

Ausschussvorlage INA/16/59

eingegangene Stellungnahme 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 –

16. PD Dr. Winfried Bausback, Institut für Internationales Recht,
Europarecht u. Europäisches Privatrecht

S. 93

- 83 -

16

Privatdozent Dr. Winfried Bausback

Institut für Internationales Recht,
Europarecht und Europäisches Privatrecht

Domerschulstr. 16 (Alte Universität)
Rufnummer: (0931) 31 2308
Faxnummer: (0931) 31 2793

Universität Würzburg

E-Mail: wbausback@jura.uni-wuerzburg.de

22.12.06

Schriftliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP

für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) – Hess. Landtag Drucks. 16/5773

Der Innenausschuss des hessischen Landtages hat mich um eine Stellungnahme zu dem oben genannten Gesetzesentwurf gebeten. Diesem Ersuchen komme ich gerne nach.

A. Zum Inhalt der beantragten Gesetzesänderung

Vorgesehen werden in dem Gesetzesentwurf Änderungen in drei unterschiedlichen Bereichen, nämlich den Befugnissen zur sog. präventiven Rasterfahndung, zur Datenerhebung in oder aus Wohnungen und zur Telekommunikationsüberwachung.

Bei allen drei Bereichen geht es um die konkrete Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen einem Freiheitsschutz vor dem Staat und dem Schutz von Sicherheit und Freiheit durch den Staat.¹ Zu den drei Problembereichen wird im Folgenden ge-

¹ Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis z.B. H.-D. Horn, Sicherheit und Freiheit durch vorbeugende Verbrechensbekämpfung – Der Rechtsstaat auf der Suche nach dem rechten Maß, in: H.-D. Horn (Hrsg.), Recht im Pluralismus, Festschrift für W. Schmitt Glaeser (2003), S. 435 ff. einerseits und H. Schulze-Fielitz, Nach dem 11. September: An den Leistungsgrenzen eines verfassungsstaatlichen Polizeirechts?, in: H.-D. Horn (Hrsg.), Recht im Pluralismus, Festschrift für W. Schmitt Glaeser (2003), S. 407 ff. andererseits.

trennt Stellung genommen, wobei der Schwerpunkt der Ausführungen auf die Rasterfahndung bezogen ist.

B. Zur vorgeschlagenen Änderung der Voraussetzungen der Rasterfahndung in § 26 HSOG

I. Zur Einordnung des vorliegenden Änderungsvorschlages der FDP-Fraktion

In seiner geltenden Fassung, die auf einen Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2002² zurückgeht, sieht § 26 HSOG folgende Fassung des Absatzes 1 vor:

„(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.“

Absatz 2 beschränkt materiell den Inhalt eines solchen Übermittlungsersuchens,³ Absatz 3 trifft Regelungen über Löschungs- und Protokollierungsverpflichtungen,⁴

² Zugrunde lag der Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG), Hessischer Landtag, Drucksache 15/3755 vom 12. März 2002.

³ „(2) Das Übermittlungsersuchen ist auf Namen, Anschriften, Tag und Ort der Geburt sowie auf im einzelnen Falle festzulegende Merkmale zu beschränken. Werden wegen technischer Schwierigkeiten, die mit angemessenem Zeit- oder Kostenaufwand nicht beseitigt werden können, weitere Daten übermittelt, dürfen diese nicht verwertet werden.“

Absatz 4 sieht für die Anordnung einen Behördenleitervorbehalt vor, der nochmals dadurch qualifiziert wird, dass zusätzlich die Zustimmung des hessischen Landespolizeipräsidiums verlangt wird.⁵ Absatz 5 regelt die nachträgliche Information von Betroffenen über die Maßnahmen.⁶

Der derzeit behandelte Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion will die Bestimmung allein in Absatz 1 S. 1 wie folgt ändern:

„(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. (...)

(2) ...“

Die übrigen Regelungen des § 26 HSOG sollen gleich bleiben.

Der entscheidende Unterschied des Regelungsvorschlages zu der geltenden Fassung liegt in dem Erfordernis einer *konkreten Gefahr*, von dem die Anordnung der Rasterfahndung abhängig gemacht werden soll. Begründet wird dies mit der Ent-

⁴ „(3) Ist der Zweck der Maßnahme erreicht oder zeigt sich, dass er nicht erreicht werden kann, sind die übermittelten und im Zusammenhang mit der Maßnahme zusätzlich angefallenen Daten auf dem Datenträger zu löschen und die Unterlagen, soweit sie nicht für ein mit dem Sachverhalt zusammenhängendes Verfahren erforderlich sind, unverzüglich zu vernichten. Über die getroffenen Maßnahmen ist eine Niederschrift anzufertigen. Diese Niederschrift ist gesondert aufzubewahren, durch technische und organisatorische Maßnahmen zu sichern und am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Vernichtung der Unterlagen nach Satz 1 folgt, zu vernichten.“

⁵ „(4) Die Maßnahme nach Abs. 1 bedarf der schriftlich begründeten Anordnung durch die Behördenleitung und der Zustimmung des Landespolizeipräsidiums. Von der Maßnahme ist die oder der Hessische Datenschutzbeauftragte unverzüglich zu unterrichten.“

⁶ „(5) Personen, gegen die nach Abschluss einer Maßnahme nach Abs. 1 weitere Maßnahmen durchgeführt werden, sind hierüber durch die Polizei zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des Zweckes der weiteren Datennutzung erfolgen kann. § 29 Abs. 6 Satz 4 und 5 und Abs. 7 gilt entsprechend.“

scheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. April 2006, aus der sich eine Änderungsnotwendigkeit ergeben soll.

II. Zum Hintergrund der geltenden Regelung des § 26 HSOG

Der Vorentwurf zur Änderung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder (VMEPolG) aus dem Jahre 1986 (Stand 12.3.1986)⁷ sah in seinem § 10 f noch eine *gegenwärtigen Gefahr* als Voraussetzung für Rasterfahndungsmaßnahmen vor. Gegenwärtig ist nach herkömmlicher Dogmatik eine Gefahr, „wenn die Einwirkung eines schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder wenn eine Einwirkung unmittelbar oder in aller nächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht“⁸. Viele Landesgesetzgeber waren zunächst diesem Regelungsvorschlag gefolgt. Die Fassung des HSOG, die bis 2002 galt, entsprach diesem Vorentwurf nahezu wortidentisch.

Durch den internationalen islamistischen Terror, der sich insbesondere in dem verheerenden Anschlag auf das World Trade Center in New York am 11. September 2001 manifestierte, veränderte sich die Sicherheitslage dramatisch. Eine dem VMEPolG entsprechende Regelung erschien zunehmend problematisch. Zutreffend verwies etwa das VG Mainz auf eine insoweit bestehende *spezifische Dauergefahr*, für die nach Ansicht des Gerichts nicht nur das Attentat vom 11. September 2001 in New York, sondern auch schon zuvor Anschlägen etwa aus dem Jahr 1998 auf die US-Botschaften in Nairobi (Kenia) und Daresalam (Tansania) sowie auf ein US-Kriegsschiff im Hafen von Aden (Jemen) Belege darstellten.⁹ In den Anschlägen – so das VG Mainz damals – manifestierte sich eine „planmäßig angelegten Vernichtungsstrategie“, die nach Lage der Dinge weitere Terroranschläge befürchten lasse:

⁷ Abgedruckt bei F.-L. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht (10. Auflage 2004), Rn. 549.

⁸ Vgl. z.B. § 2 Nr. 3b BremPolG, § 2 Nr. 1 b Nds. SOG, § 3 Nr. 3b SOG LSA; ferner Nr. 10.2 der Vollzugsbekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zum BayPAG; zu weiteren Nachweisen in der Literatur vgl. W. Bausback, BayVBl. 2002, S. 713 ff. (720 Fn. 79).

⁹ Vgl. dazu ausführlich d. Verf., Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung – Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der landesrechtlichen Regelungen angesichts des internationalen Terrorismus, in: BayVBl. 2002, S. 713 ff. m.w.N. Schon das Attentat in Nairobi hatte im Übrigen eine außerordentlich hohe Opferzahl zur Folge (einschließlich der drei Selbstmordattentäter 247 Tote und ca. 5400 verletzte Menschen).

„Die Attentate erweisen sich mithin als Teil einer planmäßig angelegten Ver-
nichtungsstrategie, die mit den Ereignissen des 11. September 2001 ihren
(vorläufigen) Höhepunkt gefunden hat, keineswegs aber - legt man die dies-
bezüglichen Verlautbarungen maßgeblicher Sicherheitskreise (aus jüngster
Zeit etwa des Präsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz, vgl.
Mainzer Allgemeine Zeitung vom 18. Januar 2002) zugrunde - ihren Ab-
schluss. Besteht nach alledem eine Dauergefahr, die sich in den erfolgten At-
tentaten bereits konkretisiert hat und die nach Lage der Dinge weitere Terror-
anschläge befürchten lässt ...“¹⁰

Der Beschluss des VG Mainz wurde durch das OVG Koblenz in 2. Instanz
bestätigt.¹¹

Spätere Anschläge auf die von europäischen Touristen viel besuchte Synago-
ge „La Ghriba“ auf der tunesischen Insel Djerba (2002), auf Vorortzüge von
Madrid (2004) und auf den U-Bahn- und Busverkehr in London (2005) sowie
Anschlagsversuche¹², die zum Teil nur mit Glück verhindert werden konnten,
zeigen, dass die Annahme einer Dauergefahr durch das Gericht auch heute
noch plausibel ist. Mehrere Anschlagsversuche in Deutschland¹³ weisen dar-
auf hin, dass eine Gefahrenrealisierung auch in Deutschland befürchtet wer-
den muss. Im Übrigen ist aber zu beachten, dass der Präventionsanspruch
der Landespolizeigesetze sich nicht auf eine Gefahrenverwirklichung inner-
halb der Grenzen Deutschlands beschränken lässt. Finden für Taten – wie die
Anschläge vom 11. September und spätere Terroranschläge – Vorbereitungs-
handlungen in Deutschland statt, die eine Verwirklichung eines Attentates im
Ausland ermöglichen, ist es Aufgabe der jeweils zuständigen Landespolizei,
diese Anschläge zu verhindern. Die öffentlichen Sicherheit und Ordnung als
Schutzgut des präventiven Handelns der Polizei umfasst nicht nur im Inland

¹⁰ VG Mainz, DuD 2002, S. 303 ff (305).

¹¹ OVG Koblenz,), DuD 2002, S. 307-309.

¹² So konnte im Februar 2002 ein Attentat auf die US-Botschaft und Wasserversorgung in Rom
nur knapp verhindert werden, vgl. Verf. a.a.O. (o. Fn.9), BayVBl. 2002, S. 713 ff. (716).

¹³ Genannt werden können beispielhaft die Anschlagsversuche auf Züge in Dortmund und Kob-
lenz im Sommer 2006; zur Bedrohungslage vgl. auch Beschlussniederschrift über die 181.
Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und –senatoren der Länder am 4. Sep-
tember in Berlin, veröffentlicht (Stand der letzten Recherche am 21.12.2006) unter:
<http://stmi.bayern.de/Sicherheit/innere/sicherheitslage/print.php>.

gelegene Rechtsgüter. Leib, Leben und Freiheit einer Person und die Unversehrtheit der Rechtsordnung können auch durch Taten mit Erfolgsort im Ausland beeinträchtigt werden. Aus der repressiven Verfolgung von im Ausland verwirklichten Straftaten über das Weltrechts- und das passive Personalitätsprinzip kann geschlossen werden, dass sich die präventive Aufgabe der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung auch darauf bezieht.¹⁴ Wird eine Straftat in Deutschland vorbereitet, die Leib und Leben von Personen im Ausland zu schädigen droht, so ist es Aufgabe der jeweiligen Landespolizei, die Realisierung dieser Gefahr zu verhindern.¹⁵ Die Befugnisse, die die Landespolizei wahrnehmen kann, sind auf den Hoheitsbereich Deutschlands und darüber hinaus grundsätzlich auf den Hoheitsbereich des Landes beschränkt. Zu schützen hat die Polizei in diesem Hoheitsbereich aber auch Rechtsgüter und

¹⁴ Ein weiteren interessanten Ansatz lässt das VG Mainz (o. Fn. 10) ausdrücklich dahin stehen, nämlich die Frage, ob eine entsprechende Gefahrenlagen im Ausland nicht bereits deshalb unter den Gefahrenbegriff des Polizeigesetzes zu fassen ist, „weil Art. 1 Abs. 2 GG für den Staat die rechtliche Verpflichtung enthält, zur Verwirklichung der Menschenrechte weltweit beizutragen und jedenfalls bei einem sachlichen Anknüpfungspunkt zur deutschen öffentlichen Gewalt diese der Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unterliegt.“

¹⁵ Vgl. dazu treffend VG Mainz, DuD 2002, S. 303 ff. (305) bezogen auf die damalige Rechtslage in Rheinland-Pfalz:

„§ 25 d POG enthält keine besondere Aussage über das erfasste Schutzobjekt. Dieses bestimmt sich vielmehr nach der allgemeinen Vorschrift von § 1 Abs. 1 POG. Zum Schutz der hier in Betracht kommenden öffentlichen Sicherheit obliegt der Polizei auch die Verhinderung von Straftaten (De Clerck/Schmidt aaO Erläuterungen V 2 zu § 1). Attentate, wie sie ihrer Art nach weiterhin drohen, unterliegen, auch soweit sie im Ausland begangen werden, dem deutschen Strafrecht.

Werden - wie das bei den Anschlägen auf das Welthandelszentrum vom 11. September 2001 der Fall war - bei einer Tat im Ausland Deutsche verletzt, gilt deutsches Strafrecht gemäß § 7 Abs. 1 des Strafgesetzbuches (StGB). Im Übrigen stehen Auslandstaten im Raum, die zu den internationalen Delikten zählen und gemäß § 6 StGB nach dem Weltrechtsprinzip unabhängig vom Tatortrecht dem deutschen Strafrecht unterfallen; namentlich sind dies Sprengstoffverbrechen in den Fällen der §§ 308 Abs. 1 bis 4, 310 StGB (vgl. § 6 Nr. 2 StGB) sowie Angriffe auf den Luftverkehr nach § 316 c StGB (vgl. § 6 Nr. 3 StGB). Der in § 6 StGB zum Ausdruck kommende Weltrechtsgrundsatz erklärt sich grundsätzlich aus der Solidarität der Staaten und besagt, dass das inländische Strafrecht auch für bestimmte Taten gilt, durch die gemeinsame, in allen Kulturstaaten anerkannte Rechtsgüter verletzt werden, gleichgültig, wer sie begeht oder wo und gegen wen sie begangen werden. Am Schutz solcher übernationaler Kulturgüter haben alle Staaten ein gemeinsames Interesse (vgl. Gribbohm in Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 26. Lieferung, 1997, RN 135 und 144 zu Vor § 3). Die Erstreckung des staatlichen Strafanspruches auf derartige Delikte auch im Falle der Auslandsbegehung hat mangels gegenteiliger Regelungen zugleich zur Folge, dass auch diese Auslandstaten von den jeweiligen Präventivvorschriften und demgemäß auch vom polizeirechtlichen Gefahrenbegriff des § 25 d Abs. 1 POG erfasst werden. Rechtlich ist mithin unerheblich, ob es konkrete Hinweise auf Anschläge gerade in Rheinland-Pfalz oder in anderen Teilen Deutschlands gibt.“

Teile der Rechtsordnung, die im Ausland durch die Realisierung von Gefahren betroffen werden, die im Inland entstehen.¹⁶

Um der mit dem Anschlägen vom 11. September 2001 erkannten Dauergefahr zu begegnen, kamen die Innenminister bzw. -senatoren der Länder und der Bundesinnenminister schon kurz nach den Anschlägen politisch überein, Rasterfahndungsmaßnahmen durchzuführen. Am 18. September 2001 wurde der Bundesinnenminister durch einen Beschluss der ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder gebeten, Raster bzw. Profile zum Erkennen potenzieller islamischer Terroristen, die Deutschland als Ruheraum oder logistische Basis nutzen oder in Deutschland angeworben worden sind, zu entwickeln¹⁷. Unterstrichen wurde die Notwendigkeit von Rasterfahndungsmaßnahmen als Sofortmaßnahme im Zusammenhang mit den Terroranschlägen in den USA auf der 169. Sitzung der ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 7./8. November 2001 in Meisdorf.¹⁸

Die Umsetzung dieses politischen Beschlusses war in vielen Ländern problematisch, die bis dato eine präventive Rasterfahndung vom Bestehen einer „gegenwärtigen Gefahr“ abhängig gemacht hatten. Zwar ließ sich unschwer angesichts der erfolgten furchtbaren Anschläge und weiterer Anschlagversuche auch in der Folge eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung durch internationalen Terrorismus belegen. Doch war ein Scha-

¹⁶ Den Umstand, dass präventives Handeln der Polizei im Inland auch die Aufgabe hat, eine Gefahrverwirklichung für die deutsche öffentliche Sicherheit im Ausland zu verhindern, haben verschiedene Entscheidungen von Gerichten zur Rasterfahndung nach dem 11. September 2002 verkannt, so die Entscheidungen der Landgerichte Wiesbaden und Berlin, sowie des OLG Frankfurt. Alle diese Entscheidungen übersehen die Reichweite des Präventionsanspruches der Landespolizeigesetze, wenn sie sich allein auf die Gefahrenverwirklichung im Inland fokussieren.

¹⁷ Vgl. dazu d. Verf., Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung – Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der landesrechtlichen Regelungen angesichts des internationalen Terrorismus, in: BayVBl. 2002, S. 713 ff. (714) unter Hinweis auf Punkt 2.2 des Umlaufbeschlusses der Innenministerkonferenz vom 18. September 2001, „Betr.: Potenzielle Auswirkungen der Terroranschläge in den Vereinigten Staaten von Amerika auf Deutschland (Az.: VI D 4.4)“.

¹⁸ Vgl. Punkt 1.1 der Sammlung der zur Veröffentlichung freigegebenen Beschlüsse der 169. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 8. November 2001 in Meisdorf, dazu Verf., a.a.O., BayVBl. 2002, S. 713 ff. (714).

denseintritt nicht auf ein bestimmtes Objekt oder zumindest einen bestimmten engeren Kreis von Objekten eingrenzbar. Auch der Zeitpunkt eines möglichen Anschlags konnte nicht präzisiert werden. Die Dauergefahr war zwar aktuell vorhanden, sie ließ auch bei einer Realisierung hohe, kaum abschätzbare Schäden an zentralen, vom Grundgesetz geschützten Rechtsgütern erwarten, aber sie war nicht konkret.¹⁹

Zwar gingen verschieden Gerichte gleichwohl vom Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr aus.²⁰ Dies wurde unter Bezugnahme auf eine Rechtsprechung des BVerwG mit dem Ausmaß der drohenden Schäden begründet.²¹ Allgemein hat das BVerwG den Grundsatz entwickelt, dass je höher ein zu erwartender Schaden ist, je geringer zur Annahme eines Gefahrenbegriffs die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sein dürfen. Zwar war diese Faustregel auch schon in Bezug auf den Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ zur Anwendung gekommen²²; allerdings war der Grundsatz nicht dazu gedacht, die verschiedenen Gefahrenbegriffe völlig zu nivellieren und an deren Stelle in Bezug auf Eingriffe zur Gefahrenprävention ein von den Gerichten in ihrer Letztentscheidungskompetenz frei zu bemessendes Verhältnismaß zwischen der Wahrscheinlichkeit einer Gefahr und dem möglichem Schadensumfang zu setzen. Nur *innerhalb* eines durch die gesetzgeberische Entscheidung vorgegebenen Begriffsrahmens soll durch die Rechtsprechung eine weitere Nuancierung ermöglicht werden.²³

¹⁹ Vgl. Verf., Fesseln für die wehrhafte Demokratie, NJW 2006, S. 1922 ff. (1923).

²⁰ OLG Düsseldorf, NVwZ 2002, S. 629 ff. (629 f.); VG Mainz, DuD 2002, S. 303 ff (305); OVG Rheinland-Pfalz, DuD 2002, S. 307 ff. (308).

²¹ Das OLG Düsseldorf, NVwZ 2002, S. 629 ff. (629 f.) verweist ausdrücklich auf die Entscheidungen des BVerwG, NJW 1970, 1890, und BVerwGE 62, 36 (38 f.).

²² BVerwGE 45, 51 ff. (61) = BayVBl. 1975, S. 306 (308) erstreckt die genannte Faustregel, je höher der Schaden je geringer die notwendige Wahrscheinlichkeit, auf den Begriff einer „unmittelbar bevorstehenden Gefahr“, der der „gegenwärtigen Gefahr“ gleich zu achten ist. In der Entscheidung geht es um eine sich in einer bestimmten Person konkretisierende Gefahr.

²³ So hat auch BVerwGE 45, 51 (61) = BayVBl. 1975, S. 306 (308) festgestellt, dass eine für Verwaltungsakte nach der Generalermächtigung genügende hinreichende Wahrscheinlichkeit für die in dem von ihm zu entscheidenden Fall notwendige unmittelbar bevorstehende Gefahr (a.a.O. S. 57) nicht ausreichend gewesen wäre. Vgl. ferner Verf., a.a.O. (o. Fn. 17), BayVBl. 2002, 713 ff. (721).

Allein der dramatische Wandel, der sich in den Anschlägen des 11. September 2001 kurzfristig manifestierte, konnte – wenn überhaupt – eine Erstreckung des Begriffs der gegenwärtigen Gefahr auf eine abstrakte Dauergefahr mit hohem Schädigungspotential rechtfertigen. Auf Dauer vermag eine solche Auslegung schon deshalb nicht zu überzeugen, weil die Erstreckung der Eingriffsbefugnisse auf eine solche Gefahrenlage als bedeutsame Entscheidung dem Gesetzgeber obliegt. Auch droht ein solches weites Begriffsverständnis der „gegenwärtigen Gefahr“ die über lange Zeit entwickelte Dogmatik des Gefahrbegriffs zu verwischen. Andere Entscheidungen, die nahezu parallel zur Entscheidung des OLG Düsseldorf ergingen, zeigten mit ihrer negativen Beurteilung der Rasterfahndung, wie problematisch eine Interpretation des Begriffs der „gegenwärtigen Gefahr“ im Sinne einer „gegenwärtigen abstrakten Dauergefahr mit hohem Schadenspotential“ war.²⁴ So wurde die Anordnung von Rasterfahndungsmaßnahmen des AG Wiesbadens durch das Landgericht Wiesbaden aufgehoben, dessen Entscheidung durch das Oberlandesgericht Frankfurt bestätigt wurde. Sowohl das Landgericht Wiesbaden als auch das OLG Frankfurt sahen keine gegenwärtige Gefahr in diesem Sinne gegeben.²⁵

Die Legislativen der Mehrzahl der Länder, u.a. auch in Hessen, haben die Maßnahmen der Rasterfahndung in der Folgezeit von dem Erfordernis einer gegenwärtigen oder auch „nur“ konkreten Gefahr abgekoppelt und an andere materielle Voraussetzungen gebunden, nämlich die Erheblichkeit der zu verhindernden Gefahr oder Straftat²⁶, wobei die entsprechenden Straftaten teilweise durch einen entsprechenden Straftatenkatalog präzisiert werden.²⁷ Der Gesetzesentwurf vom 12.3.2002, der zur jetzt geltenden Fassung des § 26 HSOG führte, begründet die vom Gefahrbegriff unabhängige Regelung damit, dass die Voraussetzungen für die Rasterfahndung im

²⁴ Vgl. LG Wiesbaden, DuD 2002, S. 240 f., OLG Frankfurt a.M., DuD 2002, S. 238 ff. (239), und LG Berlin, DuD 2002, S. 175-177.

²⁵ Zu den Entscheidungen vgl. Verf., a.a.O. (o. Fn. 17), BayVBl. 2002, S. 713 ff.

²⁶ Art. 44 Abs. 1 S. 1 BayPAG, § 44 Abs. 1 des Thür PAG, § 26 Abs. 1 S. 1 HSOG, § 47 Abs. 1, S. 1 Nr. 2. SächsPolG, § 40 Abs. 1 S. 1 PolG BW, § 195 a Abs. 1 LVwG SchH, § 45 a Abs. 1 S. 1 Nds. SOG, § 36 i Abs. 1 S. 1 BremPolG, § 31 Abs. 1 SOG LSA, § 37 Abs. 1 Saarl.PolG; § 38 Abs. 1 POG Rh.-Pf., § 23 Abs. 1 PolIDVG HH; § 31 Abs. 1 S. 1 PolG NRW (Fassung vom 25.7.2003). Baden-Württemberg, Sachsen und Bayern hatten ihre Regelungen schon vor dem 11. September 2001 vom Erfordernis einer konkreten Gefahr abgekoppelt.

²⁷ So verweist § 47 Abs. 1, S. 1 Nr. 2 SächsPolG auf den in § 36 Abs. 1 SächsPolG genannten Kanon von Straftaten. § 40 Abs. 1 S. 1 PolG BW verweist auf § 22 Abs. 5 PolG BW.

Hinblick auf eine einheitlich von den Polizeien des Bundes und der Länder für notwendig erachteten Rasterung sich als zu eng erwiesen hätten.²⁸

Ergänzt werden diese materiellen Anforderungen fast durchweg durch verfahrensrechtliche Sicherungen über Behördenleiter- bzw. Ministeriumsvorbehalte²⁹ oder über einen Richtervorbehalt³⁰, der eine Anordnung im FGG-Verfahren vorsieht.

Diese Entkoppelung der präventiven Rasterfahndung von den Begriffen einer „gegenwärtigen“ und auch „konkreten Gefahr“ erschien auch sinnvoll: Einerseits wurde damit ein Rückgriff auf das Mittel der Rasterfahndung in Reaktion auf die neue Bedrohungslage eines internationalen menschenverachtenden Terrorismus, der mit Selbstmordattentätern auf eine hohe Opferzahl unter der Zivilbevölkerung abzielt, ermöglicht. Andererseits blieb die über lange Zeit entwickelte Dogmatik der Gefahrbegriffe für andere Bereiche der Gefahrenabwehr unangetastet.

Lediglich die landesrechtliche Regelungen Berlins, Brandenburgs und Mecklenburg-Vorpommerns sehen zurzeit eine gegenwärtige Gefahr als Voraussetzung präventiver Rasterfahndung vor.³¹

Auch wenn die geltende Fassung des § 26 HSOG und vergleichbare Regelungen anderer Länder der Bundesrepublik Deutschland sich nicht auf die aktuelle Bedrohung durch den internationalen Terrorismus fokussieren, sondern in ihren abstrahierten Fassungen vorstellbare vergleichbar schwere Bedrohungslagen mit einschließen, muss doch dieser konkrete Regelungshintergrund berücksichtigt werden, wenn es um die konkrete verfassungsrechtliche Beurteilung der vorgeschlagenen und der geltenden Regelung des § 26 HSOG geht.

²⁸ Vgl. Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP, Hessischer Landtag, Drucksache 15/3755 vom 12.03.2002.

²⁹ So in unterschiedlichen Ausprägungen Art. 44 Abs. 2 S. 1 BayPAG, § 44 Abs. 4 i.V.m. § 34 Abs. 6 ThürPAG, § 40 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 22 Abs. 6 PolG BW, § 47 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 39 Abs. 4 S. 1 SächPolG, § 45a Abs. 2 S. 1 Nds. SOG, § 36 i Abs. 3 BremPolG, § 44 Abs. 4 SOG M-V, § 37 Abs. 4 S. 1 SaarIPolG, § 38 Abs. 3 POG Rh.-Pf., § 23 Abs. 4 GDatPol HH und § 26 Abs. 4 HSOG, § 31 Abs. 4 SOG LSA.

³⁰ Einen Richtervorbehalt sehen gegenwärtig § 47 Abs. 4 ASOG (Berlin), § 46 Abs. 4 BbgPolG, § 195 a Abs. 2 LVwG (Schleswig-Holstein) und § 31 Abs. 4 PolG NRW vor.

³¹ § 47 Abs. 1 ASOG Berlin, § 46 Abs. 1 BbgPolG, § 44 Abs. 1 SOG M-V.

III. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der geltenden Regelung des § 26 HSOG und vergleichbarer Regelungen in anderen Ländern der Bundesrepublik Deutschlands

Beurteilungsmaßstab der präventiven Rasterfahndung ist verfassungsrechtlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dessen Reichweite und Inhalt werden insoweit mitbestimmt durch das grundrechtliche Ziel des Schutzes eines Autonomiebereichs des einzelnen *vor* staatlichen Eingriffen einerseits und dem ebenfalls verfassungsrechtlich gebotenen Schutz zentraler Rechtsgüter *durch* den Rechtsstaates.

1. Sicherheit als fundamentaler Staatszweck und grundrechtlicher Leistungsanspruch

Die Gewährleistung von Sicherheit ist fundamentaler Staatszweck des modernen Staates. Im Grundgesetz ergibt sie sich objektiv-rechtlich als Staatsaufgabe aus den Grundrechten. Der Staat hat nicht nur seinerseits Eingriffe in die Schutzgüter der Grundrechte zu unterlassen, er hat die Grundrechte als Teil der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes auch aktiv zu schützen, wenn sie durch Dritte bedroht werden.³² Für den einzelnen kann hieraus in Einzelfällen ein subjektives Recht, d.h. ein *Schutzanspruch* erwachsen, wobei der öffentlichen Gewalt ein Ermessensspielraum bei der Verwirklichung dieser Schutzpflicht zukommt.³³ So ergibt sich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG die Pflicht der deutschen öffentlichen Gewalt, das Leben von Menschen im In- wie im Ausland vor der Realisierung von Gefahren zu schützen, die in Deutschland maßgeblich entstehen.³⁴

Der Schutz der Freiheit *vor* dem Staat, der sich in der Natur der Grundrechte als Abwehrrechte manifestiert, und der Schutz der Freiheit *durch* den Staat, die in der Schutzpflicht des Staates zugunsten der durch die Grundrechte geschützten Individualrechtsgüter ausgedrückt wird, sind kein Gegensatz. Beide Aspekte der grund-

³² Vgl. z.B. V. Götz, Innere Sicherheit, in: J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV (3. Aufl. 2006), § 85 Rn. 2 unter Verweis auf BVerfGE 49, 24 ff. (56 f.).

³³ Vgl. zur Schutzpflicht Treffend D. Murswiek, in: Sachs, GG Kommentar, 3. Auflage 2003, Art. 2 Rn. 224 ff.

³⁴ Zum Aspekt der Gefahrenrealisierung im Ausland vgl. VG Mainz, DuD 2002, S. 303 ff. (305); OVG Rheinland-Pfalz, DuD 2002, S. 307 ff. (308); ferner W. Bausback, BayVBl. 2002, S. 713 ff. (721).

rechtlichen Freiheit können zwar in ein Spannungsverhältnis treten, das zu lösen der staatlichen Gewalt und zuvörderst dem durch Wahlen legitimierten Gesetzgeber obliegt. Sie stehen aber in keinem Gegensatzverhältnis. Aus Befugnisnormen des Polizei- und Sicherheitsrechts ergeben sich insoweit nicht nur Möglichkeiten der entsprechenden Behörden zu Eingriffen in grundrechtlich geschützte Bereiche des Einzelnen (Freiheitsgefährdung), die öffentliche Gewalt wird durch die Befugnisnormen gleichzeitig in die Lage versetzt, ihren Schutzauftrag zugunsten der Grundrechte zu verwirklichen (Freiheitsgewährleistung). Dabei sind aber die sicherheitsverbürgenden Normen – wie Isensee treffend bemerkt – für den Gesetzgeber nicht beliebig disponibel, sondern in bestimmter Weise durch die Verfassung determiniert und legitimiert.³⁵

Ausdruck einer solchen allgemeinen Determinierung ist die allgemeine Erwägung des Ersten Senats in dem Beschluss vom 4. April 2006, dass der Staat sich unter dem GG bei der Gewährleistung des fundamentalen Staatszwecks der Sicherheit (Rn. 128) auch gegenüber terroristischen Bestrebungen auf rechtsstaatliche Mittel zu beschränken habe (Rn. 126). So ist die gezielte vorbeugende Tötung eines Terroristen in einem Drittstaat, die der frühere Bundesinnenminister Schily 2004 zur Diskussion stellte, außerhalb eines – völkerrechtlich notwendig immer raumbezogenen – Krieges bzw. bewaffneten Konflikts dem deutschen Rechtsstaat strikt untersagt.³⁶ Der Gesetzgeber hat vor dem Hintergrund der jeweiligen sozialen Realität³⁷ das Recht des Einzelnen auf seine Freiheitsrechte gegenüber dem Staat in Einklang zu bringen mit der verfassungsrechtlich gebotenen Gewährleistung von Sicherheit und den subjektiven Ansprüchen auf Schutz des Lebens und anderer zentraler Individualrechtsgüter³⁸.

³⁵ J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V (2. Aufl. 2000), § 111 Rn. 85.

³⁶ Vgl. dazu Verf., Terrorismusabwehr durch gezielte Tötungen? – Assassination als Mittel des (deutschen) demokratischen Rechtsstaates? NVwZ 2005, 418 ff.

³⁷ Vgl. zur Veränderung des tatsächlichen Normumfeldes K. Larenz / C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. A. 1995), S. 170 ff.

³⁸ Zum Schutzanspruch des Einzelnen aus den Grundrechten vgl. statt vieler Isensee, in: Isensee / Kirchhof, HdbStR V, 2. Aufl. (2000), § 115 Rn. 115.

2. Zu Bedeutung und Schranken des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung

Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist auch die Befugnis des Einzelnen, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“ (BVerfGE 65, 1 ff.). Verfassungsrechtliche Grundlage dieses Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ist Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Im Hintergrund dieses Grundrechts steht die Erkenntnis einer insoweit bestehenden besonderen Gefährdungssituation angesichts des Potentials moderner Datenverarbeitung, die es in letzter Konsequenz ermöglicht, ein teilweises oder vollständiges Persönlichkeitsbild zu erstellen, ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung hinreichend kontrollieren kann. Das BVerfG verweist zu recht darauf, dass aus einer Unsicherheit darüber, welche Stelle über welche Informationen verfügt, eine erheblicher psychischer Druck und damit verhaltenssteuernde Wirkung ausgehen kann. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt damit die individuelle Entscheidungsautonomie, die durch Datensammlungen und Datenweitergabe gefährdet wird.³⁹

Als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterliegt das Recht der informationellen Selbstbestimmung der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁰ Es ist grundsätzlich offen für notwendige Eingriffe zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung, wobei gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit gesteigerte Anforderungen gelten. Die Verbindung des Art. 2 Abs. 1 GG mit Art. 1 Abs. 1 GG in der verfassungsmäßigen Grundlage des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dient als Interpretationsdirektive und Schutzverstärkung, schließt aber nicht aus, dass überhaupt Einschränkungen gemacht werden dürfen.⁴¹ Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Volkszählungsurteil anerkannt, dass Beschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf der Grundlage einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage durch überwiegende Allgemeininteressen

³⁹ Dazu vgl. BVerfGE 65, 1 ff. (42 f.); die „Herstellung des Persönlichkeitsbildes“ stellt nur einen kleinen Teil dieser Schutzrichtung dar und vermag das Telos des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nur unzureichend zu erfassen; vgl. aber H. Dreier, in: ders., GG, Kommentar, Band I (2. Auflage 2004), Art. 2 Abs. 1 Rn. 78.

⁴⁰ Vgl. z.B. H.D. Jarass, in Jarass / Pieroth, GG, 7. Aufl., Rn. 45.

⁴¹ Treffend D. Murswiek, in: Sachs, GG Kommentar, 3. Auflage 2003, Art. 2 Rn. 103.

gerechtfertigt werden können.⁴² Dabei gilt das Gebot der Normenklarheit.⁴³ Besondere Bedeutung hat das BVerfG im Bereich der informationellen Selbstbestimmung dem Grundrechtsschutz durch Verfahren beigemessen; so wird im zentralen Volkszählungsurteil ausgeführt: „Angesichts der bereits dargelegten Gefährdungen durch die Nutzungen der automatischen Datenverarbeitung hat der Gesetzgeber mehr als früher auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.“ (BVerfGE 65, 1 ff. (44).)

3. Zum Beschluss des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02

Gegenüber diesen allgemein in der Dogmatik und der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Leitlinien des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hat der 1. Senat des BVerfGs im April diesen Jahres festgestellt, dass allein eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter im Hinblick auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung als Voraussetzung der Rasterfahndung in Betracht komme.⁴⁴ Mit dieser Anforderung geht der Beschluss weit über die in früheren Entscheidungen entwickelten Eingriffsvoraussetzungen hinaus. Durch das Postulat des Vorliegens einer konkreten Gefahr werden die Handlungsoptionen von Legislative und Exekutive, denen zuvörderst die Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit im demokratischen Staat obliegt, unter dem Aspekt der Gewaltenteilung in bedenklichen Art und Weise beschnitten. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird damit in verfassungsdogmatisch nicht zu begründender Weise gegenüber dem verfassungsrechtlich begründeten Staatszweck der Gewährleistung von Sicherheit überhöht.

a) Zum Inhalt der Entscheidung des 1. Senats

Gegenstand des Verfahrens war die oben schon erwähnte, 2001 im FGG-Verfahren erfolgte, 2002 durch das OLG Düsseldorf⁴⁵ bestätigte Anordnung von Rasterfahn-

⁴² BVerfGE 65, 1 (44).

⁴³ BVerfGE 65, 1 (44).

⁴⁴ BVerfG, 1 BvR 518/02, Beschluss vom 4.4.2006.

⁴⁵ OLG Düsseldorf, NVwZ 2002, S. 629 ff.

dungsmaßnahmen in Nordrhein-Westfalen auf der Grundlage der bei Anordnung der Maßnahmen 2001 geltenden Fassung von § 31 PolG NRW.

Die Bestimmung des nordrheinwestfälischen Landesrechts formulierte damals in ihrem Absatz 1 folgende materielle Voraussetzung für eine präventive Rasterfahndung:

„(1) Die Polizei kann von öffentlichen Stellen oder 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 gegenwärtigen Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist (Rasterfahndung).

(2) ...“⁴⁶

und entsprach damit weitgehend dem oben schon erwähnten VMEPolG von 1986.

Das Amtsgericht Düsseldorf ordnete am 2. Oktober 2001 Rasterfahndungsmaßnahmen an und stütze dies auf eine Auslegung des Begriffs der „gegenwärtigen Gefahr“, die eine abstrakte Dauergefahr mit extrem hohem Schadenspotential einschließt.⁴⁷ Bestätigt wurde die Entscheidung durch das Landgericht Düsseldorf⁴⁸ und das OLG Düsseldorf⁴⁹.

Das BVerfG erachtet die frühere landesrechtliche Regelung NRWs als verfassungsgemäß, sieht aber durch die konkrete Annahme einer gegenwärtigen Gefahr durch das AG Düsseldorf und die bestätigenden Entscheidungen das Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Beschwerdeführer verletzt. Begründet wird dies allerdings nicht mit der – in der Tat problematischen, s.o. – Erstreckung des Begriffs der gegenwärtigen Gefahr auf eine abstrakte Dauergefahr mit extrem hohem Schadens-

⁴⁶ Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 1990, GVBl. NW. 1990, S. 70 ff., in der Fassung der Ergänzung durch das Gesetz vom 9. Mai 2000, GVBl. NW 2000, S. 452.

⁴⁷ AG Düsseldorf, DuD 2001, S. 754 f.

⁴⁸ LG Düsseldorf, DuD 2001, S. 755 f.

⁴⁹ OLG Düsseldorf, NVwZ 2002, S. 629 ff.

potential. Vielmehr stellt der 1. Senat in den Urteilsgründen fest, dass wegen der Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung allein eine *konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter* als Voraussetzung für eine präventive Rasterfahndung taue (Leitsatz 1 sowie Rn. 133). Aus Anlass eines Verfahrens, das eine Maßnahme auf Grundlage einer mittlerweile aufgehobenen landesrechtlichen Regelung zum Gegenstand hat, zielt der Beschluss – ohne dass dies unmittelbarer Verfahrensgegenstand war – in erster Linie auf die Mehrzahl der geltenden landesrechtlichen Regelungen. Deren Verfassungswidrigkeit wird inzident behauptet, während die frühere landesrechtliche Regelung NRWs ausdrücklich als verfassungskonform angesehen wird. Das Gericht stellt in den Urteilsgründen fest, dass wegen der Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung allein eine *konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter* als Voraussetzung für eine präventive Rasterfahndung taugt (Leitsatz 1 sowie Rn. 133). Die allgemeine Bedrohungslage, wie sie im Hinblick auf terroristische Anschläge seit dem 11. September 2001 durchgehend bestanden habe, oder außenpolitische Spannungslagen reichten für die Anordnung der Rasterfahndung insofern nicht aus (Leitsatz 2). Gleichzeitig wird die Gefahreinschätzung, die der Anordnung der Rasterfahndung in den Ländern im Oktober und November 2001 zugrunde lag, als „zu diffus“ (Rn. 160) für diese Maßnahme zurückgewiesen.

b) Zur verfassungsdogmatischen Beurteilung der Senatsentscheidung

Verfassungsdogmatisch vermag die Entscheidung des 1. Senats nicht zu überzeugen: Sie verkennt die Bedeutung des fundamentalen Staatszweckes der Sicherheit und eines damit korrespondierenden Grundrechts auf Sicherheit. Sie überhöht gleichzeitig das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abgeleitete Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und greift in unter dem Aspekt der Gewaltenteilung bedenklichen Weise in die Entscheidungs- und Verantwortungssphäre des Gesetzgebers ein.

Dabei ist der Senatsmehrheit in ihrem allgemeinen Ausgangspunkt zuzustimmen. Der Staat hat sich unter dem GG bei der Gewährleistung des fundamentalen Staatszweckes der Sicherheit (Rn. 128) auch gegenüber terroristischen Bestrebungen auf rechtsstaatliche Mittel zu beschränken (Rn. 126). Die Anziehungskraft des Modells des freiheitlichen und demokratischen Verfassungsstaates beruht nach außen wie

nach innen insbesondere darauf, dass in den betreffenden Staaten die persönlichen Freiheitsrechte und die Rechtsstaatlichkeit als Werte glaubwürdig gelebt und gleichzeitig als deren Voraussetzung ein hinreichendes Maß an Sicherheit geschaffen wird.⁵⁰

aa) Zur bestehenden Bedrohungslage einer abstrakten Dauergefahr

Die Bundesrepublik Deutschland sieht sich heute insbesondere durch den internationalen islamistischen Terror mit einer spezifischen, gegenüber früheren Jahrzehnten veränderten Gefahrensituation konfrontiert, die erst nach dem 11. September 2001 in ihrem vollen Ausmaß erkannt wurde. Die Sicherheitsbehörden mussten sich auf Terroristen als Tätergruppe einstellen, die bis zu einer Tatausführung unauffällig leben („Schläfer“), die aus einem pervertierten Gottesbild heraus gegenüber dem eigenen Leben von einer absoluten Rücksichtslosigkeit geprägt waren, und deren Bestreben auf eine möglichst hohe Opferzahlen unter der Masse der Bevölkerung („sog. weiche Ziele“) gerichtet war. Hinzu kommt, dass die Terroristen trotz einer gemeinsamen ideologischen Basis in kleinen Terrorzellen agierten, die weitgehend unabhängig voneinander operieren. Gerade diese Besonderheiten ließen es nach dem 11. September 2001 besonders wichtig erscheinen, zur Gefahrenabwehr einen engeren Personenkreises mit einem den Attentätern des 11. Septembers und anderer Anschläge vergleichbaren Profil zu identifizieren. Spätere Anschläge auf die von europäischen Touristen viel besuchte Synagoge „La Ghriba“ auf der tunesischen Insel Djerba (2002), auf Vorortzüge von Madrid (2004) und auf den U-Bahn- und Busverkehr in London (2005), Anschlagversuche wie jüngst auch in Deutschland machen deutlich, dass Europa und Deutschland zu dem vom islamistischen Terrors gefährdeten Bereich gehören. Schon der längere Aufenthalt einiger Attentäter des 11. Septembers vor ihrer Tat in Hamburg stellte einen spezifischen Bezug des neuen Phänomens islamistischen Terrors zu Deutschland her. Hinzu kam die Feststellung des Bündnisfalles innerhalb der NATO und die Beteiligung auch deutscher Soldaten an den Militäroperationen gegen den Terror, die von den Exekutiven im Bund und in den Ländern wiederholt in ihre Bedrohungsanalysen aufgenommen wurden.⁵¹

⁵⁰ Vgl. Verf., a.a.O., NJW 2006, 1922 ff. (1922).

⁵¹ Vgl. Verf., a.a.O., NJW 2006, 1922 ff. (1923).

Wie schon ausgeführt entspricht die Bedrohungslage nicht dem, was bislang als *konkrete* oder gar *gegenwärtige* Gefahr verstanden wurde. Mangels Einengung auf einen Kreis möglicher Tatobjekte oder Täter im Sinne der geltenden polizeirechtlichen Dogmatik konnte die Bedrohung nicht als konkrete, sondern als abstrakte Dauergefahr⁵² mit äußerst hohem Schädigungspotential eingeordnet werden. Allerdings werden von dieser Dauergefahr nicht nur das Leben und die Gesundheit von möglichen Attentatsopfern tangiert. Auch für die Ausübung anderer für die freie Gesellschaft zentraler Freiheiten kann allein durch latente Terrorangst beeinträchtigt werden. Nicht erst der Karikaturenstreit machte deutlich, dass Auswirkungen auf Meinungs- und Pressefreiheit nicht ausgeschlossen werden können.

Aus anderen Fanatismen oder auch aus der weiteren Entwicklung der organisierten Kriminalität erscheinen im Übrigen außerhalb des islamistischen Terrors vergleichbare Bedrohungsszenarien für die Zukunft nicht ausgeschlossen. Aus der weltweiten Vernetzung von Datenströmen, ein expandierender grenzüberschreitenden Verkehr und globalisierungsbedingten Wanderungsbewegungen zusammen mit Radikalisierungstendenzen in vielen Staaten und Proliferation von Massenvernichtungswaffen ergibt sich heute ein anderes Umfeld für grenzüberschreitende Kriminalität als noch vor wenigen Jahren.

bb) § 26 HSOG geltende Fassung und vergleichbare Regelungen anderer Länder als verfassungskonforme Einschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung

Ein adäquates Mittel für die Gewährleistung von Sicherheit angesichts der schwer fassbaren Bedrohungslage bildet nach Einschätzung der Legislativen der Länder die präventive Rasterfahndung. Die Mehrzahl der Länder beschreitet dazu heute den Weg, bei entsprechenden Befugnisnormen auf den Begriff der konkreten Gefahr als Eingriffsvoraussetzung zu verzichten und alternative materielle Voraussetzungen zu definieren. Diese Möglichkeit möchte der Erste Senat durch die Begründung seiner Entscheidung vom 4. April 2006 nun abschneiden. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass den Ländern die Rasterfahndung als ein wichtiges Mittel im Kampf gegen

⁵² Zum Begriff der Dauergefahr in diesem Zusammenhang vgl. vor allem VG Mainz, DuD 2002, S. 303 ff. (305); dazu W. Bausback, BayVBl. 2002, S. 713 ff. (721 f.).

terroristische Bedrohungen künftig genommen ist, denn im Stadium einer konkreten oder gar gegenwärtigen Gefahr im herkömmlichen Sinne stellt die Rasterfahndung angesichts ihres notwendigen zeitlichen Vorlaufs kaum mehr ein geeignetes Mittel der Gefahrenabwehr dar.⁵³

Begründet wird dies in nicht überzeugender Weise von der Mehrheit des ersten Senats mit einer vermeintlich hohen Eingriffsintensität von Rasterfahndungsmaßnahmen. Wie oben bereits aufgezeigt, unterliegt das Recht der informationellen Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG.⁵⁴ Es ist deshalb grundsätzlich offen für notwendige Eingriffe zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung. Beschränkungen können durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden.⁵⁵

Als Umstand, der die Intensität der Rasterfahndung als Eingriff ausmacht, wertet der Senat zunächst die persönlichkeitsbezogenen Einblicke, die ein Datenabgleich – zumal unter Einbeziehung der religiösen Überzeugung – ermöglicht (Rn. 99). Der umfassende Zugriff auf Datenbestände bei privaten wie bei öffentlichen Stellen führe zu einer Situation, die einem verfassungsrechtlich verbotenen – Datensammeln auf Vorrat (Rn. 105/106) ohne konkreten Anlass (Rn. 104) gleichkomme. Dabei stellt der Senat nicht hinreichend in Rechnung, dass die in den landesrechtlichen Regelungen enthaltenen Voraussetzungen der Erforderlichkeit „zur Verhinderung erheblicher Straftaten“ oder „zur Bekämpfung erheblicher Gefahren“ dem Umfang der Daten, die in einen Abgleich einbezogen werden dürfen, im Einzelfall eine enge materielle Grenze gezogen ist. Auch dem Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit wird damit genüge getan. Grundsätzlich hat die Auslegung der Begriffe „erhebliche Straftat“ und „erhebliche Gefahr“ im Lichte der Grundrechte zu erfolgen. Das konkrete Raster und die dafür erforderlichen Informationserhebungen müssen zudem prospektiv als verhältnismäßiges Mittel zur Abwehr der erkannten Bedrohung erscheinen. Der Datenabgleich im Rahmen der Rasterfahndung dient gerade nicht der Er-

⁵³ Vgl. dazu das Sondervotum der Verfassungsrichterin Haas. Rn. 184 in der Entscheidung vom 4. April 2006. Die Entscheidung erging gegen zwei Stimmen, wobei allein die Richterin Haas ein Sondervotum abgab. Es kann spekuliert werden, ob die zweite Gegenstimme vielleicht vom Gerichtspräsidenten Papier stammt, der aus seiner Stellung heraus Grund hatte, auf ein zu veröffentlichendes Sondervotum zu verzichten.

⁵⁴ Vgl. z.B. H.D. Jarass, in Jarass / Pieroth, GG, 7. Aufl., Rn. 45.

⁵⁵ BVerfG 65, 1 (43).

stellung eines umfassenden Persönlichkeitsbildes,⁵⁶ sondern der Bestimmung eines Kreises von Personen, die einem nach einzelnen Merkmalen definierten Personentypus entsprechen. Ob durch die Einbeziehung der islamischen Religionszugehörigkeit in das Raster das Verbot religiös motivierter Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 GG oder der Glaubensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG, überhaupt tangiert wird, scheint zweifelhaft.⁵⁷ Jedenfalls rechtfertigen die Sicherheitsinteressen des Staates in jedem Fall dieses staatliche Vorgehen. Wenig glücklich erscheint auch der Vergleich, den die Senatsmehrheit zwischen der Rasterfahndung als Auswertung von Daten, die dem Staat oder privaten Stellen zuvor – meist freiwillig – offenbart wurden, mit der Telefon- und Wohnraumüberwachung (vgl. aber Rn. 96/ 99; hiergegen pointiert das Sondervotum Rn. 171), die aktiv in besonders geschützte Räume der privaten Kommunikation eindringt, anstellt.⁵⁸

In der Begründung des Beschlusses wird als weiterer Beleg für die Intensität des Eingriffs auf die große Zahl von betroffenen Grundrechtsträgern verwiesen, die in ihrer Mehrheit nicht zur Gefahrenlage beigetragen haben. Es ist dabei schon widersprüchlich, dass die Senatsmehrheit bei den zunächst miterfassten, aber unmittelbar wieder ausgelöschten Daten einen individuellen Grundrechtseingriff (Rn. 74/75/76) nicht feststellt, später aber auch die von einem solchen „Nichteingriff“ betroffenen Personen über den objektiven Gehalt des Grundrechts in die Verhältnismäßigkeits-erwägung einbeziehen will (Rn. 123). Liegt keine individuelle Betroffenheit im Schutzbereich vor, so kann insoweit auch der objektive Schutzgehalt des Grundrechts nicht tangiert sein. Im Hinblick auf die Sozialbindung steht eine große Zahl von lediglich schwach in einem Grundrecht tangierten Grundrechtsträgern einem Eingriff per se nicht entgegen, wenn dieser dem Schutz des Lebens für eine erhebliche Zahl von Grundrechtsträgern dient. Durch die Löschung der meisten Daten im Rahmen des Datenabgleichs liegt für die allermeisten zunächst erfassten Personen allenfalls ein Grundrechtseingriff geringer Intensität vor. Aber selbst für den nach Abschluss des Datenabgleichs verbleibenden Personenkreis ist die Grundrechtsrelevanz ange-

⁵⁶ In dieser Richtung aber Rn. 102/103/106 des Beschlusses des BVerfG vom 4. April 2006.

⁵⁷ Vgl. aber Rn. 99/101 und 112 des Beschlusses des BVerfG vom 4. April 2004 einerseits und das Sondervotum Rn. 171 andererseits.

⁵⁸ Die vorstehenden und nachstehenden Ausführungen entsprechen zum Teil der Veröffentlichung d. Verf., NJW 2006, S. 1922 ff.

sichts der einer strikten Gesetzesbindung unterliegenden möglichen Maßnahmen weiterer Überprüfung begrenzt. Eine zusätzliche Stigmatisierung von Bevölkerungsgruppen, wie von der Senatsmehrheit angenommen (Rn. 108, 111 und 112), beinhaltet eine Rasterfahndung nicht: Zum einen sollte das Differenzierungsvermögen der Staatsbürger in einer freien Gesellschaft nicht unterschätzt werden (so auch das Sondervotum Rn. 171). Zum anderen wird in einer entsprechenden Bedrohungslage, bei der eine Rasterfahndung öffentlich bekannt wird – durch die Presse ohnehin über spezifische Gruppenzugehörigkeiten potentieller Gefährder berichtet werden.

Ein Überwiegen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber dem Interesse an der Rasterfahndung als Vorfeldmaßnahme im Falle des internationalen islamistischen Terrors oder einer vergleichbaren Gefahr könnte nur dann angenommen werden, wenn ein möglicher Datenmissbrauch durch die öffentlichen Stellen in hohem Maße berücksichtigt werden müsste. Hier setzt sich die Senatsmehrheit allerdings zu wenig mit den verfahrensrechtlichen Schutzmechanismen auseinander, die § 26 HSOG und vergleichbare Regelungen anderer Länder vorsehen. Enthalten ist in der geltenden Fassung des § 26 HSOG in Abs. 4 S. 1 ein Behördenleitervorbehalt, der dadurch qualifiziert wird, dass zusätzlich die Zustimmung des hessischen Landespolizeipräsidiums verlangt wird. Damit wird nicht nur eine hohe Sachkompetenz bei der Anordnung der Rasterfahndung garantiert, sondern vor allem eine besondere Nähe zur Kontrollfunktion des Parlaments über die Exekutive hergestellt. Weiter ist in § 26 Abs. 4 S. 2 HSOG die unverzügliche Unterrichtung des Hessischen Datenschutzbeauftragten vorgesehen, die eine weitere Kontrolle durch eine unabhängige Stelle ermöglicht. Diese Mechanismen und vergleichbare verfahrensrechtliche Sicherungsinstrumente in den Regelungen anderer Länder der Bundesrepublik Deutschland in Form von Behördenleiter-, Ministerialvorbehalten oder Anordnungsverfahren nach FGG stellen Instrumente eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren dar, dem das Bundesverfassungsgericht schon im Rahmen des Volkszählungsurteils (s.o.) besondere Bedeutung im Rahmen der Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung zugemessen hat. Unter Berücksichtigung dieser Absicherungen und der Tatsache, dass gerade in Zeiten neuer schwerer Bedrohungen der demokratische Rechtsstaat auch darauf angewiesen ist, ein gewisses Vertrauen in die Rechtstreue seiner Behörden zu setzen, erscheinen § 26 HSOG in seiner geltenden Fassung und vergleichbare Regelungen anderer Länder als verfassungskonform, die

Entscheidung des BVerfG vom 4. April 2006 hingegen als Überhöhung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

cc) Notwendigkeit zur Beachtung der primären Zuständigkeiten von Legislativen und Exekutiven bei der Gewährleistung der Sicherheit

Bedenklich ist der Beschluss vom 4. April auch unter dem Aspekt der Gewaltenteilung. Verantwortlich für die Gewährleistung von Sicherheit sind – auch in den Augen der Bürger – angesichts der dargestellten Bedrohungslage die Legislative hinsichtlich der notwendigen gesetzlichen Grundlagen und die Exekutive hinsichtlich der konkreten Umsetzungsmaßnahmen. Diese Aufgabe können beide Staatsgewalten nur erfüllen, wenn der demokratisch unmittelbar legitimierten Legislativen bei der gesetzlichen Definition der Eingriffsbefugnisse, der indirekt legitimierten Exekutive bei der Anordnung der konkreten Maßnahmen hinsichtlich der Gefahrenlage und der notwendigen Gegenmittel Einschätzungs- und Handlungsspielräume zugestanden werden. Nur wenn dies gewährleistet ist, kann demokratische Verantwortung eingefordert werden. Mit seiner Reduktion der Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für den Bereich der Rasterfahndung auf eine *konkrete Gefahr für hochrangige Verfassungsgüter* wird die Legislative in den Ländern auf die Normierung einer in der polizeirechtlichen Dogmatik und der polizeilichen Verwaltungspraxis seit langem scharf konkretisierten engen Eingriffsvoraussetzung festgelegt. Dabei bleibt die Senatsmehrheit aber den Nachweis einer besonders schwerwiegenden Eingriffsintensität von Rasterfahndungsmaßnahmen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schuldig (s.o.), zumal sie sich mit den differenzierten materiellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen in den Ländern, die keine konkrete Gefahr voraussetzen, nicht auseinandersetzt.

Die These des ersten Senats, eine Gefahrenannahme unterhalb der Schwelle einer konkreten Gefahr sei angesichts der gegebenen Umstände in jedem Fall zu diffus, um eine Rasterfahndung zu rechtfertigen, beschneidet im Übrigen auch den Kompetenzbereich der Exekutive. Zum Zeitpunkt der Anordnung der Rasterfahndung in den Ländern gab es genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Gefahrenlage und die Eignung des Instruments der Rasterfahndung. Zwar konnte man damals die Risiken von großen Terroranschlägen oder deren Vorbereitung in Deutschland und die Eignung der Rasterfahndung als Präventionsinstrument auch anders bewerten als die

Innenminister der Länder. Die Länderexekutiven hatten ihrer Bewertung allerdings eine substantiierte Einschätzung der bestehenden Gefahr und der Eignung des Instruments zugrunde gelegt. Dies indirekt (über die Beurteilung der bestätigenden fachgerichtlichen Entscheidung des OLG Düsseldorf und seiner Vorinstanzen) als Verkennung von Reichweite und Gewicht des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung einzuordnen (so Rn. 155 / 156), beraubt die Exekutive in einem Kernbereich ihrer Aufgaben ihrer Einschätzungsprärogative.

c) Zusammenfassende Beurteilung der Verfassungsgerichtsentscheidung vom 4. April 2006

Die Entscheidung des 1. Senats des BVerfG wird den geltenden Regelungen präventiver Rasterfahndung in den Ländern und insbesondere § 26 HSOG in der geltenden Fassung nicht gerecht. Die materiellen Voraussetzungen und verfahrensrechtlichen Sicherungen dieser landesrechtlichen Bestimmungen werden im Hinblick auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung nicht hinreichend zur Kenntnis genommen. Das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung wird in seiner Bedeutung gegenüber dem Staatszweck der Gewährleistung von Sicherheit in ungerechtfertigter Weise überhöht und dadurch zugleich in den Verantwortungsbereich der Legislativen und Exekutiven eingegriffen.

4. Zu den Urteilswirkungen und der verfassungsrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Gesetzesentwurfs

Mit der Begründung in der Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG vom 4. April 2006 wird inzident die Verfassungswidrigkeit der Mehrzahl der landesrechtlichen Regelungen zur präventiven Rasterfahndung behauptet. Dieser Teil des Beschlusses hat allerdings nicht an seiner materiellen Rechtskraft teil.⁵⁹ Die landesrechtlichen Regelungen zur Rasterfahndung bleiben wirksam, die Verwaltung in den Ländern muss weiter von deren Gültigkeit ausgehen.⁶⁰ Auch die Gerichte müssen die Normen wei-

⁵⁹ Vgl. Bethge, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, BVerfGG, § 31 Rn. 94.

⁶⁰ Zum ähnlichen Problem der Parallelnormen vgl. ebenda Rn. 165-167.

ter anwenden, es sei denn, sie legen sie nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG zur Prüfung vor.

Den betroffenen Ländern einschließlich Hessen verbleiben insoweit zwei Handlungsoptionen: Sie können zum einen in vorseilendem Gehorsam ihre Rechtslage den Begründungserwägungen des BVerfG anpassen, wobei damit zugleich ein weitgehender Verzicht auf die Rasterfahndung als Mittel vorbeugender Bekämpfung von Terroranschlägen und vergleichbaren Bedrohungslagen verbunden ist. Zum anderen können sie aber auch an ihren Regelungen festhalten, um dem BVerfG eine nochmalige Überprüfungsmöglichkeit seiner Rechtsprechung zu geben.

Verantwortlich für die Gewährleistung von Sicherheit unter Beachtung der Grundrechte des Einzelnen sind vor die Legislative und die Exekutive. Unzweifelhaft erfüllt der Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion zur Neuregelung des § 26 HSOG die Vorgaben der Entscheidung des BVerfG vom 4. April 2006. Ob er auch hinreichend zur Erfüllung des Staatszwecks der Sicherheit ist, obliegt der Entscheidung der Legislativen.

Sollte allerdings eine Mehrheit des hessischen Landtages nach wie vor der Überzeugung sein, dass die Regelung der Rasterfahndung in der bestehenden Form zur gegenwärtigen Zeit ein notwendiges Mittel der Verbrechensbekämpfung darstellt, um die Sicherheit der Bevölkerung zu gewährleisten, dann liegt es in der Verantwortung der Legislativen, an den für notwendig erachteten Regelung festzuhalten. Genauso bedenklich wie die Verkennung der Grenzen, die der Rechtsstaat der eigenen Terrorbekämpfung setzt, ist es, seine Möglichkeiten über das von der Verfassung vorgegebene Maß zu reduzieren.⁶¹ Ein Festhalten an der Regelung würde auch nicht mangelnden Respekt vor dem BVerfG und seiner Funktion darstellen; viel eher wäre da schon dem Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf seine Entscheidung mangelnder Interorganrespekt vorzuwerfen.

⁶¹ Vgl. dazu die scharfe Kritik, die Verfassungsrichterin Haas in ihrem Sondervotum zum Beschluss des ersten Senats vom 4. April 2006, Rn. 184 mit ihrer Einschätzung formuliert, dass die von der Senatsmehrheit getragene Entscheidung in ihrer Konsequenz „den Staat und die Gemeinschaft (...) auf einem wichtigen Feld des Grundrechtsschutzes weitgehend wehrlos“ mache, „weil nicht einmal der (einfache) Gesetzgeber mehr Vorfeldaufklärungsmaßnahmen zum Schutz existentieller Grundrechte unterhalb der Schwelle einer konkreten Gefahr vorsehen kann.“

C. Zu der Neuregelung des § 15 Abs. 4 HSOG

I. *Zum Inhalt der bestehenden Regelung des § 15 Abs. 4 HSOG und des Gesetzesentwurfs*

In § 15 Abs. 4 HSOG ist die Befugnis zur Überwachung von Wohnräumen durch technische Mittel geregelt. Dies wird in der Öffentlichkeit und im Schrifttum teilweise unter dem wenig treffenden Begriff des „Großer Lauschangriffs“⁶² behandelt. Die Befugnis wird insbesondere als Mittel im Kampf gegen das organisierte Verbrechen diskutiert.⁶³

Die Bestimmung des § 15 Abs. 4 HSOG lautet in ihrer geltenden 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.“

Die FDP Fraktion schlägt in ihrem Gesetzesentwurf vor, diese Bestimmung zu ergänzen. Neben den Wohnungen sollen ausdrücklich auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume als Bereiche genannt werden, auf die sich die Maßnahmen beziehen können. Ausgenommen sein sollen künftig generell die Räumlichkeiten der in § 53 StPO genannten Berufsheimnisträger. Vorgesehen ist ferner – zusätzlich zu dem schon enthaltenen Verwertungsverbot – eine ausdrückliche Pflicht, die Maßnahmen abubrechen, wenn erkennbar wird, dass durch die Maßnahmen Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden.

⁶² Vgl. W. Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, Kommentar, 2. Auflage 2006, Art. 34 PAG Rn. 18.

⁶³ Für den repressiven Bereich vgl. BVerfGE 109, S. 279 ff. (336).

“(4) In oder aus Wohnungen sowie Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume mit Ausnahme der in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsheimnisträger 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 Maßnahmen 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.“

Die FDP-Fraktion begründet ihren Gesetzesvorschlag hinsichtlich des § 15 Abs. 4 HSOG mit dem Urteil des BVerfG vom 3. März 2004.⁶⁴ Der Erste Senat hat sich in dieser Entscheidung ausführlich mit der *repressiven* Wohnraumüberwachung nach den Bestimmungen der StPO befasst.

Beeinflusst wird eine Beurteilung von technischen Maßnahmen zur Wohnraumüberwachung auch durch die BVerfGE 110, S. 33 ff., die Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung nach dem AWG zum Gegenstand hatte, sowie durch die BVerfGE 113, S. 348 ff., die die Telekommunikationsüberwachung nach dem niedersächsischen SOG untersucht.⁶⁵

II. Zur verfassungsrechtlichen Einordnung der akustischen Wohnraumüberwachung

Die Wohnraumüberwachung stellt sich als schwerwiegenderer Eingriff in die Freiheitssphäre des Einzelnen dar. Geht es bei der Rasterfahndung um die Erhebung und begrenzte Verknüpfung von Daten, die irgendwann einmal – oft freiwillig – an eine Institution übermittel wurden, beinhaltet die verdeckte Erhebung von Daten aus Wohnungen mit technischen Mitteln den aktiven Eingriff in besonders geschützte

⁶⁴ BVerfGE 109, S. 279 ff.

⁶⁵ W. Schmidbauer, a.a.O. Rn. 20.

Räume der privaten Kommunikation.⁶⁶ Anders als bei der Rasterfahndung ergibt sich ein Grundrechtsschutz hier vor allem aus Art. 13 GG; ein Kernbereich privater Lebensgestaltung innerhalb einer Wohnung im Sinne des Art. 13 Abs. 1 GG ist weiter unmittelbar aus der Menschenwürdegarantie, Art. 1 Abs. 1 GG geschützt, der anders als das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht einschränkbar ist.⁶⁷

Die Gesetzeskraft des Urteils, BVerfGE 109, S. 279 ff. zur repressiven Wohnraumüberwachung nach der StPO erstreckt sich nicht auf die Regelung des § 14 Abs. 4 HSOG. Allerdings können aus der Entscheidung Vorgaben auch für den Bereich der präventiven Wohnraumüberwachung entnommen werden, die das BVerfG ausführlich begründet. Diese Leitlinien könne herangezogen werden, wenn es um die inhaltliche Beurteilung einer Regelung zur präventiven Rasterfahndung geht.⁶⁸

III. Zu den vorgeschlagenen Neuregelungen des Gesetzesentwurfs im Einzelnen

1. Zur Ergänzung des möglichen Eingriffsbereichs über den Begriff der Wohnung hinaus

Die Befugnis nach § 15 HSOG zur technischen Überwachung von Wohnraum steht in engem Zusammenhang mit dem Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG, das sie beschränkt. Der Wohnungsbegriff in der bisherigen Fassung ist deshalb entsprechend dem weiten Wohnungsbegriff zu verstehen, den das BVerfG seit langem seiner Rechtsprechung zu Art. 13 Abs. 1 GG zugrunde legt.⁶⁹ Umfasst sind vom verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff nicht nur die Wohnung im eigentlichen Sinne, sondern auch Nebenräume der Wohnung, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume

⁶⁶ Es ist deshalb auch nicht überzeugend, wenn der Erste Senat im Rahmen seiner Entscheidung zur Rasterfahndung, einen Vergleich mit dem Bereich der Wohnraumüberwachung zieht, vgl. aber: BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Rn. 96/ 99; hiergegen pointiert das Sondervotum Rn. 171; vgl. ferner Verf., a.a.O. NJW 2006, S. 1922 ff. (1923).

⁶⁷ BVerfGE 109, S. 279 (Leitsatz 2).

⁶⁸ Vgl. aber G. Haas, Der „Große Lauschangriff“ – klein geschrieben, NJW 2006, 3082 ff. (3084).

⁶⁹ Ein weites Verständnis des Wohnungsbereichs entspricht der ständigen Rechtsprechung seit BVerfGE 32, 54 (73); vgl. dazu J.-D. Kühne. in Sachs, GG (3. Aufl.) Art. 13 Rn. 1 ff.

sowie sonstiges befriedetes Besitztum. Im Hinblick auf die besondere Normenklarheit, die sicherheitsrechtliche Eingriffsnormen aufweisen sollen, ist eine Klarstellung, die der Gesetzesentwurf anstrebt, grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings sollte diese dann, um späteren Streitfragen vorzubeugen, die Formulierung des verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriffs in seiner Gänze aufnehmen, also auch ausdrücklich die Nebenräume der Wohnung und das sonstige befriedete Besitztum mit anführen.

2. Ausnahme der Räumlichkeiten von Berufsgeheimnisträgern im Sinne des § 53 StPO

Die vorgeschlagene Ausnahme muss so verstanden werden, dass Berufsgeheimnisträger generell von Maßnahmen nach § 15 Abs. 4 HSOG ausgenommen bleiben sollen. Eine solche generelle Ausnahme zugunsten der in § 53 StPO aufgenommenen Personen ist verfassungsrechtlich *möglich*.

Die bestehende Regelung des § 15 Abs. 4 HSOG ist insoweit bedenklich, als eine Einschränkung der Befugnis hinsichtlich von Berufsgeheimnisträgern im Sinne des § 53 StPO bislang nicht vorgesehen ist. Bei einem Teil der in § 53 StPO genannten Geheimnisträger muss aber damit gerechnet werden, dass sie in Ausübung ihrer Tätigkeit den Kernbereich privater Lebensgestaltung dritter Personen berühren.⁷⁰ Allein das vorgesehene Verwertungsverbot reicht insoweit als Beschränkung im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG nicht aus.⁷¹

Allerdings kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Berufsgeheimnisträger im Sinne des § 53 StPO selbst zu Gefahrverursachern werden und mit Dritten Gespräche führen, die nach ihrem Inhalt die von ihnen ausgehende entsprechende Gefahrenlage zum Gegenstand haben.⁷² Nicht alle in § 53 StPO genannten Berufsgruppen haben im Übrigen in gleicher Weise einen beruflichen Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung.⁷³ Örtlich werden sich Tätigkeiten, die den Kernbereich der privaten Lebensführung betreffen, oftmals auf bestimmte Räumlichkeiten (etwa Praxis)

⁷⁰ BVerfGE 90, S. 255 ff. (260); 109, S. 279 ff. (322).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 109, 279 ff. (318).

⁷² Vgl. W. Schmidbauer, a.a.O., Art. 34 PAG Rn. 97 f.

⁷³ A.a.O. Rn. 91.

beschränken.⁷⁴ Wenn entsprechende Hinweise vorliegen, dass ein Mitglied der in § 53 StPO genannten Berufsgruppen selbst Verursacher einer § 15 Abs. 4 HSOG entsprechenden Gefahr wird, könnte es sich für die Gefahrenabwehr als notwendig erweisen, etwa die Privaträume eines Arztes, vereidigten Buchprüfers oder Apothekers einer Maßnahme im Sinne des § 15 Abs. 4 HSOG zu unterziehen.

Eine differenziertere Regelung erscheint – wie die geltende bayerische Regelung des Art. 34 PAG zeigt – insoweit durchaus denkbar. Im Hinblick auf den Staatszweck der Gewährleistung von Sicherheit und dem Schutz der in § 15 Abs. 4 HSOG genannten Rechtsgüter Leben, Leib und Freiheit des Einzelnen vor gegenwärtiger Gefahr kann eine solche Differenzierung gut begründet werden, wobei es zuvörderst der Legislativen obliegt, die Notwendigkeit einer solchen Regelung zu beurteilen.

3. Fehlende Prognoseentscheidung in der bestehenden Regelung wie im Gesetzesentwurf

Mit der Formulierung einer Pflicht zum Abbruch der Maßnahmen bei erkennbarem Erlangen von Erkenntnissen aus dem Kernbereich der privaten Lebensführung bemüht sich der Gesetzesentwurf, den Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG gerecht zu werden.

Das Gericht hatte in seinem Urteil vom 3. März 2004 festgestellt, dass Maßnahmen der Überwachung dort unterbleiben müssen, wo Anhaltspunkte bestehen, dass die Menschenwürde durch die Maßnahme verletzt wird, weil in den unantastbaren Bereich der privaten Lebensführung vorgedrungen wird.⁷⁵ Wenn die akustische Wohn-

⁷⁴ Die bayerische Regelung privilegiert in Art. 34 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 PAG denn auch nur die zur Berufsausübung bestimmten Räume der Berufsgeheimnisträger, nicht hingegen die Privatwohnungen.

⁷⁵ BVerfGE 109, 279 ff. (318): „... Art. 13 Abs. 3 GG ist dahingehend zu verstehen, dass seine gesetzliche Ausgestaltung die Erhebung von Informationen durch die akustische Überwachung von Wohnungen dort ausschließen muss, wo die Ermittlungsmaßnahme in den durch Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung vordringen würde.

dd) Erforderlich sind dementsprechend gesetzliche Regelungen, die unter Beachtung des Grundsatzes der Normenklarheit sicherstellen, dass die Art und Weise der akustischen Wohnraumüberwachung nicht zu einer Verletzung der Menschenwürde führt. Die Überwachung muss in Situationen von vornherein unterbleiben, in denen Anhaltspunkte bestehen, dass die Menschenwürde durch die Maßnahme verletzt wird.“

raumüberwachung - so das BVerfG weiter – unerwartet zur Erhebung von absolut geschützten Daten führt, ist sie insoweit abzubrechen. Gesetzliche Regelungen haben dies sicher zu stellen.

Insoweit gehen weder die bestehende Regelung noch der Gesetzesentwurf weit genug. Auch der Gesetzesentwurf sieht keine prospektiv zu treffende Prognoseentscheidung als Voraussetzung für die Überwachung vor, in der die Wahrscheinlichkeit einer Berührung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ausgeschlossen wird.

4. Abbruch der Maßnahmen bei erkennbaren Erlangen von Erkenntnissen aus dem Kernbereich der privaten Lebensführung

Der Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion erscheint im Übrigen aber auch insoweit nicht glücklich formuliert, als von *Abbrechen* der Maßnahme die Rede ist. Zwar führt das BVerfG aus, dass die akustische Wohnraumüberwachung „abgebrochen werden“ muss, wenn sie „unerwartet zur Erhebung von absolut geschützten Informationen“ führt.⁷⁶ Damit wollte das Gericht aber sicher nicht jegliche Wiederaufnahme ausschließen, wenn im Rahmen einer Überwachung zu einem späteren Zeitpunkt begründet davon ausgegangen werden kann, dass der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung nicht mehr berührt wird. Angemessener erscheint dem gesetzgeberischen Anliegen des Ausgleichs von Freiheitsschutz und Sicherheitsgewährleistung eine Formulierung, die eine unverzügliche Unterbrechung der Datenerhebung vorsieht, so lange dies zum Schutz des Kernbereichs der Lebensgestaltung aus Art. 1 Abs. 1 GG erforderlich erscheint.

5. Sonstiges

Erwogen werden könnte bei der Behandlung des Gesetzesentwurfs eine Erweiterung der Gefahrenlage, die den Einsatz einer technischen Wohnraumüberwachung recht-

⁷⁶ BVerfGE 109, 279 ff. (318 f.): „... Führt die akustische Wohnraumüberwachung im Übrigen unerwartet zur Erhebung von absolut geschützten Informationen, muss sie abgebrochen werden, und die Aufzeichnungen müssen gelöscht werden; jede Verwendung solcher im Rahmen der Strafverfolgung erhobener absolut geschützter Daten ist ausgeschlossen.“

fertigt, um gegenwärtige Gefahren für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes.

D. Zum nach dem Entwurf neu einzufügenden § 15 a Abs. 4 HSOG

I. Inhalt des Gesetzesentwurfs

Der Gesetzesentwurf schlägt vor, die Regelung der Telekommunikationsüberwachung in § 15 a HSOG um einen neuen Abs. 4 zu ergänzen.

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

II. Privilegierung von Berufsheimnisträgern

Berufsheimnisträger werden durch die vorgeschlagene Regelung generell von Maßnahmen nach § 15 a Abs. 4 HSOG ausgenommen. Eine solche generelle Ausnahme zugunsten der in § 53 StPO aufgenommenen Personen ist verfassungsrechtlich *möglich*.

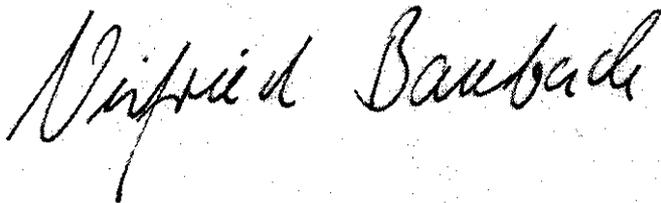
Allerdings gilt Entsprechendes wie bei § 15 Abs. 4 HSOG. Nachdem nicht ausgeschlossen werden kann, dass Berufsheimnisträger im Sinne des § 53 StPO selbst zu Gefahrverursachern werden, sollte auch insoweit eine differenziertere Regelung gesucht werden. Beispielgebend könnte insoweit Art. 34 a des bayerischen PAG⁷⁷ sein.

⁷⁷ Art. 34 a PAG (Bayern), eingefügt durch Gesetz vom 24.12.2005, BayGVBl. S. 641.

III. Abbruchverpflichtung, soweit Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden

Auch insoweit kann auf die Ausführungen unter C. Bezug genommen werden. Die vorzugswürdige Formulierung wäre insoweit eine unverzügliche Unterbrechung der Datenerhebung, so lange dies zum Schutz des Kernbereichs der Lebensgestaltung aus Art. 1 Abs. 1 GG erforderlich erscheint.

Würzburg, den 21.12.2006

A handwritten signature in black ink, reading 'Winfried Bausback'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'W'.

(Privatdozent Dr. Winfried Bausback)