreichen lassen, um die Rechtfertigungsmöglichkeit von Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 GG entfallen zu lassen²⁰:

„Bestehen im konkreten Fall tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung Inhalte erfasst, die zu diesem Kernbereich zählen, ist sie nicht zu rechtfertigen und muss (von vornherein, Anm. F.R.) unterbleiben.“

Solche tatsächlichen Anhaltspunkte können beispielsweise darin bestehen, dass bestimmte TK-Anschlüsse ausschließlich von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens genutzt werden und von denen die Polizei durch bisherige

¹⁹ BVerfGE 109, 279 (328).

²⁰ BVerfGE 113, 348 (391 f.).

Maßnahmen vermuten muss, dass sie mit der abzuwehrenden Gefahr in keinerlei Beziehung stehen.

Für eine verfassungsgemäße Regelung sind entsprechende Datenerhebungsverbote in die Befugnis zur Überwachung der Telekommunikation aufzunehmen.

III. Fehlen von kernbereichsschützenden Regelungen bei anderen „verletzungsgeneigten“ Datenerhebungsmethoden

Eine Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist längst nicht nur bei Lauschangriffen oder der Überwachung von Telekommunikationen zu besorgen. Vielmehr zeigen sich auch andere Maßnahmen – auch nach Polizeirecht – als „verletzungsgeneigte“ Datenerhebungsmethoden. Zu denken ist namentlich an den Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Leuten (§ 16 HSOG) und Observationen mit technischen Mitteln (§ 15 Abs. 2 HSOG). Wie bei Lauschangriffen und TKÜ sind auch dort durch kernbereichsschützende Regelungen Verletzungen dieses Bereichs zu verhindern²¹.

Als Lösungsmöglichkeit kommt in regelungstechnischer Hinsicht ein „Vor-die-Klammer-Ziehen“ der kernbereichsschützenden Vorschriften in Betracht²². Dementsprechend wird gegenwärtig etwa in Thüringen ein Gesetzentwurf diskutiert, der eine *allgemeine Regelung* zum Kernbereichsschutz zum Gegenstand hat²³.

Der hier diskutierte Entwurf sollte die Gelegenheit nutzen, diesen obligatorischen Kernbereichsschutz zur Voraussetzung aller verdeckten Datenerhebungsmethoden im HSOG zu machen.

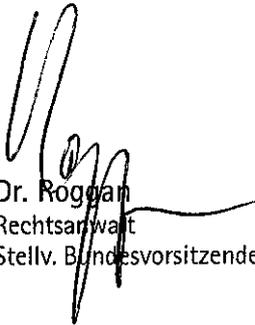
²¹ Baldus (o. Fn. 5), S. 18; ebenso Kutscha (o. Fn. 5), S. 60.

²² So schon Bergemann, in: Roggan (Hrsg.), Lauschen im Rechtsstaat – Gedächtnisschrift für Hans Liskens, Berlin 2004, S. 86.

²³ Thüringer Landtag, LT-Drucks. 4/1809, S. 6.

IV. Neuregelung der Rasterfahndung

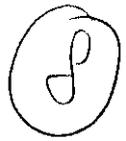
§ 26 Abs. 1 HSOG-E entspricht sowohl hinsichtlich der Konkretisierung der verlangten Gefahr als auch der zu schützenden Rechtgüter den verfassungsgerichtlichen Maßgaben aus der Entscheidung vom 4. April 2006²⁴.



Dr. Roggan
Rechtsanwalt
Stellv. Bundesvorsitzender

²⁴ NJW 2006, 1939.

- 42 -
29.11.06 LA



Univ.-Professor Dr. jur. Dirk Heckmann

Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheits- und Internetrecht

stv. Leiter des Instituts für IT-Sicherheit und Sicherheitsrecht

Universität Passau

**Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP
für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes
über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)**

Drucksache 16/5773

Schriftliche Stellungnahme

Vorbemerkung

Der vorliegende Gesetzesentwurf greift drei spezielle Teilbereiche der polizeilichen Datenerhebung- (und -verarbeitung) auf. Das sind der verdeckte Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen, die präventive Telekommunikationsüberwachung und die sog. Rasterfahndung. Die Begutachtung orientiert sich dabei an den wesentlichen Entscheidungen des *BVerfG*¹, die in den letzten zwei Jahren zu diesen polizeilichen Instrumenten ergangen sind und die Ausgestaltung dieser Eingriffsbefugnisse nun wesentlich steuern. Der Rahmen der Stellungnahme orientiert sich dabei strikt an den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen. So wird im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung ausschließlich auf § 15 Abs. 4 (neu) HSOG eingegangen, der die Gewährleistung des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung sichern soll, nicht aber auf die Eingriffsvoraussetzungen der Befugnisnorm, die keine Änderungen erfahren sollen. Nicht umfassend behandelt werden auch i.w.S. Fragen eines ausreichenden prozeduralen Grundrechtsschutzes, wie Benachrichtigungspflichten oder die Sicherung (nachträglichen) Rechtsschutzes.

Der Schwerpunkt wurde bei den Fragen zur Wohnraumüberwachung gesetzt. Die Fragen zur präventiven Telekommunikationsüberwachung zeigen erhebliche Parallelen, so dass gerade im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Wertung weitgehend verwiesen werden konnte.

Eine weitgehend gesonderte Darstellung erfährt hingegen der Änderungsentwurf zur polizeilichen Rasterfahndung.

¹ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 03.03.2004 [Lauscheingriff]; 1 BvR 668/04 vom 27.07.2005 [Telekommunikationsüberwachung] sowie 1 BvR 518/02 vom 04.04.2006 [Rasterfahndung].

Executive Summary

1. Der Entwurf für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) hat die Intention, die jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für das hessische Polizeirecht umzusetzen. Wie man dies rechtspolitisch werten mag (vgl. zu den unterschiedlichen Ansätzen die parlamentarische Diskussion in der 1. Lesung des Gesetzentwurfs am 13.7.2006, Drs. 16/108) ist nicht Gegenstand dieser Stellungnahme. Rechtsdogmatisch wird der Entwurf seiner eigenen Intention nur teilweise gerecht. Signifikant ist hier nämlich, dass rechtsstaatliche Vorkehrungen – anders als angekündigt – nur teilweise umgesetzt wurden.

2. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gibt es, was die Neugestaltung der Eingriffsbefugnisse betrifft, zunächst keine durchgreifenden Bedenken. Hier setzt der Änderungsentwurf die Vorgaben um, die das Bundesverfassungsgericht in seinen Leitentscheidungen zur Wohnraumüberwachung, Telekommunikationsüberwachung und Rasterfahndung aufgetragen hat. In Teilen der vorgesehenen Instrumente blieb der Änderungsentwurf aber hinter den intensiveren Eingriffsmöglichkeiten zurück, die das *BVerfG* dem Landesgesetzgeber eingeräumt hat. Die Grundrechtspositionen der Bürger, seien diese verdächtig oder als Berufsgeheimnisträger involviert, werden in der Ausgestaltung der Eingriffsbefugnisse nach der Entwurfsfassung gewahrt.

Allerdings wurden in der Entwurfsfassung keine Regelungen zum (notwendigen) Grundrechtsschutz durch Verfahren aufgenommen. Diesbezüglich sollen die bisherigen Regelungen des HSOG Anwendung finden. Diese sind nach hier vertretener Ansicht aber teilweise defizitär. So fehlt etwa hinsichtlich der Wohnraumüberwachung und der Telekommunikationsüberwachung eine Regelung, die die Kennzeichnung der aus den Überwachungsmaßnahmen stammenden Daten anordnet. Fragwürdig sind auch einzelne Regelungsbestandteile der in § 15 Abs. 5 HSOG genannten Anordnungsvoraussetzungen. Zudem besteht keine spezielle Regelung zu Überwachungsmaßnahmen in Wohnungen des Nichtstörers (im Einzelnen vgl. Punkt D.). Weiteres bleibt einem ausführlichen wissenschaftlichen Rechtsgutachten vorbehalten und würde den hier vorgegebenen Rahmen sprengen. Angeraten wird insoweit, den Gesetzentwurf um weitere, grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften zu ergänzen.

3. Was die (verfassungskonformen) Eingriffsregelungen des Gesetzesentwurfes betrifft, ist Folgendes hervorzuheben:

a) Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist im Rahmen des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung und (mit Abstrichen) im Rahmen des Fernmeldegeheimnisses notwendiger Auftrag des Gesetzgebers, der einen Eingriff in diese Grundrechte auch zum Schutz

höchstrangiger Rechtsgüter legitimieren will. Insofern kommt auch der Landesgesetzgeber nicht umhin, Schutzvorkehrungen zu treffen, was den Zugriff und die Verwendung von höchstpersönlichen Gesprächsinhalten betrifft. Dies ist in §§ 15 Abs. 4, 15a Abs. 4 HSOG-Ä-E auch durchweg verfassungskonform umgesetzt. Was den Schutz der Berufsheimnisträger betrifft, hat der Polizeigesetzgeber einen größeren Spielraum, als dies momentan durch die Regelungen des Änderungsentwurfes ausgefüllt wurde. Zwingend geboten ist ein Abhörverbot nur bei Geistlichen, Strafverteidigern und Ärzten soweit die betroffenen Gespräche beruflich veranlasst sind. Nur hier besteht ein Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Weitergehende Einschränkungen ergeben sich nicht aus den jeweils geschützten Grundrechtspositionen. Die Grundrechte, die neben Art. 13 GG bei einer heimlichen Überwachung von Berufsheimnisträgern eingreifen, etwa Art. 5 oder 12 GG, sind nicht schrankenlos gewährleistet. Sie finden ihre Grenzen in allgemeinen Gesetzen, die ihrerseits den spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen müssen. Eine polizeigesetzliche Schranke aber, die wie Art. 15 Abs. 4 HSOG-Ä-E den Anforderungen des Art. 13 Abs. 4 GG entspricht, sieht in dieser Hinsicht bereits derart hohe Eingriffsschwellen vor, dass in aller Regel auch Eingriffe in die Grundrechte, die Amts- und Berufsheimnisse schützen, gerechtfertigt sind.

b) Im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung wäre eine Regelung wie in § 15a Abs. 4 Satz 2 HSOG-Ä-E, die den sofortigen Abbruch der Maßnahmen anordnet, sobald ein Kernbereichsbezug erkennbar wird, nicht zwingend geboten. Nach den Feststellungen des *BVerfG* ist es ausreichend, wenn in Fällen eines Kernbereichsbezuges ein umfassendes (nachträgliches) Lösungsgebot und Speicherverbot besteht.

4. In rechtspolitischer Hinsicht seien folgende Anregungen gestattet, die keine Neugestaltung des Instrumentariums bedeuten, sondern den dokumentierten Willen des Gesetzgebers systemimmanent zum Ausdruck bringen sollen:

a) Es wäre zu überlegen, ob man in § 15 Abs. 4 HSOG-Ä-E das Wort „Verwertungsverbot“ streicht und gegen den Terminus „Verwendungsverbot“ ersetzt. Dadurch wird klargestellt, dass die Vorschrift kein strafprozessuales Verwertungsverbot zu regeln bezweckt. Hierfür wäre der Landesgesetzgeber schon nicht zuständig.

b) Diskussionswürdig erscheint in § 27 Abs. 1 HSOG-Ä-E auch das Verhältnis des „Schutzes der Umwelt vor gleichgewichtigen Schäden“ gegenüber den anderen Tatbestandsalternativen. Bei verfassungskonformer Auslegung ist kaum ein Fall ersichtlich, bei dem diese Variante der Eingriffsbefugnis zur Anwendung käme. Eine Streichung könnte insoweit in Betracht gezogen werden.

A. Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen

I. Änderungsgegenstand: § 15 Abs. 4 HSOG

1. Bisherige Fassung

(4) In oder aus Wohnungen können die Polizeibehörden ohne Kenntnis der betroffenen Person Daten nur erheben, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist. Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterliegen einem Verwertungsverbot. § 38 Abs. 7 gilt entsprechend, soweit die Datenerhebung nicht mit technischen Mitteln erfolgt.

2. Änderungsantrag

(4) In oder aus Wohnungen sowie Arbeits-, Betriebs und Geschäftsräumen mit Ausnahme der in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsgeheimnisträger können die Polizeibehörden ohne Kenntnis der betroffenen Personen Daten nur erheben, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist. Wird erkennbar, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden, ist diese sofort abubrechen. Bereits erlangte Informationen unterliegen einem Verwertungsverbot. § 38 Abs. 7 gilt entsprechend, soweit die Datenerhebung nicht mit technischen Mitteln erfolgt.

(wesentliche Änderungen sind durch Unterstreichung kenntlich gemacht)

Die geplanten Änderungen beziehen sich im Wesentlichen auf den bei der polizeilichen Wohnraumüberwachung durch technische Mittel gebotenen absoluten Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung. Hierfür ist ein absolutes Abhörverbot bei allen in § 53 StPO genannten Berufsgeheimnisträgern vorgesehen. Hinzu kommt das Gebot, bei einem erkennbaren Kernbereichsbezug die Abhörmaßnahme sofort abubrechen.

Soweit der Wohnungsbegriff durch die Nennung von Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen präzisiert wird, ist diese Änderung lediglich deklaratorischer Natur. Diese Räume werden nach h.M. vom Wohnungsbegriff mitumfasst².

² Der weite Wohnungsbegriff ist geprägt durch Art. 13 Abs. 1 GG und die Rechtsprechung des BVerfG (E 32, 54 ff.; 51, 97 ff.), wonach auch Nebenräume, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum umfasst sind. (Das BVerfG, E 78, 251 nimmt dabei Räume aus, die jedermann zugänglich sind).

Die Eingriffsvoraussetzungen („zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person“) bleiben unverändert. Sie entsprechen den Vorgaben des Art. 13 Abs. 4 GG³.

Im Nachfolgenden wird insoweit ausschließlich zum gebotenen Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung Stellung genommen.

II. Stellungnahme unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG (Urt. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98)

Das Urteil des *BVerfG* erging zwar nur zu Art. 13 Abs. 3 GG (Eingriffsbefugnisse nach der StPO); der Menschenwürdegehalt des Wohnungsgrundrechts ist aber in gleicher Weise bei der präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung zu beachten: Der Schutz des innersten Kerns privater Kommunikation ist Voraussetzung für die Entfaltung der Menschenwürde. Eingriffe in diesen Bereich berühren die Menschenwürde, unabhängig zu welchem Zweck sie erfolgen. Selbst wenn das Interesse an der Abwehr dringender Gefahren höher zu gewichten ist als die Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruches, so spielt dies nach Ansicht des *BVerfG* keine Rolle, soweit dadurch die Menschenwürde einzelner Maßnahmeadressaten berührt wird. Denn die Garantie der Menschenwürde ist einer Abwägung a priori unzugänglich⁴. Die Grenzen zulässiger Wohnraumüberwachung können demnach, soweit es um den Schutz der Menschenwürde geht, bei Art. 13 Abs. 4 GG im Grundsatz nicht anders gezogen werden als bei Art 13 Abs. 3 GG⁵.

Freilich mag man diese Sichtweise des *BVerfG* kritisch beurteilen⁶, wie an anderer Stelle publiziert⁷:

„Gegen die These von einem **unantastbaren Kernbereich privater Kommunikation** lässt sich kritisch einwenden, dass jedenfalls für den präventiv-polizeilichen Bereich der Menschenwürdeschutz in nicht zu rechtfertigender Weise überdehnt wird: Soll Art 1 Abs. 1 GG wirklich vor einer Überwachung von Gesprächen im engsten Vertrautenkreis von Terroristen schützen? Soll dies

³ Vgl. dazu *Braun*, NVwZ 2000, 375 ff.

⁴ „Dieser Schutz darf nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden. Zwar wird es stets Formen von besonders gravierender Kriminalität und entsprechende Verdachtssituationen geben, die die Effektivität der Strafrechtspflege als Gemeinwohlinteresse manchem gewichtiger erscheinen lässt als die Wahrung der menschlichen Würde des Beschuldigten. Eine solche Wertung ist dem Staat jedoch durch Art. 1 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG verwehrt“, *BVerfG*, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 121.

⁵ *Peter M. Huber*, ThürVBl. 2005, 1 (3); *Kutscha/Roggan*, Große Lauschangriffe im Polizeirecht, in: GS für Hans Liskén, 2004, S. 25 ff.; differenzierend *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005 § 29 II 2c, bb.

⁶ So zuletzt auch *Bouffier* in der ersten Lesung des Gesetzesentwurfs, LT-Drs. 16/198, S. 7457 f.

⁷ *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2006, Rn. 624.

vor allem auch für den Fall gelten, dass Terroristen oder Kriminelle Würde und Leben Dritter bedrohen, die als Geisel oder Mordopfer zum Objekt ihrer verbrecherischen Forderungen gemacht werden? Werden solche Überwachungsmaßnahmen als menschenunwürdig qualifiziert und haben sie daher zu unterbleiben, wäre die Konsequenz: Dem Staat wird ein Handlungsinstrumentarium genommen, das Würde und Leben späterer Opfer vor Terroristen und anderen Kriminellen schützen kann. Der Menschenwürdeschutz, der Terroristen und Kriminellen zugebilligt wird, kann zu Situationen führen, in denen Folter oder ein Abschuss eines Flugzeuges letzte Mittel der Gefahrenabwehr sein könnten. Näherliegend ist daher bei einer Würde gegen Würde-Konstellation die Würde der Täter um des Schutzes von Würde und Leben der Opfer willen für einschränkbar zu halten.“

So sehr allerdings eine differenzierte Sichtweise für den präventiv-polizeilichen Aufgabenbereich zu befürworten ist, so ist doch darauf hinzuweisen, dass diese Ansicht im überwiegenden Schrifttum und v.a. in der Rechtsprechung des *BVerfG* keinen Eingang gefunden hat. Will man deshalb dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit der präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung entgegen, sind gesetzliche Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung unumgänglich. Die bisherigen Vorschriften des HSOG werden dabei den Maßgaben des *BVerfG* nicht gerecht. Insoweit besteht – trotz allem Verständnis für die Belange einer effektiven Gefahrenabwehr – weiterer Regelungsbedarf. Dies entspricht auch der eindeutigen Tendenz in den meisten Bundesländern. Alle Länder, die ihre Befugnisse zur präventiven Wohnraumüberwachung nach dem Urteil des *BVerfG* vom 03.03.2004 reformiert haben, beinhalten ausdifferenzierte Regelungen Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, u.a. auch ein Gebot, bei erkennbarem Kernbereichsbezug, die betreffende Maßnahme sofort abubrechen, vgl. zuletzt die bayerische Regelung in Art. 34 PAG.

a) Allgemein zum Kernbereichsschutz

Wie der Schutzbereich des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu gewährleisten ist, lässt sich nach den Ausführungen des *BVerfG* nur grob umreißen.

Der absolut zu schützende Kernbereich privater Lebensgestaltung wird im Wesentlichen durch den jeweiligen Gesprächsinhalt bestimmt⁸, der prognostisch⁹ zu ermitteln ist. Als Indikatoren für

⁸ „Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität. Die Möglichkeit entsprechender Entfaltung setzt voraus, dass der Einzelne über einen dafür geeigneten Freiraum verfügt. Auch die vertrauliche Kommunikation benötigt ein räumliches Substrat jedenfalls dort, wo die Rechtsordnung um der höchstpersönlichen Lebensgestaltung willen einen besonderen Schutz einräumt und die Bürger auf diesen Schutz vertrauen. Das ist regelmäßig die Privatwohnung, die für andere verschlossen werden kann... . Die Privatwohnung ist als „letz-

einen möglichen Kernbereichsbezug sollen bei der erforderlichen Wahrscheinlichkeitsprüfung in typisierender Weise teils der Ort des Gesprächs (Privatwohnung oder Geschäftsraum)¹⁰ und insbesondere die potentiellen Gesprächspartner (Familienangehörige oder sonstige engste Vertraute) nutzbar gemacht werden. Allerdings besteht kein Schutz, soweit Gespräche betroffen sind, die Angaben über begangene Straftaten enthalten¹¹. Dieser „Ausnahmetatbestand“ ist im Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 GG dahingehend zu erweitern, dass es sich um Gespräche handeln muss, die Angaben über dringende Gefahren für die öffentliche Sicherheit i.S.d. Art. 13 Abs. 4 GG enthalten¹².

Generell müssen Überwachungsmaßnahmen in Situationen von vornherein unterbleiben, in denen Anhaltspunkte bestehen, dass die Menschenwürde durch die Maßnahme verletzt wird¹³. Dieser Forderung kann mittels einer entsprechenden gesetzlichen Absicherung im Tatbestand der eingriffseröffnenden Norm nachgekommen werden. Wie sich aus den Anforderungen des *BVerfG* ergibt, kann dies mittels einer typisierten Prognose eines möglichen Kernbereichsbezugs bewerkstelligt werden. Dass auch bei rechtmäßiger Anwendung derart ausgestalteter Eingriffsbefugnisse Kernbereichsverletzungen möglich sind (etwa bei unvorhersehbar unzutreffender Prognose des Rechtsanwenders), liegt in der Natur der Sache. Hier kann gebotener Schutz nur nachträglich erfolgen, nämlich durch sofortigen **Abbruch der Aufzeichnungen**, deren **Löschung** und einem obligatorischen **Verwendungsverbot**¹⁴. Dies muss mittels flankierender gesetzlicher Regelungen gewährleistet werden.

Stellungnahme:

Mit der Pflicht zum sofortigen Abbruch der Aufzeichnungen bei einem erkennbaren Kernbereichsbezug und einem obligatorischen Verwendungsverbot wird der Entwurfsantrag diesen Vorgaben dem Grunde nach gerecht. Eine Löschungspflicht ergibt sich aus der Regelung des § 27

tes Refugium“ ein Mittel zur Wahrung der Menschenwürde. Dies verlangt ... einen ... absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt“ (BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 120.; kritisch *Hufen*, Der Menschenwürdegehalt der Wohnungsfreiheit, in: *Schaar*, Folgerungen aus dem Urteil des BVerfG zur akustischen Wohnraumüberwachung, 2004, S. 29, 34: Familie und Schlafzimmer als mögliche „Bereitstellungszonen krimineller Energie“).

⁹ „Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung fordert, dass vor Maßnahmen akustischer Wohnraumüberwachung tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, aus denen zumindest in typisierender Weise geschlossen werden kann, dass das Gespräch nicht den Bereich des Höchstpersönlichen betrifft. Die Ermittlungsmaßnahme muss dort unterbleiben, wo das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen mit Wahrscheinlichkeit zu einer Kernbereichsverletzung führen wird“, BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 139; vgl. *Kötter*, DÖV 2005, 225, (227 ff.).

¹⁰ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 141 ff.

¹¹ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 137.

¹² *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 624.

¹³ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 135.

¹⁴ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 152; *Kötter*, DÖV 2005, 225 (230); *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, § 29 II 2c, bb.

HSOG. Allerdings ist der Gesetzesentwurf zumindest irreführend, wenn er von einem Verwertungsverbot spricht. Zur Regelung eines strafprozessualen Verwertungsverbotes ist der Landesgesetzgeber nicht zuständig. Gemeint ist vielmehr ein Verwendungsverbot der jeweiligen gewonnenen Daten. Eine entsprechende Änderung des Gesetzeswortlautes wird diesbezüglich angeregt.

Eine weiter ausdifferenzierte Regelung, die vorgibt, wie die jeweilige Kernbereichsprognose zu erfolgen hat, ist nach hier vertretener Ansicht nicht erforderlich. Das *BVerfG* hat in seiner Entscheidung vom 03.03.2004 hinsichtlich der obligatorischen Kernbereichsprognose auch keinen Änderungsbedarf in den inkriminierten Vorschriften der Strafprozessordnung gesehen¹⁵. Die Befugnis könne insoweit verfassungskonform angewendet werden. Ebenso verhält es sich bei der präventiven Wohnraumüberwachung nach dem HSOG. Die erforderliche Prognose hat sich dabei auf rechtmäßig erhobene und verarbeitete Tatsachen zu stützen; insoweit sind die übrigen polizeilichen Datenerhebungsbefugnisse heranzuziehen. Außerdem hat während der gesamten Überwachung ein permanenter Abgleich zwischen der dem Antrag zu Grunde liegenden und der sich im Verlauf der Maßnahme ergebenden Prognose zu erfolgen, um zu gewährleisten, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung gewahrt bleibt¹⁶. Insoweit ist eine Regelung wie in § 100c Abs. 4 StPO entbehrlich, die bestimmt, dass die Überwachungsmaßnahme nur angeordnet werden darf, „soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte, insbesondere zu der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und dem Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander, anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden“. Denn unter welchen Maßgaben die „Kernbereichsprognose“ zu erfolgen hat (Art der Räumlichkeiten, potentielle Gesprächspartner usw.) ergibt sich aus einer verfassungskonform Auslegung des § 15 HSOG nach Maßgabe der Entscheidung des *BVerfG*.

Ebenso wenig bedarf es nach hier vertretener Auffassung, einer ausdrücklichen Festschreibung, dass eine entsprechende Prognose regelmäßig vor Anordnung der Maßnahme zu erfolgen hat. Dass eine solche Prognose zu erfolgen hat, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 15 Abs. 4 Satz 2 HSOG, der bei einer entsprechend positiven Prognose den sofortigen Abbruch der Maßnahme anordnet. Ist die Maßnahme bei einem Kernbereichsbezug aber sofort abubrechen, darf sie im Umkehrschluss bei Vorliegen eines Kernbereichsbezug auch nicht angeordnet werden.

b) Erforderlicher Schutz von Berufsgeheimnisträgern

Der Kreis der nach der Rechtsprechung des *BVerfG* besonders geschützten Vertrauenspersonen deckt sich nur teilweise mit den in § 53 (und § 52) StPO genannten Zeugnisverweigerungsbe-

¹⁵ *BVerfG*, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 172 ff.

¹⁶ So zutreffend *Kötter*, DÖV 2005, 225 (230).

rechtigten. Die aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung folgenden Abhörverbote sind nicht identisch mit den strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten¹⁷. Als vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sieht das *BVerfG* aber etwa seelsorgerische Gespräche mit Geistlichen sowie Gespräche mit dem Strafverteidiger und Arztgespräche an¹⁸. Auch Arztgespräche können im Einzelfall dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein¹⁹.

Die Zeugnisverweigerungsrechte der *Presseangehörigen* und der *Parlamentsabgeordneten* weisen demgegenüber keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung auf. Sie werden um der Funktionsfähigkeit der Institutionen willen und nicht wegen des Persönlichkeitsschutzes der Betroffenen gewährt²⁰.

Stellungnahme:

Mit einem absoluten Erhebungsverbot bei allen in § 53 StPO genannten Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern geht der Änderungsvorschlag über den verfassungsrechtlich gebotenen Rahmen hinaus. Dies steht ihm selbstverständlich frei.

Allerdings – und darauf wird hingewiesen – bestünde auch die Möglichkeit, am Einzelfall orientierte Regelungen zu erlassen, die nach den jeweiligen Berufsfeldern differenzieren. Auch hierbei sind die typisierten Anforderungen des *BVerfG* zu beachten. Dies soll nachfolgend kurz skizziert werden:

(1) „Berufsgruppen mit typischen Kernbereichsbezug“

Entscheidend für ein Datenerhebungsverbot ist nicht die Angehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe, sondern die Tatsache, ob ein möglicherweise abgehörtes *Gespräch* mit einem geschützten Berufsheimlichkeitsgeheimnisträger *beruflich veranlasst* ist. Maßgeblich für eine Untersuchung, ob derart beruflich veranlasste Gespräche in Rede stehen, ist eine vorgelagerte Wahrscheinlichkeitsprüfung, ob bei Abhörmaßnahmen Gespräche höchstpersönlichen Inhalts erfasst würden. Ein tauglicher Anhaltspunkt für eine derartige Prognose sind etwa die Räumlichkeiten und ihre konkrete Nutzung, auf die sich die Abhörmaßnahme beziehen soll („Kanzleiräume“ usw.).

Soweit dann generell Gespräche mit Personen betroffen sein können, die typischerweise den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren (Gespräche mit Geistlichen, Strafverteidigern, Ärzten), dürfen nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ausschließlich Überwachungsmaßnahmen eingeleitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte zwi-

¹⁷ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 147.

¹⁸ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 148.

¹⁹ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 148; vgl dazu auch BVerfGE 32, 373 (379).

²⁰ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 148.

schen dem Beschuldigten und diesen Personen keinen absoluten Schutz erfordern, insbesondere bei einer Tatbeteiligung der das Gespräch führenden Personen²¹. Ein *konkreter Verdacht* auf solche Gesprächsinhalte muss schon zum Zeitpunkt der Anordnung bestehen; d.h. er kann nicht erst durch eine akustische Wohnraumüberwachung begründet werden.²² Übertragen auf den gegenständlichen Bereich der präventiven Wohnraumüberwachung bedeutet dies, dass

1. *Gespräche mit Kernbereichsbezug nur abgehört werden dürfen, wenn die jeweilige Vertrauensperson selbst an der Planung einer Straftat beteiligt ist oder Angaben zu erwarten sind, die zur Abwehr einer dringenden Gefahr befähigen oder*

2. *soweit das Gespräch mit einem entsprechenden Berufsheimnisträger nicht beruflich veranlasst ist.*

Dass diese Differenzierung in der Praxis einer auf Tatsachen fußenden Wahrscheinlichkeitsprognose bedarf, zu der nicht jeder Polizeibeamte befähigt ist, bedarf keiner weiteren Darlegung. Will man also Berufsheimnisträger mit typisierten Bezug zum absoluten geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung nicht gänzlich von Überwachungsmaßnahmen ausnehmen, sind strenge grundrechtsschützende Verfahrensvorkehrungen zu treffen, die die anzustellende Prognose absichern. Insbesondere wird dabei der Auswahl der anordnungsbefugten Personen großes Gewicht zukommen müssen. Rechtliche Kenntnisse, insbesondere das Urteil des *BVerfG* vom 03.03.2004, sind dabei unumgänglich.

(2) „Berufsgruppen ohne typischen Kernbereichsbezug“

Auch für Berufsgruppen ohne typischen Kernbereichsbezug gelten hinsichtlich der abzustellenden Prognose, ob absolut geschützte höchstpersönliche Gespräche geführt werden, ähnliche Grundsätze. Das *BVerfG* äußerte sich dazu im Wesentlichen wie folgt:

- „Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung fordert, dass vor Maßnahmen akustischer Wohnraumüberwachung tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, aus denen zumindest in *typisierender Weise* geschlossen werden kann, dass das Gespräch nicht den Bereich des Höchstpersönlichen betrifft. Die Ermittlungsmaßnahme muss dort unterbleiben, wo das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen mit Wahrscheinlichkeit zu einer Kernbereichsverletzung führen wird.“²³
- „Sollte im Rahmen einer Wohnraumüberwachung eine Situation eintreten, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist, muss die Überwachung

²¹ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 172.

²² BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 172.

²³ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 139.

abgebrochen werden. Dennoch erfolgte Aufzeichnungen sind zu vernichten. Die Weitergabe und Verwertung der gewonnenen Informationen sind untersagt.“²⁴

Diese Aussagen des Gerichts haben zur Folge, dass es im gegenständlichen Bereich vor Anordnung einer Abhörmaßnahme anders als bei Gesprächen mit Berufsheimnisträgern, die einen typischen Kernbereichsbezug aufweisen, keiner konkreten Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise Rechtfertigung des Eingriffs bedarf, sondern bereits Maßnahmen ergriffen werden dürfen, wenn nach einer typisierten Betrachtungsweise keine Anhaltspunkte für eine mögliche Kernbereichsverletzung bestehen. Dennoch mögliche Verletzungshandlungen können dann „nachträglich“ durch entsprechende prozedurale Schutzvorkehrungen kompensiert werden.

Stark vereinfacht kann das Verhältnis der Eingriffsrechtfertigung von Abhörmaßnahmen gegen Berufsgruppen, die einen typischen Kernbereichsbezug aufweisen und solchen, denen das Gericht keinen derartigen Bezug zubilligt, wie folgt skizziert werden:

Maßnahmen gegen die erstgenannte Personengruppe unterliegen faktisch einem „repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt“, während Eingriffe gegen letztere Gruppe eher mit einem „präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ vergleichbar sind. Treffend ist insoweit auch das Bild von *Wolff/Bachof*²⁵: „Während eine Erlaubnis eine Schranke hochzieht, die einen Weg sperrt, gestattet die Ausnahmegewilligung über einen Zaun zu steigen.“ Bei Gesprächen mit Berufsgruppen, die keinen typischen Kernbereichsbezug aufweisen, kann nach dieser Metapher bereits die „Schranke hochgezogen“, können also Abhörmaßnahmen eingeleitet werden, wenn nach einer typisierten Wahrscheinlichkeitsprognose keine Gespräche mit Kernbereichsbezug zu erwarten sind (was den Regelfall darstellen wird). Bei Gesprächen mit Berufsgruppen, die dagegen einen typischen Kernbereichsbezug aufweisen, sind Abhörmaßnahmen grundsätzlich unzulässig, es sei denn es liegen konkrete Anhaltspunkte vor, dass das zu erwartende Gespräch nicht schutzwürdig ist; nur in dieser Ausnahmekonstellation darf „über den Zaun gestiegen“ werden.

(3) Schranken aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Ein Erhebungsverbot bei Berufsheimnisträgern könnte aber nicht nur aus dem Grundsatz der Menschenwürde, sondern auch aus den jeweils geschützten Grundrechtspositionen ableitbar sein. Die Grundrechte, in die neben Art. 13 Abs. 1 GG bei einer heimlichen Überwachung von Berufsheimnisträgern eingegriffen wird – etwa Art. 5 Abs. 1 S. 2 oder Art. 12 Abs. 1 GG – sind nicht schrankenlos gewährleistet. Sie finden ihre Grenze in (allgemeinen) Gesetzen, die ihrerseits freilich den spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen müssen. Soweit Art. 4 GG berührt sein sollte, so ist dieses Grundrecht zwar schrankenlos gewährleistet, erfährt aber verfas-

²⁴ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 152.

²⁵ *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 48 II c 1.

sungsimmanente Beschränkungen mittels kollidierender Grundrechte Dritter und sonstiger Rechtsgüter von Verfassungsrang, worunter auch die Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit zählt. Durch die Maßnahmen der Wohnraumüberwachung kann in geschützte Vertrauensverhältnisse eingegriffen werden. Entsprechende Regelungen können als parlamentsbeschlossenes, förmliches Landesgesetz die benannten Grundrechte wirksam einschränken. Der Grundrechtseingriff ist allerdings nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn das einschränkende Gesetz insbesondere dem rechtstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Die Regelungen zur präventiven Wohnraumüberwachung verfolgen dabei einen legitimen Zweck und sind zur Zweckerreichung auch prinzipiell geeignet. Fraglich ist, ob die heimliche Datenerhebung auch von Berufsheimnisträgern *erforderlich* ist. Als milderer gleich geeignetes Mittel könnte eine offene Erhebung der erwünschten Daten beim betroffenen Geheimnisträger in Betracht kommen, etwa mittels einer Befragung bzw. Vorladung. Eine offene Datenerhebung ist schon nicht deshalb ungeeignet, weil der aus strafprozessualer Sicht Zeugnisverweigerungsberechtigte möglicherweise keine oder eine falsche Auskunft geben könnte. Allerdings darf auch das „Dilemma“ der Geheimnisträger nicht verkannt werden, die sich sowohl bei einer Auskunft (wegen § 203 StGB) als auch bei Verschwiegenheit (wegen § 138 StGB) strafbar machen könnten. Jedenfalls aber sind Fälle denkbar, in denen eine „offene“ Datenerhebung weniger geeignet ist als eine „verdeckte“. Etwa weil der Verdacht kollusiven Zusammenwirkens des Geheimnisträgers mit dem Störer besteht. Jedenfalls muss aber dann die Anwendung auf diese Fälle als „ultima ratio“ beschränkt bleiben. Die Aufnahme einer entsprechend formulierten Subsidiaritätsklausel für alle Anwendungsalternativen der Wohnraumüberwachung ist dabei zu empfehlen. Schließlich muss das Gewicht der jeweils eingeschränkten Grundrechte gebührend berücksichtigt werden (*Angemessenheit*). Hinzuweisen ist dabei etwa auf den hohen Rang der Pressefreiheit in einem demokratischen Staat, die Bedeutung der ärztlichen Schweigepflicht für die Funktionsfähigkeit der Heilberufe und die Intimität der im Arzt-Patientenverhältnis ausgetauschten Informationen oder die Bedeutung der anwaltlichen Schweigepflicht für eine rechtsstaatliche Rechtspflege, wobei der Anwalt auf praktisch lückenlose Information angewiesen ist, er nur beraten und helfen kann, wenn sein Mandant nicht wesentliche Informationen aus Angst vor Weitergabe verschweigt. Gegenüber diesen gewichtigen Rechts- und Gemeinschaftsgütern stehen (heimliche) Informationseingriffe nur dann in einem angemessenen Verhältnis, wenn es um die Bekämpfung besonders gefährlicher Kriminalitätsformen oder die Bedrohung höchstrangiger Rechtsgüter geht. Dies ist zumindest dann der Fall soweit das Schutzgut der Lebensgefahr betroffen ist. Gefahren für „Leib“ oder Freiheit einer Person müssen verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass es sich um „schwerwiegende“ Gefahren handeln muss. Dies ergibt sich vorliegend bereits aus der begrifflichen „Verkettung“ mit der Lebensgefahr.

(4) Inkurs: Zum Schutz heimlicher Datenerhebungen im Bereich des Schutzes der Pressefreiheit

Das BVerfG²⁶ hat mit Urteil v. 12.03.2003 über die grundrechtlichen Grenzen entschieden, denen die Datenerhebung über Kommunikationsverbindungen von Journalisten durch die Strafverfolgungsbehörden unterliegt. Soweit die Arbeit von Presse und Rundfunk unter Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen erfolgt, greift neben Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auch das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG, das Inhalt und Umstände der Kommunikation schützt.²⁷ Eingriffe in Art. 10 GG sind *verhältnismäßig*, falls den Strafverfolgungsinteressen starkes Gewicht zukommt. Dies ist dann der Fall, wenn die Ermittlungsmaßnahmen eine Straftat von erheblicher Bedeutung (1), einen konkreten Tatverdacht (2) und eine hinreichend sichere Tatsachenbasis (3) für die Annahme voraussetzen, dass der Betroffene als Nachrichtenmittler tätig wird.²⁸ Einen darüber hinausgehenden Schutz der Tätigkeit von Journalisten gewährt Art. 5 Abs. 1 GG nach Auffassung des BVerfG grundsätzlich nicht. Mangels Regelungslücke kommt auch eine analoge Anwendung des § 53 Abs. 1 S. 2 StPO auf Ermittlungsmaßnahmen betreffend den journalistischen Kommunikationsverkehr nicht in Betracht²⁹.

Ergebnis: Zwingend ist somit ein Abhörverbot nur bei Geistlichen, Strafverteidigern und Ärzten soweit die betroffenen Gespräche beruflich veranlasst sind³⁰. Nur hier besteht ein Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Weitergehende Einschränkungen ergeben sich nach hier vertretener Ansicht, insbesondere aus den jeweils geschützten Grundrechtspositionen, nicht. Die Grundrechte, die neben Art. 13 GG bei einer heimlichen Überwachung von Berufsgeheimnisträgern eingreifen, etwa Art. 5 oder 12 GG, sind nicht schrankenlos gewährleistet. Sie finden ihre Grenzen in allgemeinen Gesetzen, die ihrerseits den spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen müssen. Eine polizeigesetzliche Schranke aber, die wie Art. 15 Abs. 4 HSOG-Ä-E den Anforderungen des Art. 13 Abs. 4 GG entspricht, sieht in dieser Hinsicht bereits derart hohe Eingriffsschwellen („zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person“) vor, dass in aller Regel auch Eingriffe in die Grundrechte, die Amts- und Berufsgeheimnisse schützen, gerechtfertigt wären.

²⁶ BVerfG, NJW 2003, 1787 ff.

²⁷ BVerfG, NJW 2003, 1787 (1788).

²⁸ BVerfG, NJW 2003, 1787 (1791).

²⁹ BVerfG, NJW 2003, 1787 (1793 f.).

³⁰ Ähnlich Peter M. Huber, ThürVBl. 2005, 1 ff.

B. Präventive Telekommunikationsüberwachung

I. Änderungsgegenstand: § 15a Abs. 4 HSOG – neu eingefügt

(4) Die Maßnahmen dürfen sich nicht gegen die in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsheimlichkeitsbesitzer richten. Wird erkennbar, dass durch die Maßnahmen Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden, sind diese sofort abzubrechen. Bereits erlangte Informationen unterliegen einem Verwertungsverbot.

II. Stellungnahme unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG (Urt. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 sowie Urt. v. 27.07.2005 – 1 BvR 668/04)

1. Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung soll vorliegend ebenso ausgestaltet werden, wie dies im Rahmen des Einsatzes technischer Mittel in oder aus Wohnungen der Fall ist. Damit wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen umfassend entsprochen. Denn Regelungen, die dem hohen verfassungsrechtlichen Rang des Wohnungsschutzes genügen, stehen zweifelsohne auch mit dem verfassungsrechtlichen Schutz des Fernmeldegeheimnisses in Einklang (*argumentum a maiore ad minus*)³¹. Diesbezüglich ist der Änderungsentwurf nicht zu beanstanden.

2. Soweit das BVerfG in seiner Entscheidung zur präventiven Telekommunikationsüberwachung nach dem Niedersächsischen Polizeigesetz wegen eines Verstoßes gegen die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und mangelnder Bestimmtheit der Eingriffsbefugnisse für verfassungswidrig erklärt hat³², sind die diesbezüglichen Feststellungen vorliegend nicht übertragbar. Hier bezweckt die Eingriffsbefugnis ausschließlich präventive Zwecke und ist nach polizeirechtlichen Maßstäben ausreichend bestimmt („zur Abwehr einer Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich“); Die Anforderungen an die eingriffseröffnende Gefahr (gegenwärtig) und die Hochrangigkeit der geschützten Rechtsgüter rechtfertigen zweifelsohne auch die jeweiligen Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis³³.

3. Der vorgesehene Schutz von Berufsheimlichkeitsbesitzern geht über das verfassungsrechtlich erforderliche Maß hinaus. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen (S. 9 ff.) verwiesen werden.

4. Auch in weiterer Hinsicht gewährt die Vorschrift des § 15a Abs. 4 HSOG-Ä-E ein Schutzniveau, das über die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinausgeht:

³¹ *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 625c.

³² BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005.

³³ Vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen des BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005, Absatz-Nr. 154 f.

Zwar hat das *BVerfG* festgestellt, dass der Menschenwürdegehalt des Art. 10 GG (vergleichbar der Konstellation bei der präventiven Wohnraumüberwachung) Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung bedürfe - allerdings nicht in dem Umfang wie im Anwendungsbereich des Wohnungsgrundrechts. So sind die Bürger zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung³⁴. Demnach ist das Risiko, dass bei einer Telekommunikationsüberwachung Gespräche aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst werden dann verfassungsrechtlich hinnehmbar, wenn das gefährdete Rechtsgut, das Anlass für die Überwachung gab, von besonders hohem Rang ist oder ein unmittelbarer Bezug zur zukünftigen Begehung von Straftaten zu erwarten ist³⁵. Allerdings müssen dann gesetzliche Vorkehrungen geschaffen werden, die sichern, dass die betreffenden Gespräche nicht gespeichert und verwertet, sondern unverzüglich gelöscht werden³⁶.

Nachdem vorliegend höchstrangige Rechtsgüter geschützt werden sollen („zur Abwehr einer Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich“, vgl. § 15a HSOG), wäre vorliegend eine Regelung, die den sofortigen Abbruch der Maßnahmen anordnet, sobald ein Kernbereichsbezug erkennbar wird, nicht geboten. Nach den Feststellungen des *BVerfG* wäre es ausreichend, wenn in Fällen eines Kernbereichsbezuges ein umfassendes (nachträgliches) Lösungsgebot und Speicherverbot besteht³⁷.

Eine derartige Lösung wäre auch praxisgerecht. Eine Prognose, mit wem ein Telefongespräch zustande kommt und in welchem Verhältnis beide Gesprächspartner zueinander stehen, kann in der Regel – auch angesichts der Häufigkeit und Vielgestaltigkeit von Telekommunikationsvorgängen - nicht angestellt werden. Zudem lässt sich ohne weitere Auswertung häufig nicht einmal feststellen, mit welcher Person gesprochen wird, etwa wenn keine Namensnennung erfolgt oder weil es sich um eine fremdsprachige Kommunikation handelt. Daher ist zum Grundrechtsschutz durch Verfahren nicht erforderlich, dass im Vorhinein eine Prognose über die künftigen Gesprächspartner erstellt wird; dasselbe gilt während eines Gespräches (automatische Mitschnitte sind also möglich), wenn nicht (ausnahmsweise) von vornherein ein Eingriff in den Kernbereich in Betracht kommt. Dementsprechend muss eine Prüfung der Gesprächsinhalte und deren Schutzbedürftigkeit regelmäßig erst im Rahmen der Auswertung der gewonnenen Daten erfolgen. Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung kann dann ausreichend über Verwendungsverbote bzw. Löschungspflichten gewährleistet werden.

³⁴ BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005, Absatz-Nr. 162.

³⁵ BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005, Absatz-Nr. 164.

³⁶ BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005, Absatz-Nr. 164.

³⁷ Dies wurde auch bereits in der ersten Lesung des Gesetzesentwurfes von *Bouffier* angesprochen, LT-Drs. 16/7458.

C. Rasterfahndung

I. Änderungsgegenstand: § 26 Abs. 1 HSOG

1. Bisherige Fassung

(1) Die Polizeibehörden können von öffentlichen Stellen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs zur Verhütung von Straftaten erheblicher Bedeutung

1. gegen den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder

2. bei denen Schäden für Leben, Gesundheit oder Freiheit oder gleichgewichtige Schäden für die Umwelt zu erwarten sind,

die Übermittlung von personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen zum Zwecke des automatisierten Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich und dies auf andere Weise nicht möglich ist. Rechtsvorschriften über ein Berufs- oder besonderes Amtsgeheimnis bleiben unberührt.

2. Änderungsantrag

(1) Die Polizeibehörden können von öffentlichen Stellen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs zur Abwehr einer konkreten Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit oder Freiheit oder wenn gleichgewichtige Schäden für die Umwelt zu erwarten sind, die Übermittlung von personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen zum Zwecke des automatisierten Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Abwehr der Gefahr erforderlich und dies auf andere Weise nicht möglich ist.

Stellungnahme

1. Die bisherige gesetzliche Regelung zur präventiven Rasterfahndung in § 26 Abs. 1 HSOG ist verfassungswidrig. Sie entspricht nicht den Maßgaben des BVerfG, die es in seiner Entscheidung vom 04.04.2006 - 1 BvR 518/02 - (dort zu einem Fall aus Nordrhein-Westfalen) verlautbart hat. Danach ist eine präventive polizeiliche Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, nur vereinbar, wenn eine *konkrete Gefahr* für hochrangige Rechtsgüter wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegeben ist. Im Vorfeld der Gefahrenab-

wehr scheidet eine solche Rasterfahndung dagegen aus³⁸. In § 26 Abs. 1 HSOG wurde aber in seiner derzeit geltenden Fassung das Merkmal des Vorliegens einer Gefahr insgesamt fallengelassen³⁹, die Ermächtigung zur Rasterfahndung also (unzulässig) zu einer polizeilichen Vorfeldbefugnis umgestaltet. Danach kann eine Rasterfahndung durchgeführt werden, wenn dies zur Verhütung bestimmter Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Eine derartige Ausgestaltung der Eingriffsbefugnis ist mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht in Einklang zu bringen.

Eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift des § 26 Abs. 1 HSOG in seiner derzeit geltenden Fassung ist dagegen kaum möglich. Zum einen kann eine (vage) polizeiliche Vorfeldbefugnis kaum als Gefahrenabwehrinstrument, das eine konkrete Gefahr erfordert, interpretiert werden. Entsprechende Anknüpfungspunkte dafür lassen sich jedenfalls nicht dem Gesetzeswortlaut entnehmen. Zum anderen gerät die Vorschrift auch mit dem Rechtsstaatsprinzip in Konflikt. Nimmt man Blick auf die allgemeinen Aussagen des *BVerfG* zur Ausgestaltung der niedersächsischen Eingriffsbefugnisse zur Telekommunikationsüberwachung⁴⁰ lässt sich zumindest an der ausreichenden Bestimmtheit der Regelung zweifeln. Insoweit wird nach hier vertretener Ansicht der Gesetzgeber nicht umhinkommen, die Befugnis zur präventiven Rasterfahndung entsprechend den Anforderungen des *BVerfG* zu novellieren. Solange die (verfassungswidrige) Regelung nicht angewandt wird, ist es freilich legitim, eine Änderung aus rechtspolitischen aufzuschieben⁴¹. Es sei aber erwähnt, dass nach der Rechtsprechung des *BVerfG* dem Gesetzgeber nur wenig Spielraum bei einer verfassungskonformen Ausgestaltung der Eingriffsbefugnis verbleibt. Mehr oder weniger wird die Befugnisnorm mit dem vorliegenden Änderungsentwurf übereinstimmen (müssen), der auch im wesentlichen mit den (verfassungskonformen) Vorschriften zur präventiven Rasterfahndung in den übrigen Bundesländern korreliert.

2. Das *BVerfG* hält die Rasterfahndung grundsätzlich für ein verfassungskonform ausgestaltbares polizeiliches Eingriffsinstrumentarium, das sich verfassungskonform ausgestalten lässt. Da aber bei der Rasterfahndung ausschließlich Daten mit hohem Persönlichkeitsbezug verarbeitet werden und es sich bei ihr um eine Maßnahme mit erheblicher Streubreite gegen verdachtslose Personen handelt, ist etwa das Vorliegen einer allgemeinen Bedrohungslage als Eingriffsgrundlage nicht ausreichend⁴². Die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe, die eine Rasterfahndung vermittelt,

³⁸ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, LS 1.

³⁹ § 26 HSOG wurde im Jahre 2002 dergestalt geändert, dass nicht mehr das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist, sondern es genügt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass eine solche Maßnahme zur Verhütung bestimmter schwerer Straftaten erforderlich und dies auf andere Weise nicht möglich ist.

⁴⁰ BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005.

⁴¹ So wohl *Bouffier* in der ersten Lesung des Gesetzesentwurfs, LT-Drs. 16/108 S. 7459.

⁴² BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. 160.

sind nur verhältnismäßig, wenn die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Gefahrenereignisses und die Nähe des Betroffenen zur Bedrohung entsprechend eingrenzt werden; dies ist nur der Fall, wenn eine hinreichend konkrete Gefahr für die geschützten Rechtsgüter besteht⁴³.

Diesen Erfordernissen wird der Änderungsvorschlag gerecht. Die Eingriffsbefugnis fordert eine hinreichende Gefahr (a) für hochrangige Rechtsgüter (b).

a) Hinreichende Gefahr

Mit dem Erfordernis einer „konkreten Gefahr“ wird der Änderungsentwurf den Anforderungen des *BVerfG* gerecht. Die Rasterfahndung wird mit dem Anknüpfungspunkt der „Gefahr“ aus dem Vorfeld der Gefahrenabwehr verbannt, der Polizei als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung entzogen und wieder als klassisches Instrument der Gefahrenabwehr konzipiert. Damit würde im Großen und Ganzen die Gesetzeslage vor 2002 wieder hergestellt (damals „gegenwärtige“ Gefahr, jetzt „konkrete“ Gefahr).

Das Tatbestandsmerkmal „konkrete“ Gefahr ist dabei in der Rechtsanwendung zwingend nach traditionellen polizeirechtlichen Maßstäben⁴⁴ zu interpretieren. Dies hat das *BVerfG* in seinem Urteil vom 04.04.2006 ausdrücklich klargestellt und gegenteiligen Interpretationsversuchen in Rechtsprechung und Literatur eine Absage erteilt:

Die „Ausdehnung“ traditioneller polizeilicher Gefahrbegriffe kam in den an die Ereignisse des 11. September 2001 anknüpfenden Rasterfahndungen nach sog. Schläfern an deutschen Hochschulen in Streit. Die meisten landesrechtlichen Regelungen (wie bis 2002 auch Hessen) hatten dabei das Erfordernis einer „gegenwärtigen“ Gefahr zur Voraussetzung. Zwar hielten einzelne Fachgerichte bei der Beurteilung der Rasterfahndungen an dem überkommenen Verständnis des Begriffs der „gegenwärtigen“ Gefahr fest und verneinten deren Vorliegen⁴⁵. Andere Gerichte senkten aber die Anforderungen an die Schadenswahrscheinlichkeit unter Berufung auf die Größe des drohenden Schadens herab und bejahten davon ausgehend eine gegenwärtige Gefahr⁴⁶.

Nach dem *BVerfG* lässt aber diese Auslegung des Gefahrenbegriffs außer Acht, dass die Verfassungsmäßigkeit der Anordnung an das Vorliegen zumindest einer konkreten Gefahr gebunden ist und der dafür geforderte Grad der Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutverletzung nicht nur mit Rücksicht auf die Größe eines möglichen Schadens, sondern auch im Hinblick auf die Schwere und Erfolgsaussichten des Eingriffs zu bestimmen ist, der zur Gefahrenabwehr eingesetzt wird⁴⁷.

⁴³ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. 161.

⁴⁴ Zu den polizeilichen Gefahrenbegriffen s. *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 411 ff..

⁴⁵ OLG Frankfurt, NVwZ 2002, 626.; LG Wiesbaden, DuD 2002, 240; LG Berlin, DuD 2002, 175.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, DuD 2002, 241 ff.; DuD 2002, 244; KG Berlin, MMR 2002, 616; OVG Koblenz, NVwZ 2002, 1528; VG Mainz, DuD 2002, 303; AG Wiesbaden, DuD 2001, 752; AG Tiergarten, DuD 2001, 691.

⁴⁷ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. 160.

Der mit der Rasterfahndung verbundene Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einer völlig verdachtslosen Person darf nur erfolgen, wenn jedenfalls eine in konkreten Tatsachen begründete Gefahr gegeben ist, die Anlass für die Annahme schafft, dass auf der Grundlage der Ermittlung von Daten eines bestimmten Personenkreises Maßnahmen ergriffen werden können, die zur Abwehr dieser Gefahr beitragen⁴⁸.

Mit der Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwelle auf eine bloße Möglichkeit terroristischer Anschläge würden die Gerichte einen von Verfassung wegen unzulässigen Verzicht auf das Vorliegen einer konkreten, also im einzelnen Fall gegebenen und durch hinreichende Tatsachen zu belegenden Gefahrenlage vornehmen. Dies wird unzulässig dadurch bewirkt, dass die Gerichte die allgemeine Bedrohungslage gleichwohl dem Begriff der Gefahr zuordnen, wodurch sie diesem einen Gehalt geben, der aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht für eine Befugnis zur Rasterfahndung ausreicht⁴⁹.

Die Maßnahme der Rasterfahndung ist nach der Entscheidung des *BVerfG* also nur dann mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar, wenn eine „konkrete“ und somit durch hinreichende Tatsachen zu belegende Gefahr für hochrangige Rechtsgüter, wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegeben ist. Das Vorliegen einer allgemeinen Bedrohungslage, etwa bei Vorliegen von vagen Vermutungen ohne greifbaren auf den Einzelfall bezogenen Anlass, ist hingegen nicht ausreichend. Mit dieser Auslegung wird dem Instrument der Rasterfahndung auch in Hessen künftig notwendig ein erheblicher Anwendungsbereich entzogen. Auch wenn mit der Andockung an eine konkrete Gefährdungslage eine Rasterfahndung in der Polizeipraxis nicht gänzlich überflüssig sein mag⁵⁰, so werden damit präventive Rasterfahndungen nur noch selten realisiert werden können⁵¹.

b) Schutzgüter

Die durch die Vorschrift geschützten Rechtsgüter („Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ und „Leib, Leben oder Freiheit einer Person“) sind von derart hohem Rang, dass zu ihrem Schutze auch schwerwiegende Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gerechtfertigt sind⁵².

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. 160.

⁴⁹ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. 161.

⁵⁰ So aber Stimmen in der Literatur, vgl. *Volkman*, JZ 2006, 918 (920); ähnlich *Bausback*, NJW 2006, 1922 (1924). Zu den zweifelhaften Erfolgchancen einer präventiven Rasterfahndung vgl. bereits *Gusy*, KritV 2002, 474.

⁵¹ So auch *Taeger*, jurisPR-ITR 6/2006 Anm. 2; *Geis/Geis*, MMR 2006, 540 (541).

⁵² BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. 160.

Bei einer entsprechenden Auslegung wird auch das Schutzgut der „gleichgewichtigen Schäden für die Umwelt“ diesen Anforderungen gerecht. In Anlehnung an die Äußerungen des *BVerfG* zur präventiven Wohnraumüberwachung bei einer (bloßen) Abwehr von Gefahren für Sachen, ist dabei aber Voraussetzung, dass das für eine gemeine Gefahr typische Gefahrenpotential besteht⁵³. Nur dann hat die Gefährdung der Umwelt ein Gewicht, das der Wertigkeit der anderen bedrohten Rechtsgüter in § 15 Abs. 4 HSOG-Ä-E entspricht. Erforderlich ist also ein dem der gemeinen Gefahr entsprechendes Gefahrenpotential. Unter einer „gemeinen Gefahr“ sind dabei nach allgemeiner polizeirechtlicher Terminologie durch Katastrophen oder außer Kontrolle geratene technische Einrichtungen mit hohem Schadenspotential verursachte Gefahren zu verstehen. Diese Interpretation kommt auch der (damaligen) Gesetzesbegründung nahe, die fordert, dass die für die Umwelt zu erwartenden Schäden, Auswirkungen haben müssen, die solchen Schäden an höchstpersönlichen Rechtsgütern gleichkommen⁵⁴.

Lässt man eine Telekommunikationsüberwachung zur Abwehr von Gefahren, die gleichgewichtige Schäden für die Umwelt erwarten lassen zu, stellt sich freilich die Frage, welcher praktische Anwendungsbereich der Vorschrift verbleibt. Soweit hinsichtlich des geforderten immensen Schadenspotentials auch Individualrechtsgüter gefährdet werden (und das wird den Regelfall darstellen), ist ein selbständiger Anwendungsbereich der Tatbestandsalternative kaum erkennbar; in diesen Fällen sind Maßnahmen bereits kumulativ zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person bzw. zu Abwehr von Gefahren für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zulässig. Ein konkreter Anwendungsfall lässt sich unter vorliegender Auslegung des Tatbestandsmerkmals dagegen kaum konstruieren. Insoweit könnte der Bedarf an einer entsprechenden Tatbestandsalternative nochmals überdacht werden. Auch weil eine Eingriffsbefugnis, deren verfassungskonforme Auslegung keinen nennenswerten praktischen Anwendungsbereich offen lässt, stets der Gefahr einer Fehleinschätzung durch den Normanwender unterliegt.

⁵³ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 345.

⁵⁴ LT-Drs. 15/3755, S. 3.

D. Weiterer Regelungsbedarf

Vorstehend konnte festgestellt werden, dass die Regelungen des Änderungsentwurfes den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes dem Grunde nach gerecht werden.

Allerdings ergibt sich – insbesondere was im Zusammenhang mit der präventiven Wohnraumüberwachung und der Telekommunikationsüberwachung die prozedurale Grundrechtssicherung betrifft – weiterer Regelungsbedarf.

In welchem Umfang den Gesetzgeber ein zusätzlicher Regelungsauftrag trifft, kann in dem vorgegebenen Rahmen allerdings nicht abschließend beurteilt werden. Herausgegriffen werden deshalb nur exemplarische Fragestellungen, die für die Zukunft einer weiteren gesetzlichen Regelung bedürfen.

I.

Bei der Wohnraumüberwachung und der Telekommunikationsüberwachung fehlt eine Regelung, die die Kennzeichnung der aus der Überwachungsmaßnahme stammenden Daten anordnet. Eine solche muss zur Sicherung der eingeschränkten Verwendungsmöglichkeit der dabei gewonnenen Daten nach der Rechtsprechung des *BVerfG* vorgesehen sein⁵⁵. Eine Zweckbindung der Daten lässt sich nach Auffassung des Gerichts nur gewährleisten, wenn auch nach der Informationserhebung erkennbar bleibt, dass es sich um Daten handelt, die durch eine Maßnahme der Wohnraum-/Telekommunikationsüberwachung gewonnen wurden. Eine entsprechende Kennzeichnung der Daten ist von Verfassung wegen geboten. Der Gesetzgeber hat deshalb den datenerhebenden als auch den datenempfangenden Behörden zur Sicherung der Zweckbindung eine Kennzeichnungspflicht aufzuerlegen. Eine solche Kennzeichnungspflicht ist weder in § 15 Abs. 4 HSOG-Ä-E noch in der allgemeinen Vorschrift des § 27 HSOG vorgesehen.

II.

Nach der Regelung in § 15 Abs. 4 HSOG-Ä-E kann die Überwachungsmaßnahme nicht nur in Wohnungen des Maßnahmeadressaten (also des Störers) vorgenommen werden. Soll diese Möglichkeit bestehen, bedarf es einer verhältnismäßigen gesetzlichen Regelung, die dies gestattet. Hierfür müsste etwa aufgrund tatsächliche Anhaltspunkte anzunehmen sein, dass sich der Maßnahmeadressat in der betreffenden Wohnung aufhält und Maßnahmen allein in der Wohnung des Adressaten zur Gefahrenabwehr nicht ausreichend sind.

⁵⁵ BVerfG, NJW 2004, 999 (1020).

III.

Fragwürdig sind auch die in § 15 Abs. 5 HSOG genannten Anordnungsvoraussetzungen.

Zum einen könnte die **Zeitdauer der Maßnahme** in Frage gestellt werden. Diese beträgt 3 Monate. Unstreitig verhältnismäßig ist nach der Rechtsprechung des *BVerfG* eine Befristung der Maßnahme auf einen Monat⁵⁶. Nach hier vertretener Ansicht ist aber auch eine Befristung auf drei Monate vertretbar. Eine dreimalige Verlängerungsmöglichkeit von jeweils drei Monaten erscheint aber grenzwertig. Auch fehlt eine klarstellende Regelung, die anordnet, dass die Maßnahme unabhängig von ihrer Befristung bei Wegfallen der Anordnungsvoraussetzungen zu beenden ist. Dies kann aber einer verfassungskonformen Interpretation der Vorschrift entnommen werden, sodass insoweit kein unbedingter Regelungsbedarf besteht.

Was die **Form und den Inhalt der Anordnung** betrifft (vgl. § 15 Abs. 5 Satz 3 HSOG) fehlt eine Verpflichtung, die wesentlichen Gründe für die Überwachungsmaßnahme anzugeben. Diese Pflicht dient auch der Einhaltung verfassungsrechtlicher Erfordernisse. Der Richter hat bei seiner Entscheidung die Vorgaben des *BVerfG* zu Aufgaben und Pflichten bei der gerichtlichen Überprüfung zu beachten⁵⁷. Er hat sich eigenverantwortlich ein Urteil zu bilden. Der gerichtliche Beschluss muss daher die Gefahrenlage so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die heimliche Maßnahme durchzuführen ist. Die maßgeblichen Erwägungen des Gerichts sind in der Begründung der Anordnung hinreichend zu dokumentieren. Das Gericht hat so sicherzustellen, dass der Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt. Hierfür ist die Angabe der wesentlichen Gründe für die Überwachungsmaßnahme unentbehrlich.

Fragwürdig ist die Regelung auch insoweit, als sie die Möglichkeit eröffnet, dass bei Vorliegen von Gefahr in Verzug die **Maßnahme durch die Polizeibehörde** angeordnet werden kann, vgl. § 15 Abs. 5 S. 4 HSOG, und die Anordnungskompetenz somit nicht auf einen Behördenleiter beschränkt ist. Wegen der Schwere des verdeckt erfolgten Grundrechtseingriffes, der ausreichende organisatorische und verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen fordert, ist zu verlangen, dass die Anordnung der Überwachungsmaßnahme nur von einem leitenden Beamten - einem Behördenleiter - getroffen werden darf. Solch höherrangige Beamte genießen zwar keine mit dem Richter vergleichbare Unabhängigkeit, wegen ihrer besonderen Sachkunde sichern sie den Betroffenen aber in gewisser Weise eine vorsorgliche zusätzliche rechtliche Kontrolle. Auch kann die Verlagerung der Anordnungskompetenz auf behördliche Leitstellen eine ausufernde Bemühung der Notkompetenz der Gefahr im Verzug verhindern. Zudem steht der Sachbearbeiter, der vom Behördenleiter eine Überwachungsanordnung erreichen will, unter einem erhöhten Legitimationsdruck.

⁵⁶ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 282.

⁵⁷ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 275.

Einer eingehenderen Überprüfung bedürfen daneben die Vorschriften, die einen effektiven Rechtsschutz Betroffener gewährleisten sollen, wie Benachrichtigungspflichten und Vorschriften zu Löschung und Vernichtung gewonnener Daten, die in der allgemeinen Regelung des § 27 HSOG Niederschlag gefunden haben.

Hinsichtlich der aufgeworfenen Fragestellungen wird eine Zurückstellung und entsprechende Ergänzung des Gesetzesentwurfes angeraten.

- 66 -



**MEISTERERNST
DÜSING
MANSTETTEN**

Rechtsanwälte · Notare

Per E-Mail: h.thaumueller@ltg.hessen.de

Hessischer Landtag
Vorsitzender des Innenausschusses
Schloßplatz 1-3

65183 Wiesbaden

29.11.06

Bernd Meisterernst
Notar, Fachanwalt für
Arbeits- und Sozialrecht

Mechtild Dusing
Notarin, Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

Dietrich Manstetten
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Dr. Frank Schulze
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht
Dipl. - Verwaltungswirt

Klaus Kettner
Fachanwalt für
Arbeits- und Sozialrecht

Wilhelm Achelpöbler
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht

Burkard Lensing, LL.M.
Rechtsanwalt,
Master of Insurance Law

Dr. Dirk Schuhmacher
Rechtsanwalt

Veronica Bundschuh
Rechtsanwältin

Dr. Rita Coenen
Fachanwältin für
Familienrecht

Nr.: 2778/06 Achelpöbler Sekretariat: K. Marschall 29.11.2006 ach/eb/kat
./Gesetzesentwurf Durchwahl: 52091 - 15
achelpoehler@meisterernst.de

Sehr geehrter Herr Klee,

zu dem Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion für das 10. Gesetz zur Änderung des HSOG möchte ich im Hinblick auf Ziffer 3, Neuregelung der Rasterfahndung, wie folgt Stellung nehmen:

Das Gesetz ist, ebenso wie das HSOG, bis zum 31.12.2009 befristet. Mit der Befristung eines Gesetzes wird zum Ausdruck gebracht, dass vor einer Verlängerung des Gesetzes die Erfahrungen, die mit dem Gesetz gemacht worden sind, ausgewertet werden sollen. Das bietet sich gerade im Hinblick auf die Rasterfahndung an.

Bevor eine neue Regelung in das HSOG aufgenommen wird, würde es sich deshalb insbesondere anbieten, eine Evaluierung der bereits durchgeführten Rasterfahndung vorzunehmen. Es würde sich dann nämlich die Frage ergeben, ob es einer derartigen Ermächtigungsgrundlage überhaupt bedarf und ob die Rasterfahndung überhaupt ein geeignetes Instrument der Gefahrenabwehr ist. Diese Fragen stellen sich deshalb bei der Rasterfahndung in besonderer Weise, weil von ihr, mehr noch als von anderen polizeilichen Eingriffen, eine große Zahl von Personen erfasst wird. Ich möchte insoweit auf die Erklärung des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen, Herrn Dr. Ingo Wolf, vom 23.05.2006 verweisen. Der Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen, (FDP) führte zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung aus: „Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich in Zukunft keine Sicherheitslücken“, betonte der Minister. Die Erfahrung mit der beanstandeten Rasterfahndung zeige, dass Terroristen kaum über Datenraster zu erfassen sind.

Geiststraße 2
D-48151 Münster
Tel. 0251/5 20 91-0
Fax 0251/5 20 91-52
E-Mail: post@meisterernst.de
www.meisterernst.de

Sparkasse Münsterland Ost
Kto.-Nr. 299 602
BLZ 400 501 50

Postbank Dortmund
Kto.-Nr. 162 811-461
BLZ 440 100 46

UStNr.: 337/5716/0084



Es gebe geeignete Mittel, um die Gefahren, die durch islamistische Terroristen bestehen, wirksam und rechtlich zulässig abzuwehren.

Legt man diese Erkenntnisse und Erfahrungen zu Grunde, dann bedürfte es schon besonderer Gründe, weshalb es überhaupt des polizeilichen Instruments der Rasterfahndung bedarf.

Eine Evaluierung der Rasterfahndung durch das Bundeskriminalamt, datierend aus dem Jahre 2003, enthält gleichfalls die Bemerkung, dass die Rasterfahndung zwar in erheblichem Umfang Polizeikräfte bindet, allerdings nicht zu dem gewünschten Ergebnis, der Auffindung von Terroristen, geführt hat. Für Hessen liegt eine solche Evaluierung offenbar nicht vor.

2.

Die beabsichtigte Neufassung des § 26 Abs. 1 S. 1 HSOG sieht weiterhin von dem bis zum fünften Gesetz zur Änderung des HSOG vom 12.09.2002 geltenden Richtervorbehalt für die Anordnung der Rasterfahndung ab.

Es waren die ordentlichen Gerichte in Hessen, die schon frühzeitig auf die Bedenken im Hinblick auf die Durchführung der Rasterfahndung hingewiesen hatten. So stellte das Landgericht Wiesbaden durch seinen Beschluss vom 06.02.2002 ganz im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 04.04.2006, Az.: 1 BvR 518/02, fest, dass die Begründung zur Durchführung der Rasterfahndung allein auf Vermutungen gestützt sei. Trotz monatelanger, intensiver Fahndungen sei der Antragsteller, also die hessischen Polizeibehörden, *„mit seinem Vorbringen über das Stadium von Mutmaßungen nicht hinaus gekommen.“* Das Landgericht Wiesbaden hatte also bereits seinerzeit das beanstandet, was auch den Kern des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts ausmacht, dass nämlich die Rasterfahndung allein auf der Grundlage vager Verdachtsmomente durchgeführt werden sollte und keine konkrete Gefahr vorlag. In diesem Sinne äußerte sich auch das Oberlandesgericht Frankfurt, das die Beschwerde des Hessischen Innenministeriums gegen die Einstellung der Rasterfahndung zurück wies. In äußerst bedenkenswerter Weise äußerte das Oberlandesgericht Frankfurt dazu: *„Mit der Übertragung der Entscheidungskompetenz und Verantwortung auf die Gerichte ist zugleich die Erwartung verbunden, dass sich die zur Entscheidung berufenen Richterinnen und Richter – auch in Krisenzeiten – nicht von eigenen Emotionen oder Emotionen anderer, sondern ausschließlich vom Gesetz leiten lassen.“*

Es scheint kaum nachvollziehbar, dass es ausgerechnet diese, doch sehr bedenkenswerte und in vollem Umfang im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht stehenden Äußerungen gewesen sind, die den hessischen Landesgesetzgeber seinerzeit dazu bewogen haben, eine vorherige Kontrolle der Rasterfahndung durch die Gerichte abzuschaffen. Dies gilt umso mehr, als auf diese Weise keine Gewähr mehr dafür geboten ist, dass die Maßnahmen der Polizeibehörden durch die Gerichte überhaupt überprüft werden.

Auch nach der verfassungswidrigen Neufassung des § 26 HSOG durch das fünfte Gesetz zur Änderung des HSOG vom 12.09.2002 hatten Betroffene durch Einleitung gerichtlicher Schritte die Durchführung der Rasterfahndung zu verhindern versucht. Nachdem zunächst erfolgreich durch einen Beschluss des Verwaltungsgerichts Gießen verhindert werden konnte, dass die Universitäten die Daten der Studierenden an die Polizeibehörden weitergaben, wurde dann durch ein gerichtliches Eilverfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO erfolglos vor dem Verwaltungsgerichts Wiesbaden versucht, die Durchführung der Rasterfahndung selbst zu verhindern. Das Verwaltungsgericht äußerte zwar erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme, verwies den Betroffenen jedoch insoweit auf ein nachträgliches Hauptsacheverfahren, Aktenzeichen 5 G 1883/02 und ließ die Frage der Rechtmäßigkeit der Maßnahme offen.

Man hätte nun die Erwartung haben können, dass das Hessische Innenministerium großes Interesse an der Durchführung eines Beschwerdeverfahrens vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof hatte

um diese Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Rasterfahndung auszuräumen. Zu einer Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes kam es jedoch nicht. Im Gegenteil: Das von den Betroffenen eingeleitete Beschwerdeverfahren musste alsbald für erledigt erklärt werden, da die Hessische Polizeibehörden erklärten, sie verzichteten auf die Daten des Beschwerdeführers. Daraufhin konnte der Rechtsstreit, da der Betroffene nunmehr nicht mehr von der Rasterfahndung betroffen war, vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof nicht mehr fortgeführt werden.

Die Rechtslage blieb mithin offen, was auch in der Kostenentscheidung des VGH zum Ausdruck kam, der die Kosten gegeneinander aufgehoben hatte.

Zur Begründung führte der Hessische Verwaltungsgerichtshof aus:

„Eine verlässliche Aussage darüber, wer in dem Rechtsstreit voraussichtlich obsiegt hätte, wenn es nicht zur Erledigung gekommen wäre, hätte nur nach einer umfangreicheren rechtlichen Prüfung getroffen werden können.“; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 31.07.2003, Aktenzeichen 10 TG 953/03

Im Ergebnis führte die Abschaffung des Richtervorbehalts mithin dazu, dass es keinerlei Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Rasterfahndung gab. Dies erscheint als eine bemerkenswerte Schwachstelle im Rechtssystem.

Ein Gesetzgeber, der die Polizei zu bestimmten polizeilichen Maßnahmen ermächtigt, sollte gleichzeitig ein Interesse haben, dass die Grenzen der von ihm geschaffenen Ermächtigungsgrundlage auch wirksam überprüft werden. Die Anordnung des Richtervorbehalts für die Rasterfahndung gewährleistet eine vorherige Überprüfung der Maßnahme durch unabhängige Richter. Von den Gerichten kann die Frage der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen dann nicht offen gelassen werden. Ohne Richtervorbehalt findet allenfalls eine nachträgliche Überprüfung der Maßnahmen statt. Aber auch eine nachträgliche Kontrolle der Maßnahme durch Rechtsmittel der Betroffenen ist nicht gewährleistet. Denn diese nehmen aufgrund der einschüchternden Wirkung dieser Maßnahme, auf die der Hessische Innenminister bereits hingewiesen hatte, Landtagsdrucksache 16/2042, von solchen Schritten häufig Abstand.

Der Evaluierungsbericht des BKA zur Rasterfahndung enthält insoweit die bemerkenswerte Feststellung, die Gerichtsverfahren hätten zu Akzeptanzproblemen für die Rasterfahndung geführt. Die Frage mag erlaubt sein, ob es nicht vielmehr die Rasterfahndung selbst war, die die Akzeptanzprobleme hervorgerufen hat.

Auch andere Mängel des Gesetzes werden durch die vorgeschlagene Neuregelung nicht behoben.

So fehlt es nach wie vor an der Benachrichtigung derjenigen Personen, deren Daten erhoben und abgeglichen worden sind.

Fazit:

Wer die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 04.04.2006 ernst nimmt, muss auch dafür Sorge tragen, dass ein effektiver Rechtsschutz der Betroffenen gegen Maßnahmen der Rasterfahndung möglich ist. Effektiver Rechtsschutz bedeutet insoweit nichts anderes, als dass die Betroffenen durch die Gerichte feststellen lassen können, ob die vom Gesetzgeber geschaffenen Grenzen der polizeilichen Ermächtigung beachtet worden sind. Der Gesetzgeber sollte auch insoweit ein Interesse daran haben, dass die von ihm getroffenen Ermächtigungsgrundlagen für die Polizei von dieser ernst genommen werden und beachtet werden.

Die Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz ist ein Richtervorbehalt und eine Information der Betroffenen. Daran mangelt es dem Gesetzentwurf.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Achelpöhler', written in a cursive style.

Achelpöhler
Rechtsanwalt

-70-

10

LANDESVERBAND HESSEN

im Deutschen Anwaltverein e.V.

Gerichtsstraße 2
 65185 Wiesbaden
 Tel.: 06 11/34 13 18 37
 Fax: 06 11/34 13 18 38
 E-Mail: lvhessen.dav@t-online.de
 http://hessen.lv.dav.de

Per Fax: 350 345

Hessischer Landtag
 Ausschussesekretariat
 Postfach 32 40

65022 Wiesbaden

30.11.06 JT

30. November 2006

**Schriftliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP
 Für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die
 öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) – Drucks. 16/5773 -**

Sehr geehrte Damen und Herren,

namens des Hessischen Landesverbandes im Deutschen Anwaltverein e.V. danke
 ich für Ihr Schreiben vom 21.09.2006.

Der Vorstand begrüßte grundsätzlich die Gesetzesinitiative der FDP-Fraktion mit
 dem Ziel, das HSOG den verfassungsrechtlichen Vorgaben anzupassen.

Zu Artikel 1, Ziffer 1 des Entwurfes:

Die geplante Vorschrift verbietet zu Recht die Datenerhebung aus Wohnungen sowie
 Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen der in § 53 StPO genannten
 Berufsgeheimnisträger. Es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn Abhör- und
 ähnliche Maßnahmen in anderen Räumen stattfinden, wenn sie für die Abwehr einer
 gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich sind.
 Selbstverständlich sollten solche Maßnahmen abgebrochen werden, wenn diese
 Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung mit sich bringen.
 Allerdings sollten die derartig erfassten Informationen nicht nur einem
 Verwertungsverbot unterliegen, sondern auch im Rahmen des § 27 HSOG gelöscht
 bzw. gesperrt werden.

Begrüßenswert wäre es allerdings, wenn die Polizeibehörden in dieser Vorschrift
 auch verpflichtet werden würden, abgebrochene Maßnahmen und die Löschung bzw.
 Sperrung der Daten dem Bürger im nachhinein bekannt zu geben.

Vorstand: RAuN Peter Schirmer (1. Vorsitzender), RAuN Wolfram Pagels (2. Vorsitzender)
 RA Johannes Hallenberger, RAin Ilona Moog, RA Ulrich Volk, RAuN Volkhard Werhahn

Eingetragen Amtsgericht Wiesbaden Register-Nr. 2356

Bankverbindung: Postbank Frankfurt/Main · Konto-Nr. 108-41-609 · BLZ 500 100 60

- 21 -

Dies hätte den Vorteil, dass die Bürger sicher davon Kenntnis erhalten, dass mit den Informationen aus ungerechtfertigtem Lauschangriff kein Missbrauch getrieben wird und keine Stigmatisierung erfolgt. Die weitergehende Vorschrift würde auch dem höheren Sicherheitsgefühl des Bürgers dienen.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf eine ähnliche Verpflichtung der Polizeibehörden in den Vereinigten Staaten, die damit gute Erfahrungen gemacht haben.

Zu Artikel 1, Ziffer 2 a):

Auch die im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung erlangten Erkenntnisse, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen, sollten – wenn sie denn für die Polizeibehörden ohne Bedeutung sind – nicht nur einem Verwertungsverbot, sondern auch einem Löschungs- bzw. Sperrungsgebot unterliegen.

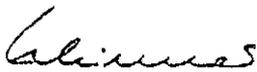
Auch wird vorgeschlagen – wie bereits oben erwähnt – eine Verpflichtung in das Gesetz einzufügen, die Betroffenen im nachhinein zu unterrichten, sofern diese Erkenntnis für die Polizeibehörden ohne Bedeutung sind.

Zu Artikel 1, Ziffer 3:

Diesem Entwurf wird uneingeschränkt zugestimmt.

Ich hoffe, zur politischen Meinungsbildung im Innenausschuss beigetragen zu haben und verbleibe

mit freundlichen Grüßen



(Schirmer)

Vorsitzender des Landesverbandes Hessen
im Deutschen Anwaltverein

ULD • Postfach 71 16 • 24171 Kiel

30. 11.06 ↗

Holstenstraße 98
24103 Kiel
Tel.: 0431 988-1200
Fax: 0431 988-1223
Ansprechpartner/in:
Herr Bergemann
Durchwahl: 988-1216
Aktenzeichen:
LD 74.03/99.048

Kiel, 27. November 2006

Schriftliche Anhörung zu dem Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) – Drs. 15/5773

Stellungnahme Dr. Johann Bizer/Nils Bergemann

Das Bundesverfassungsgericht hat die verfassungsrechtlichen Anforderungen an sicherheitsrechtliche Eingriffsbefugnisse in seiner neueren Rechtsprechung grundlegend klargestellt. Hervorzuheben sind vor allem die Entscheidungen zum großen Lauschangriff vom 3. März 2004 (1 BvR 2378/98 und u. 1 BvR 1084/99, NJW 2004, 999) und zur präventiven Telekommunikationsüberwachung vom 27. Juli 2005 (1 BvR 668/04, NJW 2005, 2603). Diese Entscheidungen stellen nicht nur hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit und die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen. Im Mittelpunkt der Entscheidungen steht auch der absolute Schutz des auf der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes beruhenden Kernbereichs privater Lebensgestaltung (vgl. hierzu Entschließung der 70. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 27. und 28. Oktober 2005, <http://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/presse/20051028-dsbk-kernbereich.htm>).

Ebenso bedeutend ist das Urteil zur Rasterfahndung vom 4. April 2006 (1 BvR 518/02), welches die Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Bereich polizeilicher Vorfeldmaßnahmen weiter ausfüllt. Bestimmte Maßnahmen sind danach nur noch möglich, wenn zumindest eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter gegeben ist.

Es ist zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber diese sich aus diesen Urteilen ergebenden Anforderungen im Gesetz verankert. Der vorgelegte Entwurf kommt dieser Verfassungsrechtsprechung entgegen, lässt allerdings Raum für ergänzende Anregungen. Im Einzelnen nehme ich wie folgt Stellung:

Zu Artikel 1Nr. 1 (Neufassung § 15 Abs. 4 HSOG-E)

§ 15 Abs. 4 HSOG regelt für den Bereich der akustischen Wohnraumüberwachung bislang lediglich ein *Verwertungsverbot* für Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung. Dies ist nicht ausreichend. Die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde verlangt zusätzlich *Erhebungsverbote*, die bereits die Erlangung solcher Erkenntnisse ausschließen. Ein solches Erhebungsverbot fehlt der bisherigen Regelung.

- a) Für die Datenerhebung im Rahmen der akustischen Wohnraumüberwachung hat das Bundesverfassungsgericht angesichts der notwendigen Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ein gestuftes Vorgehen vorgezeichnet.

Vor Durchführung der Maßnahme ist auf der *ersten Stufe* eine Prognoseentscheidung zu treffen, ob das abgehörte Gespräch den Bereich des Höchstpersönlichen betreffen wird. Die überwachten Gespräche sind „in der Regel durch eine Gemengelage unterschiedlicher Inhalte geprägt“ (BVerfG, Urt. v. 3. März 2004, 1 BvR 2378/98, Abs. 178). Ein Erhebungsverbot besteht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts daher bereits dann, wenn nur ein Teil des Gesprächs diesen Bereich betreffen wird (BVerfG a.a.O.; Leutheusser-Schnarrenberger ZRP 2005, 1, 2; Bergemann in: Roggan, Lauschen im Rechtsstaat (Gedächtnisschrift für Hans Liskén), 2004, S. 57; a.A.).

Ergibt diese Prognoseentscheidung, dass der Kernbereich voraussichtlich nicht betroffen ist, dann ist auf der *zweiten Stufe* das Abhören und die Aufzeichnung der Gespräche zu kontrollieren. „Führt die akustische Wohnraumüberwachung im Übrigen unerwartet zur Erhebung von absolut geschützten Informationen, muss sie abgebrochen werden, und die Aufzeichnungen müssen gelöscht werden“; „die Fortsetzung der Überwachung wäre in solchen Fällen rechtswidrig“ (BVerfG, Urt. v. 3. März 2004, 1 BvR 2378/98, Abs.-Nr. 135, 179).

- b) Die bisherige Regelung enthält in Satz 2 lediglich ein Verwertungsverbot. Danach sind die Polizeibehörden nicht verpflichtet, vor Beginn und während der Durchführung der Maßnahme zu kontrollieren, ob Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erhoben werden. Dies dürfte zur Verfassungswidrigkeit der Norm führen, denn das Bundesverfassungsgericht hat es ausdrücklich als nicht ausreichend erachtet, wenn sich Einschränkungen der Maßnahme zum Schutze des Kernbereichs lediglich aus den Verfassungsgrundsätzen ergeben, ohne dass die gesetzlichen Vorschriften entsprechende Verfahrensvorkehrungen hinreichend klar regeln: „Die gesetzlichen Vorschriften müssen hinreichende Vorkehrungen dafür treffen, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben und damit die Menschenwürde gewahrt wird. Wird dieses Verbot verletzt oder greift eine Maßnahme unerwartet in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung ein, muss sie abgebrochen werden, und es muss durch Löschungspflichten und Verwertungsverbote vorgesorgt sein, dass die Folgen beseitigt werden.“ (BVerfG a.a.O., Absatz Nr. 169).
- c) Dem schafft die geplante Neuregelung weitgehend Abhilfe. Gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2 HSOG-E ist die Maßnahme sofort abzubrechen, sofern erkennbar wird, dass Erkenntnisse aus dem Kernbereich erlangt werden. Die geplante Vorschrift lässt sich dahin auslegen, dass die Maßnahme von vornherein zu unterbleiben hat, wenn eine Kernbereichsrelevanz erkennbar ist. Dass nicht nur während, sondern bereits vor der Durchführung der Maßnahme eine Prognoseentscheidung an-

hand einer typisierenden Betrachtungsweise zu treffen ist (vgl. BVerfG a.a.O. Absatz-Nr. 139 ff, 169), kann jedoch noch klarer geregelt werden.

Für den Bereich der akustischen Wohnraumüberwachung hat das Bundesverfassungsgericht eine Vermutungsregel bestimmt, wonach die Kernbereichsrelevanz der in einer Wohnung geführten Gespräche anzunehmen ist, wenn das Gespräch durch engste Vertraute geführt wird:

„Ein Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen hat zur Vermeidung von Eingriffen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu unterbleiben, wenn sich jemand allein oder ausschließlich mit Personen in der Wohnung aufhält, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis steht - etwa mit Familienangehörigen oder sonstigen engsten Vertrauten - und es keine konkreten Anhaltspunkte gibt, dass die zu erwartenden Gespräche nach ihrem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu Straftaten aufweisen. Zwar gehören nicht sämtliche Gespräche, die ein Einzelner mit seinen engsten Vertrauten in der Wohnung führt, zum Kernbereich privater Lebensgestaltung. Im Interesse der Effektivität des Schutzes der Menschenwürde spricht aber eine Vermutung dafür. Abhörmaßnahmen sind ausgeschlossen, wenn es wahrscheinlich ist, dass mit ihnen absolut geschützte Gespräche erfasst werden.“ (BVerfG, Urt. v. 3. März 2004, 1 BvR 2378/98, Abs.-Nr. 138).

- d) Angesichts der vorstehenden Ausführungen wäre (statt Satz 2) folgende Formulierung alternativ denkbar (teilweise in Anlehnung an § 100 c StPO):

„Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte, insbesondere zu der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und dem Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander, anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Gespräche in Wohnungen und Räumen, denen typischerweise oder im Einzelfall die Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung zukommt, sind regelmäßig dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen. Das Abhören und Aufzeichnen ist unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass auch Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Aufzeichnungen über solche Äußerungen sind unverzüglich zu löschen. Erkenntnisse über solche Äußerungen dürfen nicht verwertet werden. Die Tatsache der Erfassung der Daten und ihrer Löschung ist zu dokumentieren.“

- e) Der Schutz der Kommunikation mit den in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsheimnissträger ergibt sich teilweise ebenfalls aus dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, so insbesondere bei Ärzten, Psychotherapeuten, Strafverteidigern und Geistlichen. Der Schutz der Berufsheimnissträger in § 53 StPO „bezweckt in erster Linie den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen der Vertrauensperson und demjenigen, der vertrauensvoll ihre Hilfe in Anspruch nimmt (EbSchmidt RdNr. 3), liegt aber auch im öffentlichen Interesse daran, dass der Rat- und Hilfesuchende sich an rückhaltsloser Offenbarung nicht durch die Besorgnis behindert fühlt, die Vertrauensperson könnte das ihm Anvertraute als Zeuge einmal preisgeben müssen“ (Senge in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. A. 2003, § 53 Rn. 1 m.w.N.). Im Bereich der akustischen Wohnraumüberwachung werden im Bereich der Strafprozessordnung die Wertungen des § 53 ebenfalls berücksichtigt, indem § 100c Abs. 1 Satz 1 StPO hier ein Erhebungs- und Verwertungsverbot festlegt. Um Wertungswidersprüche wäre eine entsprechende Regelung in den

Polizeigesetzen der Länder ebenfalls wünschenswert. Dies berücksichtigt die vorgeschlagene Regelung.

Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 15a Abs. 4 HSOG-E)

§ 15a Abs. 4 HSOG, der die Telekommunikationsüberwachung zur Gefahrenabwehr regelt, enthält gegenwärtig keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Dadurch ist die Eingriffsnorm verfassungswidrig. Der durch die Menschenwürdegarantie Art. 1 Abs. 1 GG uneingeschränkt gewährleistete Kernbereich privater Lebensgestaltung verlangt Erhebungs- und Verwertungsverbote sowie Löschungspflichten.

- a) Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sind die Bürgerinnen und Bürger zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung, weshalb der Schutz anders ausgestaltet ist, als der des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG; dennoch fordert die nach Art. 1 Abs. 1 GG stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung (BVerfG Urt. v. 27. Juli 2005, Absatz Nr. 160 ff.; vgl. zu den Folgen aus dem Urteil zur akustischen Wohnraumüberwachung für den Bereich der Telekommunikation auch: Gusy in: Schaar, Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand?, Berlin 2004, S. 35 ff.; Bergemann in: Roggan, Lauschen im Rechtsstaat (Gedächtnisschrift für Hans Liskens), 2004, S. 69 ff).

Auch für den Bereich der präventiven Telekommunikationsüberwachung sieht das Gericht ein Erhebungsverbot vor: „Bestehen im konkreten Fall tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung Inhalte erfasst, die zu diesem Kernbereich zählen, ist sie nicht zu rechtfertigen und muss unterbleiben.“ (BVerfG Urt. v. 27. Juli 2005, Absatz Nr. 163). Daher ist auch im Bereich der Telekommunikationsüberwachung sicherzustellen, dass diese von vornherein unterbleibt, wenn Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sein wird. Liegen die Anhaltspunkte bereits vor Beginn der Maßnahme vor, darf diese nicht begonnen werden. Wird während der Überwachung deutlich, dass der Kernbereich betroffen wird, ist die Maßnahme sofort abbrechen.

Als weitere notwendige Verfahrensvorkehrung formuliert das Gericht: „Hinzu müssen Vorkehrungen kommen, die sichern, dass die Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert [...] werden dürfen, sondern unverzüglich gelöscht werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen ist“ (Urteil vom 27. Juli 2005, 1 BvR 668/04, Abs.-Nr. 164).

- b) § 15 a HSOG enthält zur Zeit keinerlei Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und dürfte daher nach vorgenannter Rechtsprechung als materiell verfassungswidrig einzustufen sein. Auf das oben zur akustischen Wohnraumüberwachung Gesagte kann zu den Einzelheiten verwiesen werden. Einschränkend gilt allerdings, dass die oben (zu Art. 1 Nr. 1) dargestellte Rechtsprechung zur Vermutung, dass Gespräche zwischen engsten Vertrauten in Wohnungen regelmäßig dem Kernbereich zuzuordnen sind, nicht „eins zu eins“ auf den Bereich der Telekommunikationsüberwachung übertragbar sein dürften. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Erhebungsverbote zu regeln sind, die die beteiligten Behörden bereits vor Beginn der Maßnahme verpflichten, Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs zu treffen.

Der geplanten § 15a Abs. 4 HSOG-E dürfte im Ergebnis den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Auch diese geplante Vorschrift ist in der Weise auszulegen, dass die Telekommunikationsüberwachung von vornherein unterbleibt, wenn bereits zu Beginn der Maßnahme Anhaltspunkte feststehen, nach denen das Gespräch (auch) den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird.

- c) Die Kommunikation mit Berufsgeheimnisträgern ist angesichts der verfassungsrechtlichen Zielsetzung des § 53 StPO auch hier wünschenswert.

Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 26 Abs. 1 Satz 1 HSOG-E)

Die bisherige Regelung in § 26 HSOG wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht, weshalb Anpassungsbedarf besteht.

- a) In seiner Entscheidung vom 4. April 2006 (1 BvR 518/02) hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass eine präventive polizeiliche Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar sein kann, wenn diese Maßnahme schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr ermöglicht wird (Absatz-Nr. 138). Denn sie würde dann zu vollständig verdachtslosen und mit hoher Streubreite erfolgenden Grundrechtseingriffen führen; dabei könnten auch Informationen mit intensivem Persönlichkeitsbezug erfasst werden (a.a.O.). Verfassungsrechtliche Voraussetzung für die Durchführung einer präventiven Rasterfahndung ist eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person (Leitsatz 1).

Eine konkrete Gefahr im dargelegten Sinne kann nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch eine Dauergefahr sein (Absatz-Nr. 146). Bei einer solchen Gefahr besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts über einen längeren Zeitraum hinweg zu jedem Zeitpunkt; die mit dem Erfordernis einer konkreten Gefahr verbundenen Anforderungen an die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sowie an die konkrete Tatsachenbasis der Wahrscheinlichkeitsprognose gelten jedoch ebenfalls (a.a.O.). Erforderlich ist, dass weitere Tatsachen vorliegen, aus denen sich eine konkrete Gefahr, etwa für die Vorbereitung oder Durchführung terroristischer Anschläge, ergeben (Absatz Nr. 147).

- b) Die gegenwärtige Regelung spricht allgemein von der „Verhütung“ von Straftaten erheblicher Bedeutung gegen bestimmte Rechtsgüter, setzt jedoch nicht das Vorliegen konkreter Tatsachen voraus. Sie lässt "tatsächliche Anhaltspunkte" ausreichen, nach denen die Maßnahme zur Verhütung der im Tatbestand genannten Straftaten erforderlich ist. Für das Vorliegen von "tatsächlichen Anhaltspunkten" fordert die gängige Definition lediglich „Indizien, aus denen nach der behördlichen Erfahrung auf das mögliche Vorliegen eines Sachverhalts geschlossen werden kann“ (Vgl. etwa SächsVerfGH, Urt. v. 14. Mai 1996 (Vf. 44-II-94), S. 63; ausführlich dazu Rachor, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., München 2001, S. 358 ff.). Damit genügt der Tatbestand nicht den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

- b. Der Alternativentwurf setzt zunächst das Vorliegen einer Gefahr voraus. Danach darf die Maßnahme zur „Abwehr einer konkreten Gefahr“ für die im Entwurf genannten hochrangigen Rechtsgüter durchgeführt werden; gleichzeitig aber verknüpft der Tatbestand die genannte Formulierung mit der weiteren Formulierung „wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Abwehr der Gefahr erforderlich ... ist“. Diese Formulierung, die insoweit aus dem bestehenden § 26 Abs. 1 HSOG übernommen wurde, erscheint überflüssig und birgt das Risiko eines zu weiten Herabsenkens der Eingriffsschwelle. Als Alternative wird angeregt, die Formulierung des § 31 Abs. 1 des Polizeigesetzes Nordrhein-Westfalens zu übernehmen; diese wurde vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich akzeptiert.

„Die Polizei kann von öffentlichen Stellen und Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs die Übermittlung von personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen aus Dateien zum Zwecke des automatisierten Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, soweit dies zur Abwehr einer (...) [konkreten] Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist (Rasterfahndung).“¹

- c. Ergänzend sei angemerkt, dass nach der bundesweiten Rasterfahndung nach dem 11. September 2001 keine Evaluation der Maßnahme durch eine unabhängige Institution durchgeführt wurde. Die Wirksamkeit der äußerst eingriffsintensiven Maßnahme ist bislang nicht belegt. Ich rege daher an, auch die Notwendigkeit der gesetzlichen Eingriffsbefugnis als solche auf den Prüfstand zu stellen.

Dr. Johann Bizer
Stellvertretender Landesbeauftragter für Datenschutz Schleswig-Holstein

U:\Vorgänge\Gesetze\Hessen HSOG\LD5 Schreiben 20061124 Stellungnahme HSOG FDP.doc

¹ Der Verfasser hat das Wort „gegenwärtigen“ durch das Wort „konkreten“ ersetzt.