Frist zur Abgabe der Stellungnahme: 15.08.2008 Stand: .13.08.2008

Teil 1

Ausschussvorlage INA/17/3

eingegangene Stellungnahmen zu der

Anhörung des Innenausschusses

zu dem

Gesetzentwurf
der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)
– Drucks. 17/133 –

1. Prof. Dr. Bodo Pieroth, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Institut für Öffentliches Recht und Politik S. 1
2. Hessischer Datenschutzbeauftragter S. 3
3. Rote Hilfe e. V. S. 10
4 RA'in Ulrike Donat S. 13
5. Dr. Dr. Wolfgang Pausch S. 40
6. RA Dr. Fredrik Roggan S. 44
7. Prof. Dr. Hans-Detlef Horn, Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Rechtswissenschaften S. 63
8. Univ.-Prof. Dr. jur. Dirk Heckmann S. 72
9. Deutscher Journalistenverband (DJV), Landesverband Hessen S. 91
10. Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) S. 94
11. Prof. Dr. Annette Guckelberger, Universität des Saarlandes, Lehrstuhl für Öffentliches Recht S. 100
12. Dr. Patrick Breyer S. 127

WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Institut für Öffentliches Recht und Politik

Institut für Öffentliches Recht und Politik | Wilmergasse 28 | 48143 Münster

Prof. Dr. Bodo Pieroth
Geschäftsführender Direktor

Wilmergasse 28
48143 Münster

Tel. +49 251 51049-0
Fax +49 251 51049-19

pieroth@uni-muenster.de

http://www.jura.uni-muenster.de/rp

Stellungnahme

zur schriftlichen Anhörung im Innenausschuss des Hessischen Landtags zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) – Drucks. 17/133 –

Völlig zu recht wird in der Begründung zu dem vorliegenden Gesetzentwurf ausgeführt, dass das Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in mehrfacher Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, die in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff (BVerfGE 109, 279), zur präventiven Telekommunikationsüberwachung (BVerfGE 113, 148), zur Rasterfahndung (BVerfGE 115, 320), zur Online-Durchsuchung (Urteil vom 27.2.2008) und zur elektronischen Erhebung von Kraftfahrzeug-kennzeichen (Urteil vom 11.3.2008) aufgestellt worden sind. Der Hessische Landtag täte gut daran, den vorliegenden Gesetzentwurf Gesetz werden zu lassen.

Münster, 17. Juni 2008

Prof. Dr. Bodo Pieroth

DER HESSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE

DER HESSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE
Postfach 31 63 · 65021 Wiesbaden

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

65183 Wiesbaden

10.07.08

Aktenzeichen *Bitte bei Antwort angeben*	57.01.08-de/ge
zuständig Durchwahl 14 08 -	Frau Dembowski 126
Ihr Zeichen Ihre Nachricht vom	I A 2.6 12.06.2008
Datum	09.07..2008

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. 17/133 -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

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

Soweit der Gesetzentwurf wortgleich ist mit der Vorlage der Fraktion der FDP aus der 16. Legislaturperiode (Drucks. 16/5773), erlaube ich mir, auf meine Stellungnahme vom 21.11.2006 aus der damaligen Anhörung zu verweisen, die ich als Anlage 2 nochmals beifüge. Insoweit besteht aus meiner Sicht kein Bedarf für weitere Anmerkungen.

Neu in dem jetzigen Gesetzentwurf ist die Regelung des § 14 Abs. 5 HSOG zum Einsatz der Kennzeichenerkennung. Die Regelung lehnt sich an die in Brandenburg geltende Regelung an (eine Gegenüberstellung des vorgelegten Entwurfs zu § 14 Abs. 5 HSOG sowie des § 36a BbgPolG füge ich als Anlage 1 bei). § 36a BbgPolG wurde zwar vom Bundesverfassungsgericht positiv beurteilt. Gleichwohl halte ich eine Überarbeitung des Entwurfs für notwendig.

Zu der vorgeschlagenen Neufassung des § 14 Abs. 5 HSOG, die auch im Kontext der sonstigen in § 14 HSOG getroffenen Regelungen zum Einsatz von Videotechnik zu beurteilen ist, erlaube ich mir folgende Anmerkungen:

Gustav-Stresemann-Ring 1 · D-65189 Wiesbaden · Telefon (06 11) 14 08-0 · Telefax (06 11) 14 08-9 00 oder -9 01
E-Mail poststelle@datenschutz.hessen.de · Internet http://www.datenschutz.hessen.de

1. § 14 Abs. 5 S. 3 HSOG

Eine entsprechende Regelung ist im BbgPolG nicht enthalten. Die Festlegung, dass die Kennzeichenerkennung nur eingesetzt werden kann, wenn im Trefferfall sofort gehandelt wird, begrüße ich ausdrücklich. Damit ist klargestellt, dass der Einsatz der Geräte wirklich nur ein technisches Hilfsinstrument zur Unterstützung der Polizei ist.

2. § 14 Abs. 5 S. 4 HSOG

Diese Regelung ist ebenfalls nicht im BbgPolG enthalten. Ich habe erhebliche Bedenken, ob diese Regelung mit den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungen an einen verfassungskonformen Einsatz der Kennzeichenerkennung im präventiven Bereich durch die Polizei übereinstimmt.

Grundsätzlich ist das ausdrückliche Verbot der Erstellung von Bewegungsprofilen zu begrüßen. Problematisch ist jedoch die Ausnahmeregelung im zweiten Teil des Satzes.

Eine polizeiliche Beobachtung als solche ergibt im Ergebnis immer ein (wenn auch nicht vollständiges) Bewegungsprofil. Die Rechtsgrundlage dafür ist generell in § 17 HSOG vorhanden. Die in § 14 Abs. 5 S. 4 vorgesehene Formulierung ließe jedoch nach ihrem Wortlaut zu, dass gezielt das Erstellen eines Bewegungsprofils im Rahmen einer polizeilichen Beobachtung Begründung für den Einsatz einer Kennzeichenerkennung sein kann. Bei einer derartigen Auslegung ergibt sich jedoch ein Widerspruch zwischen der verdeckten Maßnahme – polizeiliche Beobachtung – und dem offenen Einsatz technischer Mittel, als welches § 14 Abs. 5 S.1 am Anfang des Entwurfes den Einsatz von Kennzeichenerkennung definiert.

§ 14 Abs. 5 S. 1 Ziff. 3 erklärt die Kennzeichenerkennung auch für zulässig, wenn im Falle einer polizeilichen Beobachtung Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht. Ein Eingreifen in diesem Stadium zur Verhinderung einer möglichen Straftat ist präventive Tätigkeit und kann somit im HSOG geregelt werden. In diesem Fall muss dann die gem. § 14 Abs. 5 S. 3 zu ergreifende Maßnahme darin bestehen, dass ein Eingreifen der Polizei im Sinne eines aktiven Handelns erfolgt und nicht „nur" ein Bewegungsprofil erstellt wird. Das Erstellen eines Bewegungsprofils, das die zu beobachtende Person nicht bemerkt – im Sinne des § 17 HSOG ja auch nicht bemerken soll – entspricht in ihrer Auswirkung vollständig einer verdeckten Datenerhebung.

Auch rein praktisch ist eine solche Erstellung eines Bewegungsprofils nur schwer vorstellbar. Wenn die Konstellation des § 14 Abs. 5 Satz 1 Ziff. 3 gegeben ist, kann ein Einsatz der Kennzeichenerkennung nur dann erfolgreich sein, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass die gesuchte Person bestimmte Straßen benutzt und diese überwacht werden, indem kurzfristig dort an mehreren Stellen entsprechende Geräte aufgestellt werden. Wenn die konkrete Überwachung notwendig ist, um den richtigen Zeitpunkt zum Eingreifen im Sinne eines präventiven Tätigwerdens zu bestimmen, mag das noch in den Anwendungsbereich des offenen Einsatzes passen. Das „bloße" Erstellen des Bewegungsprofils für spätere Verwendungszwecke (Beweismittel in einem Strafverfahren?) gehört dagegen in den repressiven Bereich, für den gerade keine Gesetzgebungskompetenz im Rahmen des HSOG gegeben ist.

Soweit mit der Regelung lediglich bezweckt werden soll, klarzustellen, dass mehrere zeitlich aufeinanderfolgende Meldungen im Sinne des § 17 HSOG auch aufgrund des Identifizierens durch Kennzeichenlesegeräte zulässig sind, halte ich dies für überflüssig. Ein gezielter Einsatz zur Erstellung eines verdeckten Bewegungsprofils ist nach meiner Einschätzung allerdings so nicht zulässig. Mindestens handelt es sich nicht um eine normenklare Regelung, wenn für die Fälle der polizeilichen Beobachtung aus dem offenen Einsatz technischer Mittel ein verdeckter Einsatz werden soll.

3. § 14 Abs. 5 S. 7 HSOG

Auch diese Regelung ist im BbgPolG nicht enthalten.

Die Klarstellung des Verbotes des flächendeckenden Einsatzes ist eine positive Ergänzung zur brandenburgischen Regelung.

4. Ergänzung in § 14 Abs. 3 und 4 HSOG – Kennzeichnung der offenen Überwachungsmaßnahmen

Auch in § 14 Abs. 3 und 4 wird ein „offener" Einsatz der Videotechnik geregelt. Für diese Fälle wird stets eine Kennzeichnung der zu überwachenden Örtlichkeiten gefordert. Von der Praxis wird dies auch so gehandhabt. Ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist ein solcher Hinweis im HSOG nicht, eine solche Regelung gibt es dagegen in § 6b Abs. 2 BDSG.

Der vorliegende Entwurf des §14 Abs. 5 spricht auch bei der Kennzeichenerkennung vom „offenen" Einsatz technischer Mittel. Schon beim Einsatz der Kennzeichen-Überwachung auf Grundlage der Vorgängerregelung ist ein ausdrücklicher Hinweis auf eine konkrete Erhebung (zu Recht) nicht erfolgt. Unabhängig von den praktischen Problemen einer solchen Kennzeichnung besteht

ein Unterschied zu den Maßnahmen gem. Abs. 3 und 4: Abs. 5 erlaubt eine offene Datenerhebung im Gegensatz zu den bewusst heimlichen (verdeckten) Maßnahmen des HSOG wie etwa dem Lauschangriff. Beim Einsatz von Videotechnik im Rahmen der Abs. 3 und 4 hat die offene Überwachung mit einer ausdrücklichen Kennzeichnung der Maßnahme im Wesentlichen den Zweck, mögliche Störer bewusst abzuschrecken und gleichzeitig alle Passanten zu informieren, dass diese Örtlichkeit besonders geschützt ist (Sicherheitsinsel).

Deshalb wäre es sinnvoll, im Gesetz bei § 14 Abs. 3 und 4 eine Formulierung wie in § 6b BDSG aufzunehmen und jeweils als Satz 2 in die Absätze einzufügen:

„Der Umstand der Überwachung und die verantwortliche Stelle sind durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen."

Mit freundlichen Grüßen

Professor Michael Ronellenfitsch

Anlagen

Anlage 1 zur Stellungnahme des HDSB vom 09.07.2008

Synopse zur Kennzeichenerkennung

Drucks. 17/133 – Polizeigesetz Brandenburg

§ 14 Abs. 5 HSOG	§ 36a BbgPolG
[1]Die Polizeibehörden können die Kennzeichen von Fahrzeugen ohne Wissen der Person durch den offenen Einsatz technischer Mittel automatisiert erheben, wenn 1. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist, 2. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1,3 oder 5 vorliegen oder 3. eine Person oder ein Fahrzeug nach § 17 ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht.	(1) Die Polizei kann die Kennzeichen von Fahrzeugen ohne Wissen der Person durch den Einsatz technischer Mittel automatisiert erheben, wenn 1. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist, 2. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach §12 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 vorliegen oder 3. eine Person oder ein Fahrzeug nach § 36 Abs. 1 und 1a polizeilich ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht.
[2]Die erhobenen Daten können mit zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1gespeicherten polizeilichen Daten automatisch abgeglichen werden.	(2) [1]Die erhobenen Daten können mit zur Abwehr der Gefahr nach Absatz 1 gespeicherten polizeilichen Daten automatisch abgeglichen werden.
[3]Bei Datenübereinstimmung sind unverzüglich Maßnahmen zur Klärung des Sachverhalts zu ergreifen.	
[4]Die Erstellung von Bewegungsprofilen ist außer in Fällen des Satzes 1 Nr. 3 unzulässig.	
[5]Bei Datenübereinstimmung können die Daten polizeilich verarbeitet und im Falle des Satzes 1 Nr. 3 zusammen mit den gewonnenen Erkenntnissen an die ausschreibende Stelle übermittelt werden.	[2]Bei Datenübereinstimmung können die Daten polizeilich verarbeitet und im Falle des Absatzes 1 Nr. 3 zusammen mit den gewonnenen Erkenntnissen an die ausschreibende Stelle übermittelt werden.
[6]Anderenfalls sind sie unverzüglich zu löschen.	[3]Andernfalls sind sie unverzüglich zu löschen.
[7]Der flächendeckende stationäre Einsatz der technischen Mittel ist unzulässig.	
	(3) Das für Inneres zuständige Mitglied der Landesregierung erstattet dem Ausschuss für Inneres des Landtages jährlich einen Bericht über jede Maßnahme, der Angaben enthält über deren Anlass, Ort und Dauer.

Anlage 2 zur Stellungnahme des HDSB vom 09.07.2008

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 *Bitte bei Antwort angeben* 57.01.07-de/ge

zuständig Frau Dembowski
Durchwahl 14 08 - 126

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht vom

Datum 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).

   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 abzubrechen, 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

Göttingen, 21.07.2008

Stellungnahme der Roten Hilfe e.V. zum Gesetzentwurf der FDP-Fraktion für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)

Die FDP strebt mit ihrem Gesetzentwurf an, ein Gesetz zu ändern, das eingestandenermaßen mit der Verfassung nicht vereinbar ist. Die automatische Erfassung von KfZ-Kennzeichen ist verfassungswidrig, weil eine präventive Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vereinbar ist. Dies hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 27.Juli 2006 unmissverständlich festgestellt. In dankenswerter Offenheit nennt die FDP-Fraktion als alternativen Lösungsvorschlag für ihren Gesetzesentwurf die „Beibehaltung der nicht verfassungskonformen Rechtslage".

Mit der nun angestrebten Gesetzesänderung soll nun aber keineswegs die grundrechtswidrige Praxis der Polizei verhindert, sondern im Gegenteil durch eine präzisere juristische Formulierung abgesichert werden. Die FDP-Fraktion formuliert auch hier recht offen: „Die Möglichkeit zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen wird durch die Schaffung einer neuen Rechtsgrundlage, die die verfassungsgerichtlichen Vorgaben umsetzt, ermöglicht". Die FDP lobt in ihrer Begründung ausdrücklich den „relativ weit gefassten Verwendungszweck" der angestrebten Regelung.

Die einzige sinnvolle Konsequenz aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts und den mehrfachen Rügen des Datenschutzbeauftragten hat die FDP-Fraktion unter dem Punkt „Alternativen" ebenfalls benannt (wohl in der festen Überzeugung, dass diese Möglichkeit aus Gründen der Staatsräson nicht in Betracht kommt): „Verzicht auf die Möglichkeit der automatisierten Überprüfung von Kfz-Kennzeichen". Dies wäre tatsächlich die einzige Alternative, die nicht nur bemüht ist, Schlupfwinkel im juristischen Wortlaut zu finden, sondern den Geist des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung – das in der BRD Verfassungsrang genießt - zu verwirklichen.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem bereits erwähnten Beschluss festgestellt, „dass eine präventive Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nur vereinbar ist, wenn zumindest eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter besteht**"**. Die Formulierungen des neuen Gesetzesentwurfs zielen nun gerade darauf ab, den Ermittlungsbehörden juristische Handhaben für die Konstruktion solcher „Gefahr für hochrangige Rechtsgüter" zur Verfügung zu stellen.

An dieser Stelle muss auf die Entstehungsgeschichte und Anwendungspraxis der neuen Sicherheitsgesetze wie der Rasterfahndung überhaupt eingegangen werden.
Die Rasterfahndung wurde in den 1970er Jahren in der gezielt geschürten Panikstimmung der „Terroristenjagd" gegen die Mitglieder der RAF und anderer Stadtguerillagruppen durchgesetzt und juristisch abgesichert. Kennzeichen ist die massenhafte Erfassung der Daten von Menschen, die ein bestimmtes vermutetes „Täterprofil" aufweisen. Dass dabei für den größten Teil der solcher Art Erfassten zweifellos die Unschuldsvermutung zu gelten hätte, wird dabei billigend in Kauf genommen.

Ein hervorstechendes Kriterium bei der Erstellung von „Täterprofilen“ war seit jeher das politische Engagement. Unter dem Vorwand der Terrorismusbekämpfung wurden im Zuge der Rasterfahndung also von Anfang an politisch aktive Menschen überwacht und erfasst. Dass die so gewonnenen Erkenntnisse den Betroffenen immer wieder zum Nachteil gereichten – beispielsweise in Akten des Verfassungsschutzes (also des Inlandsgeheimdienstes) in Berufsverbotsverfahren auftauchten – ist unstrittig.

Die Terroranschläge vom 11.September 2001 dienten in der BRD zur Konstruktion einer angeblichen „allgemeinen Bedrohungslage“, in der etliche Gesetze und Regelungen erlassen wurden, die die politischen und bürgerlichen Grundrechte massiv einschränken (zu erinnern wäre hier – als ein Beispiel von vielen - etwa an die Erweiterung des Terrorparagraphen 129a zum §129b, der die Kriminalisierung politischer Gruppen von MigrantInnen ermöglicht und der gegenwärtig beispielsweise in Stuttgart Stammheim als Grundlage für die Verfolgung linker türkischer Oppositioneller im Exil verwendet wird).

Eine tatsächliche Bedrohung durch „islamistische Terroristen“ vermochten die Behörden der BRD noch in keinem Fall überzeugend darzulegen. Stattdessen wurde die neue Gesetzeslage wiederholt zur Kriminalisierung linker außerparlamentarischer Aktivitäten benutzt. In diesen Zusammenhang gehört z.B. die Bekämpfung der Proteste gegen den G8-Gipfel, die mit ihren menschenverachtenden Gefangenensammelstellen in der Öffentlichkeit nicht umsonst Assoziationen zu Guantanamo wachrief und bis zum Einsatz der Bundeswehr gegen DemonstrantInnen reichte. Ebenfalls im Vorfeld des G8-Gipfels wurden mehrere Ermittlungsverfahren gegen linke GlobalisierungskritikerInnen nach §129a (Bildung einer terroristischen Vereinigung) angestrengt. Die meisten dieser Maßnahmen wurden vom Bundesverfassungsgericht gestoppt oder verurteilt. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten sie den Ermittlungsbehörden jedoch bereits zu umfangreichen Ermittlungen und Ausforschung bis in die persönlichsten Details des Privatlebens der Betroffenen gedient.

Als Vorwand für eine in der aktuellen Gesetzesvorlage vorgesehene automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen wären solche absurden Ermittlungsverfahren allemal geeignet, die Erfassung wäre durch das Gesetz sogar bei weit geringeren Tatvorwürfen legitimiert.

Gerade angesichts des ausufernden Ermittlungs- und Kriminalisierungseifers gegenüber linken oppositionellen Gruppen wäre mit dem neuen Gesetz der massenhaften Aushebelung von Grundrechten Tür und Tor geöffnet. Diese Grundrechtsverletzungen in der polizeilichen Praxis würden durch das geplante Gesetz selbst dann ganz erheblich begünstigt, falls der Gesetzesentwurf formal den Ansprüchen des Bundesverfassungsgerichts genügen sollte. Im Gesetzesentwurf der FDP zeigt sich einmal mehr, dass – an sich begrüßenswerte – deutliche Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Wahrung von Bürgerrechten von den gesetzgebenden Organen all zu oft nur als Anleitung zur juristisch abgesicherten Aushebelung politischer und persönlicher Freiheitsrechte genutzt werden.

Die einzige Konsequenz kann im speziellen Fall des HSOG aus Sicht der Roten Hilfe nur darin bestehen, die automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen generell zu verunmöglichen und damit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung genüge zu tun. Dass auch die anderen gesetzlichen Grundlagen der Rasterfahndung, des Großen Lauschangriffs (der Wohnraumüberwachung) und des automatisierten Abgleichs von polizeilichen Datenbeständen (Datamining) zur Einschüchterung und Erfassung politischer Oppositionsbewegungen geeignet sind und daher abgeschafft werden müssen, bleibt unabhängig von der aktuellen Debatte um das hessische Sicherheitsgesetz eine politische Aufgabe für alle Menschen, denen an der Verteidigung von Grundrechten und an gesellschaftlicher Veränderung gelegen ist.

Für den Bundesvorstand der Roten Hilfe e.V.

Michael Csaszkóczy

Ulrike Donat Rechtsanwältin • Mediatorin

U. Donat – Rechtsanwältin – Kaiser-Wilhelm-Str. 93 VI, 20355 Hamburg

Fachanwältin für Familienrecht
Mediatorin (BM/BAFM)

Kaiser-Willhelm-Str. 93 VI
20355 Hamburg
Gerichtsfach 553

Tel. 040-411 89 38 30
Fax 040-411 89 38 37

kontakt@ulrike-donat.de
www.ulrike-donat.de

Schriftliche Anhörung im Innenausschuss des Hessischen Landtages zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zur Änderung des HSOG, Drs. 17/133

Der Gesetzentwurf regt eine Änderung der §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4 , 15 a Abs. 4 (neu) und § 26 Abs.1 HSOG an unter Bezugnahme auf verschiedene Urteile des Bundesverfassungsgerichtes zu polizeilichen Überwachungsmaßnahmen.

Über die im Gesetzentwurf genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes

- vom 03. März 2004 - 1 BvR 2378/98 u.a. - zum sog. „großen Lauschangriff“
- vom 27.Juli 2005 - 1 BvR 668/04 - zu TKÜ nach dem Niedersächsischen SOG
- vom 04. April 2006 - 1 BvR 518/02 - zur Rasterfahndung
- vom 27.Februar 2008 1 BvR 370/07 u.a. - zur Online-Durchsuchung
- und vom 11. März 2008 -1 BvR 2074/05 - zur Verfassungswidrigkeit des automatischen Kfz-Kennzeichenabgleichs nach dem bisherigen § 14 Abs. 5 HSOG

hinaus hat das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Zeit in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit von präventiv-polizeilichen und strafprozessualen Überwachungsmaßnahmen Stellung genommen. Mit zunehmender Tendenz werden darin die Gefahren der technischen Entwicklung für Menschenwürde und Freiheitsgrundrechte aufgezeigt und rechtsstaatliche Anforderungen an die gesetzliche Regelung von Eingriffsbefugnissen formuliert.

Die nachfolgende Stellungnahme kann nur einen Teil der Überlegungen aufgreifen. Insbesondere die datenschutz-rechtlichen Anforderungen bedürfen gesonderter Betrachtung im Hinblick auf die gesteigerte Eingriffsintensität der Erhebung und Verwendung persönlicher Daten im Zuge der technischen Entwicklung und die damit bis ins

unendliche erweiterten Möglichkeiten der Datenverwendung und des Datenabgleichs bei gleichzeitigem Verlust des eingrenzenden Kriteriums der Zweckbindung.

Hier können nur die grundlegenden Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes und einige Argumente aus der Fachliteratur überschlägig mit den Regelungen des HSOG in der geltenden Fassung abgeglichen werden.

I. Grundsätzliche Vorbemerkungen

1. Rechtsstaatliche Bindungen des Polizeirechtes

Polizeirecht ist **Eingriffsverwaltung** und als solche **streng rechtsstaatlich gebunden**. Hoheitliche Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigung mit gesetzlicher Fixierung von Eingriffsbefugnissen, Beachtung der Verhältnismäßigkeit (Erforderlichkeit und Geeignetheit der Maßnahme, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) und des Wesensgehaltes der Freiheitsgrundrechte sowie der Menschenwürde.

Polizeirecht muß grundsätzlich **methodisch klar und übersichtlich** bleiben, damit einerseits Bürger sich auf eine etwaige Polizeipflicht oder sonstige Inanspruchnahme einstellen können, aber sich auch der polizeilichen Überwachung zum Erhalt ihrer Intim- und Freiheitssphäre entziehen können. Andererseits müssen Polizeibeamte die Grenzen ihrer Befugnisse erkennen und verstehen, und schließlich muß die Polizeiarbeit gerichtlich, parlamentarisch und durch die Öffentlichkeit **kontrollierbar** bleiben. Die Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) bedeutet im Polizeirecht vor allem *Gesetzesvorbehalt* für staatliche Eingriffe (Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechtes, 4. Aufl. 2007, Kap. C Anm. 24).

Polizeieingriffsmöglichkeiten sind nach der „Wesentlichkeitstheorie“ immer vom Gesetzgeber zu regeln (Lisken/Denninger, aaO. Kap. C Anm. 27; BVerfGE 40, 237, 249; 47, 46, 79; 83, 130, 152).

Diese Anforderungen bedeuten, daß das Gesetz selbst die Eingriffsvoraussetzungen unter Beachtung der Bedeutung des betroffenen Grundrechtes und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität klar und bestimmt regeln muß.

Die Erfahrungen mit Unrechtsregimen in der deutschen Geschichte zeigen, dass Menschenwürde, Freiheit der Person und Freiheitsrechte einen grundsätzlich überwachungsfreien Entfaltungsraum benötigen, der mit den Entwicklungen von Polizeirecht und Polizeitechnik in den letzten Jahren grundsätzlich bedroht erscheint. Dies betrifft vor allem die ausufernde Datenerhebung und -verwendung und die grundsätzliche Überlegung, wie persönliche Daten der Bürger in Zeiten unbegrenzter technischer Abgleichmöglichkeiten künftig noch geschützt werden können und müssen - auch vor Mißbrauch, s. Telekomskandal - oder ob deswegen auf Datenerhebung und -verarbeitung in weitem Maß verzichtet werden muß.

2. Klassische Begrenzung polizeilicher Eingriffsbefugnisse

Bereits seit längerem wird in der Literatur die tatsächliche Entwicklung des Polizeirechtes unter Berücksichtigung der gesteigerten Überwachungsmöglichkeiten durch techni-

sche Entwicklungen und Vernetzung von Daten mit automatisiertem Abgleich anhand der herkömmlichen Eingriffsbegrenzungen kritisch kommentiert.

Problematisch ist die Aufweichung begrenzender Eingriffsvoraussetzungen nach dem herkömmlichen Polizeirecht, wie z.B.:

- „Jedermann“-Eingriffe statt Störerverantwortlichkeit
  - verdachtsunabhängig
  - Ortsanknüpfung statt Personenverantwortlichkeit (z.B. Videoüberwachung)
  - Einbeziehung von Kontaktpersonen und Unbeteiligten statt Beschränkung auf Störer bzw. Nichtstörer nur im Notstandsfall
- Heimlichkeit statt offener Inanspruchnahme mit der Folge begrenzter Rechtsschutzmöglichkeiten und Leerlaufen der „Grundrechtssicherung durch Verfahrensgarantien“
- anlaßunabhängige Vorfeldeingriffe statt Eingreifen bei konkreter unmittelbarer Gefahr

Im Zusammenhang mit der Erhebung und Verwendung von derart erhobenen Daten und Erkenntnissen ergeben sich weitere Probleme für den Grundrechtsschutz und die Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen, insbesondere auch bei Speicherung, Verarbeitung, Abgleich, Abruf und Übermittlung von Daten durch

- Steigerung der Eingriffsintensität eigentlich „harmloser“ Eingriffe durch potentiell unbegrenzte Verwendungsmöglichkeiten der daraus gewonnenen Daten bis hin zu „Bewegungsprofilen“
- Steigerung der Eingriffsintensität durch Aufweichung der Zweckbindung bei der Verarbeitung von persönlichen Daten
- Verletzung der Vertraulichkeit der Kommunikation im Privatbereich und in Berufen, die auf Vertraulichkeit angewiesen sind
- einschüchternde Wirkung der Datenverarbeitung auf die Freiheitswahrnehmung durch die Bürger

a. Verdachtsunabhängige „Jedermann“-Polizeipflichtigkeit

Während das klassische Polizeirecht Eingriffe des Staates begrenzte durch das Merkmal „Polizeipflichtigkeit“, verschwimmt diese Begrenzung bei den in den letzten Jahren kodifizierten neuen Befugnissen.

Polizeipflichtigkeit bedeutet, dass Maßnahmen grundsätzlich nur gegen den „Störer“ gerichtet werden dürfen, nämlich

- den „Verhaltensstörer“, also denjenigen, der einer rechtswidrigen Tat verdächtig ist oder eine konkrete polizeiliche „Gefahr“ durch sein Verhalten (mutmaßlich) verursacht (§ 6 HSOG)
- den „Zustandsstörer“ als demjenigen, der für den Zustand einer Sache rechtlich verantwortlich ist oder die tatsächliche Sachherrschaft hat (§ 7 HSOG)

Gegen den „Nichtstörer“ dürfen Maßnahmen nach § 9 HSOG nur subsidiär gerichtet werden

- bei einer gesteigerten Gefahr: „gegenwärtige erhebliche Gefahr“
- wenn Maßnahmen gegen Störer nicht erfolgversprechend sind
- ohne größeres eigenes Risiko
- wenn die Polizei allein zur Gefahrbeseitigung nicht in der Lage ist.

Diese Begrenzungen entfallen bei den „Jedermann“-Befugnissen wie

- Videoüberwachung und - aufzeichnung öffentlicher Orte
- Verdachts- und anlaßunabhängigen Vorfeldkontrollen
- Rasterfahndung
- Schleierfahndung.

Die klassische „Gefahrenabwehr“ wird zur „Risikovorsorge“. Allerdings ist das „Risiko“ in den genannten Fällen gesetzlich unbestimmt und offen geregelt, so dass die Eingriffsbegrenzung, die in der Störerverantwortlichkeit und der Beschränkung der Inanspruchnahme der Nichtstörer liegt, praktisch uferlos wird.

So kriitisierte auch das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern bereits in einer Entscheidung vom 21.10.1999 (LVerfG 2/98 = NJ 1999, 645) die Aufgabe des persönlichen Zurechnungszusammenhanges bei „Jedermann-Kontrollen“ als verfassungswidrig. Das Bundesverfasssungsgericht hielt in der Entscheidung vom 14.07.1999 zur Überwachung von Auslandsferngesprächen durch den BND (v. 14.07.1999 - 1 BvR 226/94) ebenfalls die polizeiliche Ausforschung im Inland ohne jede Anknüpfung an einen Tatverdacht oder eine Gefahrverursachung für unzulässig.

Für den Bürger spricht im Polizeirecht die „Vermutung der Rechtstreue“ (als Korrelat zur Unschuldsvermutung im Strafrecht). Die Freiheit des Einzelnen ist ohne Störungsindizien grundsätzlich „polizeifest“ und nicht relativierbar (Lisken/Denninger, a.a.O, Kap. C, Anm. 71).

b. Gefahrenabwehr oder Risikovorsorge? - Präventive oder repressive Polizeiaufgaben, Gesetzgebungskompetenz

Befugnisausdehnungen in den Bereich der Risikovorsorge (Vorfeld der Gefahr, verdachts- und anlaßunabhängige Eingriffe) sind nicht gedeckt durch die Aufgabenzuweisung in § 1 HSOG, die in Abs. 1 die „Gefahrenabwehr“ und in Abs. 3 die „Straftatenvorsorge“ nennt.

Abgesehen davon, daß sich bei der „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ und „Straftatenvorsorge“ nach § 1 Abs. 3 HSOG gravierende Konkurrenzen in der Gesetzgebungskompetenz im Verhältnis zum Bundesgesetzgeber und den Regelungen in der StPO ergeben (s. dazu BVerfG, B. vom 27.07.2005 - 1 BvR 668/04 - NdsSOG), ist auch eine derart weitgehende „Risikovorsorge“ ohne klare Grenzen der Inanspruchnahme von Bürgern nicht von der generellen Aufgabenzuweisung gedeckt.

Die gesetzlich ungebundene Zuweisung von Aufgaben und Eingriffsermächtigungen verstößt gegen die Grundrechtsordnung des Grundgesetzes (s. dazu z.B. Lisken, Verdachts- und ereignisunabhänige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität, NVwZ 1998, 22 ff).

Bei der „Straftatenvorsorge“ und „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ werden die herkömmlichen Mittel der Begrenzung staatlicher Macht verlassen. Zugleich gibt es einen Überschneidungsbereich mit der bundesrechtlich geregelten Strafprozeßordung, die ebenfalls spezial- und generalpräventive Ansätze enthält. Die Regelungen des Bundesgesetzgebers mit begrenzten Eingriffsbefugnissen nur bei (qualifiziertem) Straftatenverdacht als Anknüpfung für die Inanspruchnahme dürfen nicht ausgehebelt und unterlaufen werden durch präventivpolizeiliche Einflußnahme auf Straftatenvorsorge mit abgesenkten Eingriffsschwellen und ohne entsprechend strenge personale Zurechnungskriterien.

Empirische Daten für die Wirksamkeit präventivpolizeilicher Eingriffe ohne hinreichenden Anlaß, Verdacht oder Gefahrzurechnung, mit erheblicher Streubreite für Unbeteiligte und nicht verantwortliche Dritte fehlen. Polizeitaktische Wünschen dürfen das Recht nicht bestimmen, sondern umgekehrt begrenzt das Recht die polizeilichen Möglichkeiten.

c. Rechtsstaatliche Anforderungen an Bestimmtheit von Eingriffsbefugnissen und Grundrechtsschutz

„Generalklauseln haben sich in der Geschichte als *„manipulierbare Leerformeln*“ erwiesen“ (Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechtes, 4. Auflage 2007, Kap. C Rz. 23*)*. Polizeiarbeit muß zum Freiheits- und Rechtsgüterschutz gesetzlich so geregelt werden, dass sie methodisch klar und kontrollierbar bleibt (s. dazu unten die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes)

Befugnisse sind untrennbar mit der Aufgabenzuweisung an die Polizei verbunden und dürfen diese nicht aushebeln. Die Polizei hat Eingriffsbefugnisse und das Gewaltmonopol nur im Rahmen ihrer Aufgaben, nicht darüber hinaus und nicht zu anderen Zwecken (Lisken/Denninger, ebd.).

Polizeirecht hat grundsätzlich an Gefahrverursachung anzuknüpfen. Eingriffe dürfen nicht aus rechtspolitischer Plausibiliät hergeleitetr werden, sondern müssen sich aus dem Recht selbst rechtfertigen (Lisken/Denninger, aaO. Kap. C, Anm. 69). Die staatliche Methodenwahl steht unter dem „Vorbehalt der Grundrechtsverträglichkeit“ (LVfG M-V vom 18.05.2000 - LVerfG 5/98 zum präventiven Lauschangriff) und unterliegt dem strikten Gebot der Verhältnismäßigkeit. So darf eine Verkehrsüberwachung nur zur Abwehr gesteigerter Gefahren erfolgen, nicht aber für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten mißbraucht werden (Lisken/Denninger, aaO. Kap. C Anm. 68).

3. Weitere problematische Entwicklungen des Polizeirechtes

Technische und rechtliche Entwicklungen der Datenerhebung und des automatisierten Abgleichs gerade der letzten Jahre stellen viele frühere Entscheidungen zu polizeilicher Datenverarbeitung in Frage. So ermöglichen heute Softwareprogramme auch aus angeblichen „Übersichtsaufnahmen“ die (automatisierte) Identifizierung einzelner durch

Abgleich etwa mit vorhandenen Bilddaten (aus der Meldedatei, Akten, Erkennungsdienstlichen Sammlungen, aus Personalausweis- und Paßdaten etc.). Die zunehmenden - auch rechtlich ausgeweiteten - Verknüpfungsmöglichkeiten von Daten der Bundes- oder Landesbehörden untereinander, von Personendaten, Fahrzeugdaten, Kontendaten, Telefon- und Mobilfunkdaten, Internetdaten, ggf. noch kombiniert mit Daten aus privaten Dateien (etwa: Kundendaten, Fluggastdaten, Bahncard-Daten, Mautdaten, Daten aus Sicherheits- und Videoüberwachungen etc.) ermöglichen nicht nur die persönliche Identifizierung, sondern auch die vom Bundesverfassungsgericht als Verstoß gegen die Menschenwürde bezeichneten „Bewegungsbilder“ und „lückenlose Erfassung“, die zu Zeiten des Volkszählungsurteils des Bundesverfassungsgerichtes erst als bloße Möglichkeiten erschienen, technisch in großem Umfang damals aber noch in weiter Ferne lagen. Hier hat sich die Rechtswirklichkeit gravierend geändert, der „gläserne Mensch“ ist möglich und bei zunehmender biometrischer Erfassung, RFID-Chips und DNA-Entschlüsselung eine reale Bedrohung geworden.

Darüber hinaus ist bei der Beurteilung der Fragen, ob und wann „Eingriffe“ in die Rechtssphäre der Bürger vorliegen, und ob diese gemessen am Eingriffszweck und dem Gehalt der Grundrechte noch verhältnismäßig sind, ergänzend zu beachten, dass auch weitere Kriterien der Machtbegrenzung, insbesondere der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung, sich erheblich durch die tatsächlichen Entwicklungen verschoben haben. Auch Gewaltenteilung ist ein wichtiges Element der Machtkontrolle und -balance. Problematisch sind hier insbesondere die Aufweichungen der Trennungsgebote zwischen den Sicherheitsbehörden und -diensten und die wechselseitige Datenübermittlung im nationalen und internationalen Rahmen aufgrund des ATDG, des Vertrages von Prüm und bilateraler sowie multilateraler Abkommen (z.B. zu Fluggastdaten).

Die Zusammenarbeit im Gemeinsamen Terrorabwehrzentrum, durch automatisierte Datenübermittlung und Datenaustausch erhöht die Gefahr der „gläsernden Bürger“, gerade auch im Zusammenhang mit maschinenlesbaren Ausweispapieren mit biometrischen Daten und der (potentiellen und tatsächlichen) Verknüpfung aller erhobenen Daten miteinander.

Mit Aufweichung der Trennungsgebote zwischen Polizei und Verfassungsschutz bzw. Geheimdiensten durch Datenaustausch kann nicht mehr damit argumentiert werden, daß etwa die Zweckbindung von Daten Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht oder spezifische Freiheits-Grundrechte begrenzt.

Mit zunehmender Zusammenarbeit von Polizei- und Sicherheitsbehörden der Länder untereinander und mit Bundespolizeibehörden und -diensten entfällt die machtbegrenzende Funktion etwa der föderalen Gewaltenteilung im Polizeirecht.

Vor diesem Hintergrund muß jeder Gesetzgeber vor einer (Neu-)Kodifizierung von polizeilichen Eingriffsbefugnissen eine Grundsatzentscheidung treffen, ob und in welchem Umfang die Freiheitssphäre der Bürger ggf. größeren Schutz als bisher benötigt, oder ob der Gehalt der Freiheitsgrundrechte dem „vorbeugenden Sicherheitsstaat“ geopfert werden soll.

Dieselben Eingriffe können heute einen wesentlich intensiveren Eingriffscharakter haben, als bei der ursprünglichen Gesetzesformulierung beabsichtigt. Dabei sind auch die Möglichkeiten der - inzwischen gesetzlich vorgesehenen - Zweckänderungen von Daten

und Mißbrauchsmöglichkeiten sowie die inzwischen bestehenden länderübergreifenden Verbund- und Abrufdateien zu berücksichtigen.

II. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes

Das Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Jahren eine Vielzahl von Verfassungsbeschwerden und Normenkontrollverfahren zu Polizei- und Sicherheitsgesetzen entschieden:

- Großer Lauschangriff, vom 03.03.2004 1 BvR 2138/98 und 1 BvR 1084/99
- Telefonüberwachung nach dem Außenwirtschaftsgesetz vom 03.03.2004 - 1 BvF 3/92
- Handy-Beschlagnahme, vom 04.04.2005 - 2 BvR 308/04
- Daten(träger)beschlagnahme, vom 12.04.2005 - 2 BvR 1027/02
- GPS-Überwachung, vom 12.04.2005 - 2 BvR 581/01
- Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, U. v. 27.07. 2005 (TKÜ) - 1 BvR 668/04
- TK-Verbindungsdatenspeicherung, vom 02.03.2006, 2 BvR 2099/04
- zur Durchsuchung und Datenbeschlagnahme in Redaktionsräumen, vom 22. November 2006 - 1 BvR 538/06 und 2045/06 (Cicero)
- Rasterfahndung, vom 04.04.2006 - 1 BvR 518/02
- Luftsicherheitsgesetz, vom 15.02.2006 - 1 BvR 357/05
- Mobilfunk-Überwachung/Berufsschutz 18.04.2007 - 2 BvR 2097/05
- Videoüberwachung/Kunst 23.02.2007 - 1 BvR 2368/06
- TKÜ/Berufsschutz vom 30.04.2007 - 2 BvR 2151/06
- akustische Wohnraumüberwachung, vom 11.05.2007 -2 BvR 543/06
- Kontenabruf, vom 13.06.2007 - 1 BvR 1550/03 u.a.
- Online-Durchsuchung, vom 27.02.2008 - 1 BvR 370/07
- Automatisierter Kfz-Kennzeichenabgleich in Hessen und Schleswig-Holstein vom 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07
- Vorratsdatenspeicherung/Eilbeschluß 11.03.2008 - 1 BvR 256/08

Auf die in den vorgenannten Entscheidungen enthaltenen grundsätzlichen Aussagen kann hier aus Zeitgründen nur exemplarisch eingegangen werden. Deutlich betont das Bundesverfassungsgericht die nachfolgend bezeichneten fünf Prüfungskriterien für die Verfassungsmäßigkeit präventivpolizeilicher Eingriffsakte.

1. Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz bei der Straftatenvorsorge

In der Entscheidung zur präventivpolizeilichen Telefonüberwachung in Niedersachsen trifft das Bundesverfassungsgericht grundsätzliche Aussagen zur Gesetzgebungskompetenz der Länder bei der Straftatenvorsorge in Abgrenzung zum Bundesgesetzgeber:

> *„Allerdings fehlt es im Zeitpunkt der Überwachungsmaßnahme, anders als für die Strafverfolgung im herkömmlichen Sinne, an einer bereits begangenen Straftat. Die Verfolgungsvorsorge erfolgt in zeitlicher Hinsicht präventiv, betrifft aber gegenständlich das repressiv ausgerichtete Strafverfahren. Die*

Daten werden zu dem Zweck der Verfolgung einer in der Zukunft möglicherweise verwirklichten konkreten Straftat und damit letztlich nur zur Verwertung in einem künftigen Strafverfahren, also zur Strafverfolgung, erhoben. Dabei knüpft die Ermächtigung zur Erhebung personenbezogener Daten in § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 NdsSOG an das erwartete Handeln von Personen an, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden. Eine Verwertung der erhobenen Daten für diesen Zweck kommt erst in Betracht, wenn tatsächlich eine Straftat begangen wurde und daraus strafprozessuale Konsequenzen gezogen werden. Die der Verfolgungsvorsorge zugeordneten Daten und Informationen sind insofern dazu bestimmt, in ungewisser Zukunft in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren einzufließen. Es geht – jenseits eines konkreten Anfangsverdachts (vgl. LTDrucks 15/240, S. 16) - um die Beweisbeschaffung zur Verwendung in künftigen Strafverfahren, nicht um eine präventive Datenerhebung zur Verhütung von Straftaten. Eine solche Verfolgungsvorsorge gehört zum gerichtlichen Verfahren im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

….

Diese gezielten Eingrenzungen könnten hinfällig werden, wenn die Länder vergleichbare Maßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung ebenfalls mit dem Ziel der Sicherung späterer Strafverfolgung unter anderen, etwa geringeren, Voraussetzungen normieren könnten. Damit entstünde das Risiko widersprüchlicher Regelungen oder von Überschneidungen unterschiedlicher Normen.

...Zu einem erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, zusätzliche Regelungen auszuschließen, darf sich ein Landesgesetzgeber nicht in Widerspruch setzen, selbst wenn er das Bundesgesetz für unzureichend hält..... Konzeptionelle Entscheidungen des Bundesgesetzgebers dürfen durch die Landesgesetzgeber nicht verfälscht werden....

Wäre die polizeirechtliche Regelung im Hinblick auf die Verfolgungsvorsorge parallel zu der strafprozessualen anwendbar, wäre die Telekommunikationsüberwachung im Vorfeld der Vorbereitung, des Versuchs oder der Ausführung unter geringeren rechtsstaatlichen Anforderungen möglich als dann, wenn der Täter schon konkret zur Rechtsgutverletzung angesetzt hat. Ein solches Konzept wäre in sich widersprüchlich. Es ist nicht erkennbar, daß der Bundesgesetzgeber einen solchen Widerspruch hat in Kauf nehmen wollen.....“

(BVerfG, B. vom 27.07.2005 - 1 BvR 668/04 - Abs. 96 ff)

Daher sieht das Bundesverfassungsgericht die Gesetzgebungskompetenz „zur Straftatenvorsorge“ beim Bund und die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Überwachung der Telekommunikation als abschließend an.

Diese Grundsätze sind auf alle anderen Befugnisse zur Straftatenvorsorge entsprechend anwendbar, die in der Strafprozessordnung geregelt sind mit der Folge, dass dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz fehlt, wenn der Bundesgesetzgeber sie zur Strafverfolgung oder zur Verfolgung und Beweissicherung für künftige Straftaten ausgeübt hat.

2. Bestimmtheitsgebot, Normenklarheit

Ebenfalls in der Entscheidung zur Telekommunikationsüberwachung in Niedersachsen (B. v. 27.07.2005 - 1 BvR 668/04) und in vielen weiteren Entscheidungen betong das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an die Normenbestimmtheit und Normenklarheit im polizeilichen Eingriffsrecht.

Die Grundlage des Bestimmheitsgebotes wird im Freiheitsgrundrecht selbst angesiedelt:

> *„Das Gebot soll sicherstellen, daß der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, daß die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und daß die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können.* ***Der Anlaß, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.....***
>
> *.....Dies setzt voraus, daß hinreichend klare Maßstäbe bereitgestellt werden. Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers* ***darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt*** *sein. Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates sichern und dadurch auch die Freiheit der Bürgers schützen soll…*
>
> *Bei der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten oder bei ihrer Verhütung kann nicht an dieselben Kriterien angeknüpft werden, die für die Gefahrenabwehr oder die Verfolgung begangener Straftaten entwickelt worden sind. Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die in die Freiheitsrechte der Bürger eingreifen, setzen eine konkrete Gefahrenlage voraus. Die Strafverfolgung knüpft an den Verdacht einer schon verwirklichten Straftat an. Solche Bezüge fehlen, soweit die Aufgabe darin besteht, im Vorfeld der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung Vorsorge im Hinblick auf in der Zukunft eventuell zu erwartende Straftaten zu treffen. Deshalb müssen hier die Bestimmtheitsanforderungen spezifisch an dieser Vorfeldsituation ausgerichtet werden.*
>
> *Bei der Vorverlagerung des Eingriffs in eine Phase, in der sich die Konturen eines Straftatbestandes noch nicht abzeichnen, besteht das Risiko, daß der Eingriff an ein nur durch relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Straftaten gekennzeichnetes, in der Bedeutung der beobachteten Einzelheiten noch schwer faßbares und unterschiedlich deutbares Geschehen anknüpft. Sachverhaltsfeststellung und Prognose sind mit vorgreiflichen Einschätzungen über das weitere Geschehen, ebenso wie über die erst noch bevorstehende strafrechtliche Relevanz der festgestellten Tatsachen verknüpft. Da der Eingriff sich auf mögliche zukünftige Aktivitäten bezieht, kann er sich häufig nur auf Tatsachen stützen, bei denen noch offen ist, ob sie sich zu einer Rechtsgutverletzung weiter entwickeln. Die Situation der Vorfeldermittlung ist insofern durch eine hohe Ambivalenz der potentiellen Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt. Die Indizien oder einzelne beobachtete Tätigkeiten können in harmlosen, strafrechtlich unerheblichen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat führt. Sieht der Gesetzgeber in solchen Situationen Grundrechtseingriffe vor, so hat er die den Anlaß bildenden Straftaten sowie die Anforde-*

rungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung hindeuten, so bestimmt zu umschreiben, daß das im Bereich der Vorfeldermittlung besonders hohe Risiko einer Fehlprognose gleichwohl verfassungsrechtlich noch hinnehmbar ist. Die Norm muß handlungsbegrenzende Tatbestandselemente enthalten, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist.....

....Die Schaffung eingriffsbeschränkender Maßstäbe ist Aufgabe des Gesetzgebers. ...

…Im übrigen ist es in rechtsstaatlicher Hinsicht bedenklich, im wesentlichen darauf zu vertrauen, daß eine unbestimmte Eingriffsermächtigung durch Auslegung seitens der Behörde, deren Verhalten gerade beschränkt werden soll, in gebotener Weise eingeengt wird. Hier muß der Gesetzgeber selbst Verantwortung übernehmen…

*... Das **Erfordernis einer richterlichen Anordnung**…gleicht die Bestimmheitsdefizite nicht aus. Grundsätzlich können zwar ausfüllungsbedürftige materielle Normen rechtsstaatich eher tragbar sein, wenn durch ein formalsisiertes, gerichtlich kontrolliertes Verfahren dafür gesorgt wird, dass die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe angemessen angewandt werden. Das aber setzt voraus, daß der Richter Anhaltspunkte im Gesetzt vorfindet. Die vorliegend angegriffenen Normen bieten dem Richter ebensowenig einen Maßstab für die Prognoseentscheidung wie der Polizei selbst. Seine Prüfung des behördlichen Antrags trägt ohne tatbestandliche Konkretisierung die Unwägbarkeiten der Vorfeldermittlung in gleicher Weise wie die Behördenentscheidung in sich....*

*.... Grundrechtlich bedeutsam ist ferner die **grosse Streubreite der Eingriffe**. Das Abhören und die Aufzeichnung der Gesprächsinhalte und die Erhebung der Verbindungsdaten können eine grosse Zahl von Personen treffen. Erfasst sind nicht nur die potenziellen Straftäter....*

*...Kann gegen einen Eingriff nicht in angemessener Zeit **Rechtsschutz** begehrt und können seine folgen dadurch gegebenenfalls nicht zügig beseitigt werden, erhöht dies zusätzlich die Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung...*

*Je ungenauer die Ziele einer Ermächtigung und die Anforderungen an die tatsächlichen Voraussetzungen einer Maßnahme gesetzlich umschrieben sind, umso grösser ist das Risiko unangemessener Maßnahmen im Einzelfall. Da bei der **Abwägung** der Rang des Schutzgutes und die Einschätzung der Intensität der ihm drohenden Gefahr bedeutsam sind, bedarf es hinreichender Anhaltspunkte für die genaue Bestimmung des gefährdeten Guts, aber auch hinreichender tatsächlicher Grundlagen für die Annahme einer dieses Schutzgut gefährdenden Handlung. Unklarheiten über das konkret gefährdete Rechtsgut und die dieses möglicherweise gefährdenden Handlung bergen das Risiko in sich, daß die rechtsstaatliche Begrenzungsfunktion des Abwägungsgebotes verfehlt wird....*

> *....Bei einem geringen Gewicht des gefährdeten Rechtsguts steigen die Anforderungen an die Prognosesicherheit sowohl hinsichtlich des Grads der Gefährdung als auch hinsichtlich ihrer Intensität....“*

In der Entscheidung zum KFZ-Kennzeichenabgleich in Hessen und Schleswig-Holstein hat das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an Normenbestimmtheit und Normenklarheit bei polizeilichen Eingriffsakten erneut betont (BVerfG v. 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05).

In der Entscheidung zur GPS-Überwachung nach § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO führt das Bundesverfassungsgericht (v. 12.04.2005 - 2 BvR 581/01) aus:

> *Das Bundesverfassungsgericht hat freilich wiederholt festgestellt, dass schon das Merkmal der "erheblichen Bedeutung" Grundrechtseingriffe im Strafverfahren einer hinreichend bestimmten Begrenzung unterwirft. Eine solche Straftat muss mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl.BVerfGE 103, 21 <34>; 107, 299 <322>; 109, 279 <344>).*

In derselben Entscheidung betont das Bundesverfassungsgericht, das Bestimmtheitsgebot verlangte vom Gesetzgeber, dass er *technische Eingriffsinstrumente genau bezeichnet und dadurch sicherstellt, dass der Adressat den Inhalt der Norm jeweils erkennen kann* (unter Hinweis auf BVerfGE 87, 287 <317 f.>). Das Bestimmtheitsgebot verlange aber keine gesetzlichen Formulierungen, die jede Einbeziehung kriminaltechnischer Neuerungen ausschließe. Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten (vgl. BVerfGE 65, 1 <42 f.>) informationstechnischen Wandels müsse der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und bei Fehlentwicklungen hinsichtlich der konkreten Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe durch die Strafverfolgungsbehörden und die Strafgerichte notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen (vgl. BVerfGE 90, 145 <191>). In § 100 c Abs. 1 StPO sei die Eingriffsbefugnis hinreichend bestimmt durch die systematische Abgrenzung von optischer Überwachungstechnik einerseits, akustischer Überwachungstechnik andererseits. Dies gelte allerdings nicht,

> *„ wenn neue Technik zu einem Observationsinstrument besonderer Art und spezifischer Tiefe werden könnte, dessen Einsatz von Verfassungs wegen nur unter restriktiveren Voraussetzungen gestattet werden darf.“*

In der Entscheidung vom 13.06.2007 (1 BvR 1550/03 - Kontenabruf) führt das Bundesverfassungsgericht zum Bestimmtheitsgebot weiter aus, daß Regelungen, die zu Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ermächtigen, **Anlass, Zweck und Grenzen präzise festlegen** müssen.

In der Entscheidung zur Telefonüberwachung nach dem Außenwirtschaftsgesetz (vom 03.03.2004 - 2 BvF 3/92) stellt das Bundesverfassungsgericht weitere Anforderungen an Bestimmtheit und Normenklarheit:

> *„Erreicht der Gesetzgeber die Festlegung des Normeninhalts aber - wie hier - nur mit Hilfe zum Teil langer, über mehrere Ebenen gestaffelter, unterschiedlich variabler Verweisungsketten, die bei gleichzeitiger Verzweigung in die Breite den Charakter von Kaskaden annehmen, leidet die praktische*

Erkennbarkeit der maßgebenden Rechtsgrundlage. Der Prüfvorgang wird dadurch fehleranfällig. Gerade in Eilfällen besteht eine gesteigerte Gefahr von Fehlentscheidungen der Verwaltung und der eingeschalteten Gerichte.

cc) Auch für die Bürger als Normadressaten ist bei Regelungen mit tiefgestaffelten Verweisungen schwer erkennbar, worauf mögliche Eingriffsmaßnahmen gestützt werden können."

3. Grundrechtsschutz durch Verfahren

In der Entscheidung zur GPS-Überwachung nach § 100 c StPO (Einsatz technischer Mittel zur Ermittlung des Aufenthaltsortes oder zur Sachverhaltserforschung) im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren hat das Bundesverfassungsgericht (vom 12.04.2005 - 2 BvR 581/01) ausgeführt:

- Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener, Ermittlungsmethoden müssen die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem "additiven" Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential besondere Anforderungen an das Verfahren beachten.

- Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten informationstechnischen Wandels muss der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen. Dies betrifft auch die Frage, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern und unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden verlässlich zu verhindern.

Im Ermittlungsverfahren hat das Bundesverfassungsgericht seinerzeit (vor 3 Jahren) ausreichende „Sicherung durch Verfahren" gegen eine unzulässige „Rundumüberwachung" darin gesehen, dass

- immer die Staatsanwaltschaft informiert sein muss
- eine vollständige Aktendokumentation erforderlich ist
- durch bundesweite Aktenregister der StA sichergestellt ist, dass nicht durch Ermittlungen verschiedener Behörden zufällig eine „Rundumüberwachung" erfolgt durch das Gefährdungspotential „additiver Grundrechtseingriffe"
- wegen der durch § 492 StPO ermöglichten Abstimmung der Sicherheitsbehörden genug Sicherung der Interessen der Betroffenen vorlägen

aber ebenfalls ausgeführt:

Der Gesetzgeber wird darüber hinaus zu beobachten haben, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen auch angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern. Es dürfte zu erwägen sein, ob durch ergänzende Regelung der praktischen Ermittlungstätigkeit - etwa in den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren - unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden verlässlich verhindert werden können.

Zu den Grundrechtssicherungen durch Verfahren gehören auch der Richtervorbehalt bei schweren heimlichen Eingriffen und die Gewährleistung effektiven (nachträglichen) Rechtsschutzes durch Benachrichtung von heimlichen Überwachungsmaßnahmen (dazu s. BVerfG, U. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 -Gf. Lauschangriff). Die Möglichkeit nachträglicher gerichtlicher Überprüfung muß auch für Drittbetroffene gewährleistet sein (BVerfG, ebd.).

Ebenfalls zum Verfahrensschutz gehört das Postulat, erlangte, aber nicht mehr benötigte Daten grundsätzlich zu vernichten, aber dabei den effektiven Rechtsschutz nicht zu behindern. Vernichtungspflicht und Rechtsschutzgarantie müssen so abgestimmt werden, dass Rechtsschutz nicht vereitelt wird, etwa durch Sperrung statt endgültiger Löschung der Daten bis zum Abschluß des Rechtsschutzverfahrens

4. Absolute Grenzen: Menschenwürde, Kernbereich privater Lebensgestaltung, keine „Rundumüberwachung“

Das Bundesverfassungsgericht verlangt die **Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung** als Teil der Unantastbarkeit der Menschenwürde (U. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 u.a. - Großer Lauschangriff) bei allen, vor allem auch heimlichen, staatlichen Beobachtungen. Bereits eine gesetzliche Ermächtigung zur akustischen Wohnraumüberwachung oder anderen heimlichen Beobachtungen muß entsprechende Sicherungen enthalten. Insbesondere muß dem Menschen in seinen Wohnräumen „das Recht, in Ruhe gelassen zu werden“ garantiert sein (ebd.). Ebenso benötigt die „vertrauliche Kommunikation… ein räumliches Substrat“ in der Privatwohnung als „letztes Refugium der Menschenwürde“.

Entsprechende gesetzliche Eingriffsbefugnisse müssen unter Beachtung der Normenklarheit und der Verhältnismäßigkeit von Eingriff zu Anlaß und Zweck der Maßnahme zusätzlich sicherstellen, dass

- Überwachung von vorneherein unterbleibt, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung tangiert wird
- dass bei unerwarteter Erhebung derart absolut geschützter Information die Überwachung abgebrochen und die Aufzeichnungen gelöscht werden
- ein absolutes Verwertungsverbot normiert wird.

Danach darf sich staatliche Überwachung in Privaträumen nicht auf die Kommunikation mit Personen erstrecken, zu denen der Betroffene in einem **besonderen Vertrauensverhältnis** steht, wie etwa zu Familienangehörigen und sonstigen engen Vertrauten. Es spricht eine Vermutung dafür, dass dann ein absolut geschütztes Gespräch vorliegt. Diese kann nur entkräftet werden, wenn bereits *vor* der Überwachungsmaßnahme *tatsächliche Anhaltspunkte* zumindest in typisierender Weise vorliegen, dass das Gespräch nicht den Kernbereich der höchstpersönlichen Angelegenheiten betrifft. Bei der Prognose ergeben sich Indikatoren aus der Art der Räumlichkeiten (Geschäftsräume als öffentlichere, Privaträume als persönliche Sphäre), wobei der „Rückzugsbereich“ den höchsten Schutz genießt. Innerhalb der Privaträume ist allerdings keine Unterscheidung vorzunehmen. Besonderer Schutz ist auch geboten bei Anwesenheit von Personen des engsten, höchstpersönlichne Vertrauens wie in Ehe, Familie, Intimbereich.

Entsprechenden Schutz genießen Gespräche mit Berufsgeheimnisträgern wie Seelsorgern, Rechtsanwälten und Ärzten (nicht aber Medienvertetern und Parlamentsabgeordneten). Sollte im Rahmen einer Wohnraumüberwachung eine Situation eintreten, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist, muss die Überwachung *abgebrochen* werden. Dennoch erfolgte Aufzeichnungen sind zu *vernichten*. Die Weitergabe und Verwertung der gewonnenen Informationen sind untersagt. Art. 13 Abs. 3 GG ist dahingehend auszulegen, dass bei entsprechenden Aufzeichnungen *Beweisverwertungsverbote* bestehen müssen (zur verfassungsrechtlichen Verankerung solcher Gebote vgl.BVerfGE 44, 353 <383 f.>; vgl. auch BVerfGE 34, 238 <245 ff.>).

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.

Die Beachtung von Verfassungs wegen bestehender Beweisverwertungsverbote bedarf außerdem einer ergänzenden *verfahrensrechtlichen Sicherung* durch eine eindeutige Regelung, wer diese Entscheidung zu beantragen hat und dass eine Verpflichtung zur Einschaltung des Gerichts besteht zu den vorstehenden Ausführungen im einzelnen s. BVerfG, B. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 u.a.).

Eine "Rundumüberwachung" ist von Verfassungs wegen stets unzulässig (vgl.BVerfGE 65, 1 <43>; 109, 279 <323>), wenn damit ein umfassendes Persönlichkeitsprofil eines Beteiligten erstellt werden könnte. Das ist durch allgemeine verfahrensrechtliche Sicherungen auch ohne spezifische gesetzliche Regelung grundsätzlich ausgeschlossen (BVerfG, 12.04.2002 - 2 BvR 581/01)

In der Entscheidung vom 02.03.2006 - 2 BvR 2088/04 zur Beschlagnahme von Telekommunikation-Verbindungsdaten bei einer Durchsuchung betont das Bundesverfassungsgericht das Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

> *„Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus“*

und die Gefahren der technischen Entwicklung der Kommunikation und Datenverarbeitung:

> *„Immer mehr Lebensbereiche werden von modernen Kommunikationsmitteln gestaltet. Damit erhöht sich nicht nur die Menge der anfallenden Verbindungsdaten, sondern auch deren Aussagegehalt. Sie lassen in zunehmendem Maße Rückschlüsse auf Art und Intensität von Beziehungen, auf Interessen, Gewohnheiten und Neigungen und nicht zuletzt auch auf den jeweiligen Kommunikationsinhalt zu und vermitteln - je nach Art und Umfang der angefallenen Daten - Erkenntnisse, die an die Qualität eines Persönlichkeitsprofils heranreichen können.“*

Wie schon im Beschluss vom 12. April 2005 (2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 <1919 f.> zur Datenträgerbeschlagnahme) sieht das Bundesverfassungsgericht dann zwar die gesetzliche Regelung in §§ 94 ff StPO als verfassungskonform an auch für die Beschlagnahme von Datenträgern, die TK-Daten enthalten, aber nur wegen der „strengen Begrenzung aller Maßnahmen auf den Ermittlungszweck“. Bei ähnlichen präventivpolizeilichen Regelungen wäre daher die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung anders zu beurteilen, wenn nicht ebenfalls ein hochrangiger und gesetzlich genau bestimmter und begrenzter Maßnahmezweck normiert wäre. Im dort entschiedenen Fall war die konkrete Anwendung der gesetzlichen Vorschriften verfassungswidrig.

In der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz (U. v. 15.02.2006 - 1 BvR 357/05) betont das Bundesverfassungsgericht die **Bedeutung des Rechts auf Leben (Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG) in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG)** und verbietet, tatunbeteiligte Menschen zum Objekt einer Rettungsaktion zum Schutze anderer zu machen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Beroffenen ohnehin in einer tödlichen Gefahr schweben, denn niemand ist verplichtet, sein Leben für andere oder das Gemeinwohl zu opfern.

5. Verhältnismäßigkeit

In der Entscheidung vom 02.03.2006 betont das Bundesverfassungsgericht - wie in anderen Entscheidungen - das Verhältnismäßigkeitsprinzip:

> *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die jeweilige Maßnahme einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Der Eingriff darf den Betroffenen nicht übermäßig belasten, muss diesem also zumutbar sein (vgl. BVerfGE 63, 131 <144>).*

Es führt dann weiter aus:

> *„Im Rahmen der Abwägung ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Kommunikationsverbindungsdaten einen besonders schutzwürdigen Aussagegehalt haben. Sie können im Einzelfall erhebliche Rückschlüsse auf das Kommunikations- und Bewegungsverhalten zulassen. Häufigkeit, Dauer und Zeitpunkt von Kommunikationsverbindungen geben Hinweise auf Art und Intensität von Beziehungen und ermöglichen Schlussfolgerungen, die je nach Genauigkeit, Zahl und Vielfalt der erzeugten Datensätze im Extremfall an die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils heranreichen können und auch Rückschlüsse auf den Kommunikationsinhalt zulassen (vgl. dazuBVerfGE 107, 299 <320> sowie oben C.I.2.a) und C.II.3.b). Der Eingriff gewinnt zusätzliches Gewicht, wenn auch an der aufzuklärenden Straftat unbeteiligte Kommunikationspartner des von den Ermittlungen Betroffenen in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen sind.*
>
> *Andererseits ist in Rechnung zu stellen, dass die vermehrte Nutzung elektronischer oder digitaler Kommunikationsmittel und deren Vordringen in nahezu alle Lebensbereiche die Strafverfolgung auch erschwert hat. Moderne Kommunikationstechniken werden bei der Begehung unterschiedlichster Straftaten zunehmend eingesetzt und tragen dort zur Effektivierung krimineller Handlungen bei (vgl. Hofmann, NStZ 2005, S. 121).*

Das Schritthalten der Strafverfolgungsbehörden mit dem technischen Fortschritt kann daher nicht lediglich als sinnvolle Abrundung des Arsenals kriminalistischer Ermittlungsmethoden begriffen werden, die weiterhin wirkungsvolle herkömmliche Ermittlungsmaßnahmen ergänzt, sondern ist vor dem Hintergrund der Verlagerung herkömmlicher Kommunikationsformen hin zum elektronischen Nachrichtenverkehr einschließlich der anschließenden digitalen Verarbeitung und Speicherung zu sehen.

Unter diesen Umständen ist es zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit nicht geboten, die Beschlagnahme der bei dem Betroffenen gespeicherten Verbindungsdaten generell auf Ermittlungen zu begrenzen, die Straftaten von besonderer Bedeutung betreffen. Dies würde zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Strafverfolgung führen."

Im Hinblick auf die Eingriffsintensität differenziert das Bundesverfassungsgericht nach der **Heimlichkeit der Maßnahme** und sieht einen geringeren Eingriff bei offenen Ermittlungsmaßnahmen. Im entschiedenen Fall war bei geringem Tatverdacht, einer erheblichen beruflichen Stigmatisierung, geringen Erfolgserwartungen an die Beschlagnahme und mäßigem öffentlichen Interesse die Maßnahme im Einzelfall unverhältnismäßig.

Ist ungewiß, ob polizeiliche Überwachungsmaßnahmen für den angestrebten Erfolg - etwa: Aufklärung organisierter Kriminalität - **tauglich** sind, verlangt das Gebot der Verhältnismäßigkeit , die Entwicklung zu beobachten und **fortlaufend zu prüfen**, ob das Ermittlungsinstrument tatsächlich geeignet ist, auch das mit ihm verfolgte spezielle Ziel in hinreichendem Maße zu erreichen (so BVErfG, B. v. 03.03.2004 - ! BvR 2378/98 - Gr. Lauschangriff unter Hinweis auf vgl.BVerfGE 33, 171 <189 f.>; 37, 104 <118>; 88, 203 <31 zur Überprüfung gesetzlicher Regelungen).

Ferner verlangt das Bundesverfassungsgericht **bei besonders schweren Eingriffen** in die Grundrechtssphäre einen **besonders schweren Anlaß** und differenziert dabei den verfassungsrechtliche Begriff der „besonders schweren Straftat" von dem strafprozessualen Begriff einer „Straftat von erheblicher Bedeutung", die nicht gleichgesetzt werden dürfen. Eine „Straftat von erheblicher Bedeutung" muss mindestens der *mittleren* Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl.BVerfGE 103, 21 <34>; 107, 299 <322>). Die von Art. 13 Abs. 3 GG vorausgesetzten "besonders schweren Straftaten" müssen den *mittleren Kriminalitätsbereich deutlich übersteigen*. Die besondere Schwere der Anlaßtat muß sich im Einzelfall aus den *konkreten Folgen für betroffene Rechtsgüter* ergeben und nicht allgemein aus einer generellen Strafandrohung für eine Katalogstraftat. Eine besondere Schwere der Straftat setzt eine höhere Schwere als eine Höchststrafe von 5 Jahren im Strafrahmen voras (vgl. BVerfG, U. v. 03.03. 2004 - 2 BvR 2378/98 - Gr. Lauschangriff).

Auch die Anforderungen an den Tatverdacht müssen bei schweren Grundrechtseingriffen gesteigert sein. Es müssen *konkrete und in gewissem Umfang verdichtete* Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorhanden sein, das ist mehr als ein Anfangsverdacht, muß aber kein „dringender Tatverdacht" sein (vgl.BVerfGE 100, 313 <395>; BVerfG v. 03.03.2004 - 2 BvR 2378/98)

Insgesamt verlangt das Bundesverfassungsgericht eine sorgfältige Abwägung von

- Eingriffsanlaß
- Zweck der Maßnahme
- Betroffene geschädigte oder gefährdete Rechtsgüter generell und im Einzelfall
- Maß des Tatverdachtes bzw. Schwere der Gefahr und Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, Maß der drohenden Schäden
- Rang des betroffenen Grundrechtes, in das eingegriffen wird
- Schwere des Grundrechtseingriffs im Einzelfall

Den Ausgleich der widerstreitenden Interessen muß der Gesetzgeber generell *bereits in der gesetzlichen Regelung* und die Gerichte im Einzelfall in der Gesetzesanwendung gewährleisten. Darüber hinaus muß der Gesetzgeber auch die Wirksamkeit verfahrensmäßiger Kontrollen - etwa: des Richtervorbehaltes - sicherstellen. Dies gilt insbesondere bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen.

Die Schutzwirkungen von Grundrechten beziehen sich nicht nur auf die Erhebung, sondern auch auf die **Weitergabe und Verwendung von Daten aus Überwachungsmaßnahmen** und welche datenschutzrechtlichen Vorkehrungen hierzu bestehen. Bestehen für die Daten*verwendung* keine Sicherungen, ist auch die Daten*erhebung* verfassungswidrig (BVerfG v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 - Gr. Lauschangriff). Datenspeicherung und Datenverwendung sind an den Erhebungszweck gebunden, eine **Zweckänderung** bedeutet einen eigenständigen Grundrechtseingriff und verlangt daher eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage. Die Zweckänderung muß durch hinreichende Allgemeinwohlbelange gerechtfertigt sein, die die grundrechtlich geschützten Interessen überwiegen, sie muß normenklar sein und mit den Aufgaben der Datenempfänger und dem ursprünglichen Verwendungszweck vereinbar sein (BVerfG ebd.). Insbesondere darf daher mit der Zweckänderung keine generelle Absenkung der Eingriffsschwelle verbunden sein: die Verwendung setzt einen ähnlich schwerwiegenden Verwendungszweck voraus und zusätzlich eine konkretisierte Verdachtslage. Dürfen die Erkenntnisse bereits im Anlaßverfahren nicht verwertet werden, dann dürfen sie auch nicht weitergegeben werden. Für die wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips notwendige Zweckbindung müssen Daten, die aus besonders schweren Grundrechtseingriffen stammen, besonders **gekennzeichnet** sei. damit bei einer Zweckänderung keine Absenkung des Anlasses für Datenübermittlung und - Verwendung möglich ist.

6. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Immer wieder betont das Bundesverfassungsgericht (z.B. in BVerfG v. 23.02.2007 - 1 BvR 2368/06):

> *Maßgebend für die rechtliche Beurteilung der Intensität eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist die **Art der Beeinträchtigung.** Insofern kann auch von Belang sein, ob die betroffenen Personen für die Maßnahme einen Anlass geben und wie dieser beschaffen ist (vgl.BVerfGE 100, 313 <376>; 107, 299 <318 ff.>; 109, 279 <353> ; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 -, NJW 2006, S. 1939 <1942>). **Verdachtslose Eingriffe mit großer Streubreite**, bei denen zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, weisen*

> *grundsätzlich eine **hohe Eingriffsintensität** auf (vgl.BVerfGE 100, 313 <376, 392>; 107, 299 <320 f.>; 109, 279 <353>; 113, 348 <383>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 -, NJW 2006, S. 1939 <1944>).*

Das Bundesverfassungsgericht schließt nicht aus, dass eine Videoüberwachung öffentlicher Einrichtungen mit Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials verfassungsgemäß sein kann, wenn für sie ein hinreichender Anlass besteht und Überwachung sowie Aufzeichnung insbesondere in räumlicher und zeitlicher Hinsicht und im Hinblick auf die Möglichkeit der Auswertung der Daten das Übermaßverbot wahren. Dafür bedarf es allerdings einer hinreichend bestimmten und normenklaren Ermächtigungsgrundlage, die unterscheidet zwischen Datenerhebung, Datenspeicherung und Datenverwendung und jeweils die Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot beachtet.

III. Änderungsbedarf zu einzelnen Eingriffsbefugnissen

1. zu § 14 HSOG

§ 14 HSOG ist nicht nur im Hinblick auf Abs. 5 änderungsbedürftig, sondern insgesamt.

a) § 14 Abs. 1 HSOG

§ 14 Abs. 1 HSOG erlaubt „Jedermann“-Datenerfassung „bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen“ mit Datenspeicherung. Er lautet:

> Die Polizeibehörden können personenbezogene Daten auch über andere als die in den §§ 6 und 7 genannten Personen bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen erheben, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass bei oder im Zusammenhang mit der Veranstaltung oder Ansammlung Straftaten oder nicht geringfügige Ordnungswidrigkeiten drohen. Die Unterlagen sind spätestens zwei Monate nach Beendigung der Veranstaltung oder Ansammlung zu vernichten, soweit sie nicht zur Abwehr einer Gefahr, zur Verfolgung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit oder zur Strafvollstreckung benötigt werden. Eine Verarbeitung für andere Zwecke ist unzulässig. § 20 Abs. 7 bleibt unberührt.

Dies ist wegen Aufgabe der „Störerverantwortlichkeit“ problematisch. Problematisch ist weiter die Datenspeicherung und die Zweckänderung von der ursprünglichen Gefahrenabwehr zur Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten. Problematisch ist die Unbestimmtheit, welche „öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen“ gemeint sind, sowie weiter die geringe Eingriffsschwelle „wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen…“ im Vorfeld konkreter unmittelbarer Gefahr. Datenerhebung würde ausreichen, wenn das „Risiko“ sich zur „konkreten Gefahr“ verdichtet und wenn sie auf die nach §§ 6, 7 HSOG Verantwortlichen beschränkt wird. Darüber hinausgehend sind Datenerhebungen, erst recht Datenspeicherungen und anschließende Zweckänderungen, unverhältnismäßig, weil es sich wegen der Streubreite, de rgeingen Eingriffsschwelle und der Vielvalt der Datenverwendungsmöglichkeiten um erhebliche Eingriffe in Grundrechte mit potentiellem Einschüchterungseffekt handelt, erst recht, wenn die Datenerhebung nicht erkennbar und offen erfolgt. Heimlichkeit oder „Übersehbarkeit“ (etwa von technischen Aufzeichnungsgeräten) steigert die Eingriffsintensität.

Soweit „Straftatenvorsorge“ betrieben werden soll, fehlen empirische Daten zur Zwecktauglichkeit der vorbeugend erhobenen Personendaten. Rechtlich problematisch ist die abgesenkte Eingriffsschwelle der Datenerhebung gegenüber der StPO, die Datenerfassung und -speicherung nur gegenüber „Beschuldigten“, also bei einem konkreten Tatverdacht, und sonst nur bei „Zeugen“ oder „Geschädigten“, bezogen auf eine konkrete Tat, erlauben.

§ 14 Abs. 1 sollte gestrichen werden, da sein Sinn nicht ersichtlich ist und die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Straftatenvorsorge ebenso problematisch ist, wie die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Zumindest sollen Zweck, Anlaß und Voraussetzungen des Eingriffs hinreichend bestimmt werden.

b) § 14 Abs. 2 HSOG

§ 14 Abs. 2 HSOG gibt ebenfalls eine „jedermann-Befugnis“ ohne hinreichenden Gefahrenanlaß und kollidiert mit dem auch nach der Föderalismus-Reform als Bundesrecht weitergeltenden, höherrangigen Versammlungsgesetz und mit der Versammlungsfreiheit in Art. 8 Abs. 1 GG. Er lautet:

> Die Polizeibehörden können personenbezogene Daten auch über andere als die in den §§ 6 und 7 genannten Personen bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen erheben, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass bei oder im Zusammenhang mit der Versammlung oder dem Aufzug Straftaten drohen. Die Unterlagen sind unverzüglich nach Beendigung der Versammlung oder des Aufzuges oder zeitlich und sachlich damit unmittelbar im Zusammenhang stehender Geschehnisse zu vernichten, soweit sie nicht zur Abwehr einer Gefahr, zur Verfolgung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit oder zur Strafvollstreckung benötigt werden. Eine Verarbeitung für andere Zwecke ist unzulässig. § 20 Abs. 7 bleibt unberührt.

Derartige Maßnahmen der Datenerhebung greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Art. 8 Abs. 1 GG garantiert zudem das möglichst unbeeinflußte Engagement des Einzelnen bei der Vorbereitung und Durchführung von Versammlungen sowie die möglichst ungestörte Kommunikation untereinander und mit der Öffentlichkeit und schützt daher sowohl im Vorfeld als auch bei der Versammlung von staatlicher Ausspähung (Observation, Bild- und Tonaufnahmen, Anlegen von Teilnehmerlisten, Registrieren von Kfz-Kennzeichen etc. - so auch Kniesel/Poscher, Handbuch des Polizerechtes, J 87 unter Hinweis auf BVerwG NVwZ 1998, 404, OVG Bremen NVwZ 1990, 1189 u.a.). Art. 8 GG garantiert auch, dass der Bürger wegen der Teilnahme an friedlichen Versammlungen weder staatliche Überwachung oder Registrierung noch sonstige Nachteile befürchten muß (BVerfGE 69, 315 - Brokdorf; Dietel/Gintzel § 12 a VersG Rn. 3).

Zudem unterscheidet sich die Eingriffsintensität von Beobachtung, Datenerhebung, Bildaufnahme, anschliessender Speicherung und anschließender Datenverwendung. Je eingriffsintensiver die Maßnahme, umso stärker der Eingriff in das Grundrecht, umso höher die Anforderungen an die Gefahr oder vermutetete Straftat, die abgewehrt oder verfolgt werden soll (so BVerfG etwa zum Kfz-Kennzeichenabgleich vom 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 und zum Kontenabruf vom 13.06.2007 - 1 BvR 1550/03).

Auch sog. „Übersichtsaufnahmen“ sind „Eingriffe“ in das Grundrecht und gewinnen mit zunehmenden technischen Möglichkeiten der Identifizierung des Einzelnen, des automatischen Bildabgleichs usw. erheblich an Eingriffsintensität.

c) § 14 Abs. 3 und 4 HSOG : Videoüberwachung

Absatz 3 und 4 lauten:

> 3) Die Polizeibehörden können zur Abwehr einer Gefahr oder wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass Straftaten drohen, öffentlich zugängliche Orte mittels Bildübertragung offen beobachten und aufzeichnen. Abs. 1 Satz 2 und 3 sowie § 15 des Hessischen Datenschutzgesetzes gelten entsprechend.
>
> (4) Die Gefahrenabwehrbehörden können mittels Bildübertragung offen beobachten und aufzeichnen
>
> 1. zur Sicherung öffentlicher Straßen und Plätze, auf denen wiederholt Straftaten begangen worden sind, sofern tatsächliche Anhaltspunkte für weitere Straftaten bestehen,
>
> 2. zum Schutz besonders gefährdeter öffentlicher Einrichtungen,
>
> 3. zur Steuerung von Anlagen zur Lenkung oder Regelung des Straßenverkehrs, soweit Bestimmungen des Straßenverkehrsrechts nicht entgegenstehen.
>
> Gefahrenabwehrbehörde im Sinne der Nr. 2 ist auch der Inhaber des Hausrechtes. Abs. 1 Satz 2 und 3 sowie § 15 des Hessischen Datenschutzgesetzes gelten entsprechend.

Die Regelung in Absatz 3 ist eine zu weitgehende Generalklausel mit einer Befugnis zur verdachts- und anlaßlosen „Jedermann-Überwachung“. Insoweit wird auf die Ausführungen oben I. 2 a. und c verwiesen.

Beide Absätze - also sowohl die Befugnis für die Polizei wie für andere Gefahrenabwehrbehörden - berücksichtigen nicht die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Videoüberwachung vom. 23.02.2007 - 1 BvR 2368/06 aufgestellt hat. Sie erlauben die verdachts- und anlaßlose Ortsüberwachung, kennzeichnen den Zweck der Überwachung und Anlaß nicht hinreichend bestimmt (dazu s. o. II 2.) und ignorieren die Schwere des Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht durch die Vorfeldverlagerung und Streubreite des Eingriffs (dazu s. o. II. 5 und 6).

Besonders problematisch ist hier auch die Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Straftatenvorsorge (s.o. I.2 b und II 2.)

Abs. 3 benennt keine qualifizierten Eingriffsanlässe und unterscheidet nicht die Eingriffsintensität der reinen ad-hoc Beobachtung und der weitergehenden Eingriffsintensität der Aufzeichung zum späteren Abgleich oder sonstiger Datenverwendung. Die Verwendung der Daten ist ebensowenig bestimmt und normenklar geregelt, wie die Löschung.

Eine Zweckbindung der erhobenen Daten fehlt.

Abs. 4 enthält zwar Angaben zum Erhebungszweck, diese sind aber unbestimmt und wegen der erheblichen Datenverwendungs- und Mißbrauchsmöglichkeiten zu weitgegend. Darüberhinaus gelten die Einwände zu Abs. 3 ebenfalls.

Bislang gar nicht problematisiert wird bei der Videoüberwachung öffentlicher Plätze und Straßen, dass dabei auch Anwohner und Anlieger in den Beobachtungs- und Aufzeichnungsbereich der Kamera gelangen (die Welt besteht nicht nur aus potentiellen Straftätern). Für diesen Personenkreis, der ständig oder wiederkehrend im Kamerabereich erscheint, sind Eingriffe besonders gravierend. Sie berühren weitere Grundrechte (Unverletzlichkeit der Wohnung, Berufsfreiheit u.a.). Daher muß sichergestellt werden, daß etwa Hauseingänge und Wohnungsfenster technisch nicht mit überwacht werden können, und dass etwa Angestellte in ihrer täglichen Mittagspause nicht im Sinne von Bewegungsbildern oder in ihren privaten Rückzugsbereichen vom Beobachtungsfeld erfaßt werden. Wer täglich auf dieselben Wege angewiesen ist, gerät schneller in ein „polizeiliches Persönlichkeitsprofil“ oder „Bewegungsbilder“, weil er sich im Überwachungsbereich nicht zufällig aufhält, sondern dazu aus privaten oder wirtschaftlichen Gründen gezwungen ist und sich nicht entziehen kann.

d) Kfz-Kennzeichenabgleich § 14 Abs. 5 HSOG

Änderungsbedarf besteht, weil die bisherige Vorschrift verfassungswidrig ist. Zu prüfen ist allerdings, ob der automatisierte Kennzeichenabgleich empirisch notwendig und erfolgversprechend ist.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zum automatischen Kfz-Kennzeichenabgleich in Hessen und Schleswig-Holstein (vom 11. März 2008 -1 BvR 2074/05) stellt folgende Grundsätze auf:

- Eine automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand greift dann, wenn der Abgleich nicht unverzüglich erfolgt und das Kennzeichen nicht ohne weitere Auswertung sofort und spurenlos gelöscht wird, in den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) ein.

- Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage richten sich nach dem Gewicht der Beeinträchtigung, das insbesondere von der Art der erfassten Informationen, dem Anlass und den Umständen ihrer Erhebung, dem betroffenen Personenkreis und der Art der Verwertung der Daten beeinflusst wird.

- Die bloße Benennung des Zwecks, das Kraftfahrzeugkennzeichen mit einem gesetzlich nicht näher definierten Fahndungsbestand abzugleichen, genügt den Anforderungen an die Normenbestimmtheit nicht.

- Die automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen darf nicht anlasslos erfolgen oder flächendeckend durchgeführt werden.

- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist nicht gewahrt, wenn die gesetzliche Ermächtigung die automatisierte Erfassung

> und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen ermöglicht, ohne dass konkrete Gefahrenlagen oder allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen einen Anlass zur Einrichtung der Kennzeichenerfassung geben. Die stichprobenhafte Durchführung einer solchen Maßnahme kann gegebenenfalls zu Eingriffen von lediglich geringerer Intensität zulässig sein.

Dem Entwurf zur Neuregelung des Abs. 5 wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

Es fehlt die Verpflichtung zur *anonymen und spurenlosen* Löschung personenbezogener Daten bei „Nichttreffern“ ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen.

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage richten sich nach dem Gewicht des Eingriffs, das insbesondere von der Art der erfassten Information, dem Anlass und den Umständen ihrer Erhebung, dem betroffenen Personenkreis und der Art der möglichen Verwertung der Daten beeinflusst wird.

Zur Suche nach gestohlenen Autos oder Autos ohne Versicherungsschutz wäre die Datenerfassung wohl zulässig, wenn „Nichttreffer“ sofort gelöscht werden (Regelung in § 14 Abs. 5 Ziff. 3 - neu - mit zusätzlichen Beschränkungen). Problematisch ist aber eine weitergehende Erfassung und Verwendung z.B. zum Bewegungsverhalten oder sonstigen persönlichkeitsrelevanten Informationen. Zu weitgehend bzw. zu unbestimmt ist der (dynamische!) Verweis auf die „gespeicherten polizeilichen Daten“

Die vorgeschlagene Neuregelung ist ebenfalls weiterhin zu unbestimmt, mit welchem „Fahndungsbestand“ ein Abgleich erfolgen soll und berücksichtigt die diesbezüglichen Hinweise des Bundesverfassungsgerichtes in der Entscheidung vom 11. März 2008 nicht hinreichend.

Die Befugnis in § 14 Abs. 5 Ziff. 2 (neu) verzichtet auf eine eigenständige Neuregelung, sondern läßt den automatisierten Kennzeichenabgleich zu, wenn die niedrigen Eingriffsschwellen für Identitätsfeststellungen vorliegen nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 oder 5 HSOG. Das ist nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 oder 5 HSOG, wenn

> 1. die Person sich an einem Ort aufhält,
> a) von dem aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dort
> aa) Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben,
> bb) sich Personen ohne erforderlichen Aufenthaltstitel treffen oder
> cc) sich Straftäterinnen oder Straftäter verbergen, oder
> b) an dem Personen der Prostitution nachgehen,
> ….
>
> 3. die Person sich in einer Verkehrs- oder Versorgungsanlage oder -einrichtung, einem öffentlichen Verkehrsmittel, Amtsgebäude oder einem anderen besonders gefährdeten Objekt oder in dessen unmittelbarer Nähe aufhält und tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass in oder an diesen Objekten Straftaten begangen werden sollen, durch die in oder an diesen Objekten befindliche Personen oder diese Objekte selbst unmittelbar gefährdet sind, und dies aufgrund der Gefährdungslage oder auf die Person bezogener Anhaltspunkte erforderlich ist,
>
> …..

> 5. die Person an einer Kontrollstelle angetroffen wird, die von der Polizeibehörde auf öffentlichen Straßen oder Plätzen oder an anderen öffentlich zugänglichen Orten eingerichtet worden ist, um eine der in § 100a der Strafprozessordnung bezeichneten Straftaten oder eine Straftat nach § 27 des Versammlungsgesetzes zu verhüten. Die Einrichtung von Kontrollstellen ist nur mit Zustimmung des für die Polizei zuständigen Ministeriums oder von ihm benannter Stellen zulässig, es sei denn, dass Gefahr im Verzug vorliegt,

Es geht also wieder um **verdachtsunabhängige Eingriffe mit erheblicher Streubreite,** die nicht an **polizeipflichtiges Verhalten** oder einen konkreten Straftatenverdacht anknüpfen, sondern an den **bloßen Aufenthalt an einem bestimmten Ort**. Dabei wird auch nicht nach dem Zweck des Aufenthaltes differenziert, und sowohl Anwohner bis hin zur Überwachung des Zugangs zur eigenen Wohnung als auch Personen erfaßt, die etwa ihr Grundrecht auf Versammlungsfreiheit wahrnehmen. Nach Ziff. 5 reicht als Eingriffsschwelle bereits der Verdacht, es könnten einzelne gegen das Vermummungsverbot in § 17 a VersG verstoßen, um alle - auch friedliche! - Versammlungsteilnehmer in ihrer Grundrechtswahrnehmung zu überwachen. Dies verstößt jedenfalls gegen die Verhältnismäßigkeit und den Kernbereich der Versammlungsfreiheit in Art. 8 Abs. 1 GG, wirft aber auch Konkurrenzprobleme mit dem Versammlungsgesetz (Bundesrecht) auf.

Insgesamt **fehlt eine angemessene und verhältnismäßige Begrenzung von Zweck und Anlaß** in den Fällen von § 14 Abs. 5 Ziff 2 -neu-.

2. zu § 15 HSOG

Auch § 15 HSOG ist weitergehend zu ändern.

a) Abs. 2

Der bisherige Abs. 2 berücksichtigt den Grundrechtsschutz Drittbetroffener bzw Unbeteiligter nicht angemessen und hat eine zu niedrige Einriffsschwelle, gemessen an den heutigen Verwendungs-und Mißbrauchsmöglichkeiten erhobener Daten. Er lautet:

> 2) Die Polizeibehörden können durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel personenbezogene Daten erheben
>
> 1. auch über andere als die in den §§ 6 und 7 genannten Personen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist,
>
> 2. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat mit erheblicher Bedeutung begehen werden,
>
> 3. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit Personen in Verbindung stehen, die Straftaten der in Nr. 2 genannten Art begehen werden, und die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist,
>
> 4. über die in § 13 Abs. 2 Nr. 3 genannten Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Maßnahme zum Schutz der gefährdeten Person rechtfertigen.

> Die Datenerhebung durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel ist nur zulässig, wenn andere Maßnahmen mit Ausnahme der in den §§ 15a, 16 und 17 genannten erheblich weniger Erfolg versprechen würden oder die polizeiliche Aufgabenerfüllung mit Hilfe anderer Maßnahmen wesentlich erschwert würde. Im Rahmen der Aufgabenerfüllung können personenbezogene Daten auch über dritte Personen erhoben werden, soweit dies unerlässlich ist, um die Datenerhebung nach Satz 1 durchführen zu können.

Es fehlen bestimmte Begrenzungen der Eingriffsschwellen etwa durch „konkrete erhebliche Gefahr“ in Ziff. 1 bei Inanspruchnahme von Nichtstörern und Kontaktpersonen (die auch „Nichtstörer“ sind!) sowie zur Begrenzung der Speicherung, zur Löschung und Bekanntgabe der auf diese Weise heimlich erhobenen Daten sowie zum Schutz der persönlichen Lebenssphäre und der beruflichen Vertrauensverhältnisse.

b) Neuregelung Abs. 4

Es fehlt die Kennzeichnungspflicht für heimlich erhobene Daten, Benachrichtigungs- und Löschungsvorschriften.

Ermittlungen im Kernbereich privater Lebensgestaltung sind von vornerherein unzulässig, wenn eine Prognose vorliegt, daß dieser Bereich tangiert wird. Dies ist in Wohnräumen üblicherweise der Fall, so dass die Überwachung nicht erst unzlässig wird, wenn dies „erkennbar“ wird, sondern von vorneherein (so BVerfG vom 11.03.2008).

3. zu § 15 a HSOG

Die Anmerkung zu 2. b) gilt entsprechend.

Die Regelung ist insgesamt überarbeitungsbedürftig im Hinblick auf Normenbestimmtheit und Normenklarheit sowie Verhältnismäßigkeit der Eingriffsbefugnisse zum angestrebten Zweck.

In der vorgeschlagenen Neuregelung des Abs. 4 (neu) ist die Begrenzung auf „Berufsgeheimnisträger gemäß § 53 StPO“ zu eng. Vertraulichkeit verdienen auch die Beziehungen zu Psychologen, Sozialarbeitern, Rechtsanwälten und Notaren, die keine Strafverteidiger sind, und anderen Berufsgruppen.

Nicht beachtet sind die Anforderungen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes etwa vom 30.04.2007 - 2 BvR 2151/06:

> *„Die Anordnung der Überwachung der Telekommunikation darf sich nur gegen solche Nichtbeschuldigte richten, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt (§ 100 a Satz 2 StPO). Zum Tatbestandsmerkmal "bestimmte Tatsachen" hat das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass die Verdachtsgründe über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen müssen (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juli 2006 - 2 BvR*

950/05 -, NJW 2006, S. 2974 <2975> zu § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO). Bloßes Gerede, nicht überprüfte Gerüchte und Vermutungen reichen nicht. Erforderlich ist, dass auf Grund der Lebenserfahrung oder der kriminalistischen Erfahrung fallbezogen aus Zeugenaussagen, Observationen oder anderen sachlichen Beweisanzeichen auf die Eigenschaft als Nachrichtenmittler geschlossen werden kann“

….
Das Abhören der berufsbezogenen Gespräche des Beschwerdeführers berührt den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG, das dem Rechtsanwalt eine von staatlicher Kontrolle und Bevormundung freie Berufsausübung gewährleistet und dazu insbesondere das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant schützt (vgl.BVerfGE 113, 29 <49>). Maßnahmen, die geeignet sind, das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant zu stören oder gar auszuschließen, greifen in die Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts ein. Die Tätigkeit des Rechtsanwalts liegt dabei auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege (vgl.BVerfGE 113, 29 <49>). Die herausgehobene Bedeutung der unkontrollierten Berufsausübung eines Rechtsanwalts gebietet die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit….“

Eingriffe sind also nicht zulässig, um einen Verdacht erst zu gewinnen, sondern erst ein konkreter und tatsächlich erhärteter Verdacht rechtfertigt Eingriffe. Dies muß eine gesetzliche Regelung sprachlich aufgreifen.

In der Entscheidung vom 18.04.2007 - 2 BvR 2097/05 führt das Bundesverfassungsgericht zum **Berufsschutz** weiter aus:

„Dem Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, im Rahmen seiner freien und von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Berufsausübung seinen Mandanten umfassend beizustehen. Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant (vgl. BVerfGE 110, 226 <252>). Von Bedeutung ist hierbei, dass das von dem Datenzugriff berührte Tätigwerden des Anwalts auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege liegt (vgl.BVerfGE 15, 226 <234>; 34, 293 <302>; 37, 67 <77 ff.>; 72, 51 <63 ff.>; 110, 226 <252>). Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach die fundamentale objektive Bedeutung der "freien Advokatur" hervorgehoben (vgl. BVerfGE 63, 266 <282> m.w.N.). Diese objektiv-rechtliche Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit und des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr von Abhörmaßnahmen ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potentieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen.

Es besteht zudem die Gefahr, dass Mandanten, welchen der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden bekannt wird, das Mandatsverhältnis zu ihrem Rechtsanwalt kündigen. Damit hat die Abhörmaßnahme beschränkende

Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entfaltung des Beschwerdeführers (vgl.BVerfGE 98, 218 <259>). Abhörmaßnahmen im Hinblick auf das Mobiltelefon eines Strafverteidigers, das dieser auch für geschäftliche Telefonate benutzt, beeinträchtigen in schwerwiegender Weise das für das jeweilige Mandatsverhältnis vorausgesetzte und rechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen den Mandanten und den für sie tätigen Berufsträgern."

Weiter ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Telefonüberwachung nach dem Außenwirtschaftsgesetz vom 03.03.2004 - 1 BvF 3/92 zu beachten:

*„Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt jedoch, dass die jeweiligen Ermächtigungen **handlungsbegrenzende Tatbestandselemente** enthalten, die einen **Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit** vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist.*

Die rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen sind historisch gesehen insbesondere im Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr entwickelt und dort im Laufe der Zeit auf neue Erscheinungsformen gefahrenabwehrender Maßnahmen erstreckt worden. Zum Teil ist die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung anfangs zwar nicht gesehen worden. So haben die Ordnungsbehörden, insbesondere die Polizei, zunächst auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung Informationen im Vorfeld von Gefahren erhoben, um Rechtsgüter vorbeugend zu schützen oder die spätere Strafverfolgung zu erleichtern. Derartige Maßnahmen der Beobachtung und Informationsverarbeitung wurden lange Zeit nicht als Grundrechtseingriffe eingeordnet. Nachdem aber der Eingriffscharakter einer Vielzahl solcher Maßnahmen erkannt worden ist, steht fest, dass die Behörden hierfür eine Eingriffsermächtigung benötigen, die den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen genügt (vgl.BVerfGE 65, 1 <44 ff.>). Dies gilt umso mehr für Überwachungsmaßnahmen im Anwendungsbereich des Art. 10 GG. Sieht der Gesetzgeber solche Maßnahmen - wie in den §§ 39 ff. AWG - auf dem Gebiet der Straftatenverhütung vor, so hat er die den Anlass bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an die Verdachtstatsachen so bestimmt zu umschreiben, dass das Risiko einer Fehlprognose in dem Rahmen verbleibt, der auch für Maßnahmen der Strafverfolgung und der Gefahrenbekämpfung als verfassungsrechtlich hinnehmbar erscheint.

e) Entsprechende Ermächtigungen dürfen für Zwecke der Straftatenverhütung an Tatsachen anknüpfen, die auf die Planung solcher Straftaten schließen lassen. Dem Gesetzgeber ist es nicht grundsätzlich verwehrt, zur Umschreibung des Anlasses und der weiteren Voraussetzungen der Straftatenverhütung unbestimmte Rechtsbegriffe zu benutzen. Die Auslegungsbedürftigkeit als solche steht dem Bestimmtheitserfordernis nicht entgegen, solange die Auslegung unter Nutzung der juristischen Methodik zu bewältigen ist (vgl.BVerfGE 31, 255 <264>; 83, 130 <145> ; stRspr) und die im konkreten Anwendungsfall verbleibenden Ungewissheiten nicht so weit gehen, dass Vorhersehbarkeit und Justitiabilität des Verwaltungshandelns gefährdet sind (vgl.BVerfGE 21, 73 <79 f.>).

In einem einheitlichen Zusammenhang dürfen auch mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, solange die Normen insgesamt den

rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normenklarheit und Justitiabilität entsprechen (vgl.BVerfGE 31, 255 <264>). Ist die Maßnahme auf mehrere Normen gestützt, die jeweils unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, darf die Schutzwirkung des Bestimmtheitsgebots durch das Zusammentreffen mehrerer solcher Begriffe nicht aufgeweicht werden.

…

Je weniger die eingrenzende Funktion der Bezugnahme auf Tatbestandsmerkmale einer schon verwirklichten oder in Verwirklichung begriffenen Straftat zum Tragen kommt, umso wichtiger sind sonstige Einengungen der Ermächtigung, die das Risiko einer Fehlprognose grundrechtlich hinnehmbar sein lassen“

…

Diese Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes verlangen eine komplette Neubearbeitung des § 15 a HSOG.

.

4. zu § 26 und anderen Überwachungsmaßnahmen

Im Hinblick auf die Ausführungen oben II. und III. besteht weitergehender Untersuchungsbedarf zu präventivpolizeilichen Eingriffsbefugnissen und Überwachungsmaßnahmen, etwa zu § 19 HSOG (DNA-Analyse nicht strafmündiger Minderjähriger) und zu den Regelungen polizeilicher Datenverarbeitung.

Diese Untersuchungen sprengen den Rahmen dieses Gutachtenauftrages. Es bedarf einer vertieften Untersuchung der tatsächlichen und rechtlichen Entwicklungen in der Datenverarbeitung und dem Datenschutz.

Hamburg, den 31.07.2008

Ulrike Donat

Dr. Dr. Wolfgang Pausch

Theodor-Storm-Weg 30
64625 Bensheim-Auerbach

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Innenausschusses
Schlossplatz 1 – 3

65183 Wiesbaden

Per E-Mail: H.Thaumueller@ltg.hessen.de

Schriftliche Anhörung im Innenausschuss des Hessischen Landtages; hier: Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) – Drucks. 17/133 –

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP nehme ich wie folgt Stellung:

Zu § 14Abs. 5 HSOG

Mit Urteil vom 11. März 2008 hat das Verfassungsgericht die Regelung des § 14 Abs. 5 HSOG für verfassungswidrig und nichtig erklärt, da sie das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verstößt diese Regelung gegen das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit, da sie weder den Anlass noch den Ermittlungszweck benennt. Darüber hinaus genügt diese Regelung in ihrer unbestimmten Weite auch nicht dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit.

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes kommt nicht überraschend. So wurde bereits frühzeitig – im Anhörungsverfahren - die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung bezweifelt. Vgl. z. B. Horn, Ausschussvorlage INA/1623, Ausschussvorlage RTA/16/14, S. 262 ff.; Pausch, Polizei- und Ordnungsrecht in Hessen, 4. Auflage, S. 178 ff.

Der Gesetzesentwurf der FPD-Fraktion geht m. E. weit über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinaus, ist in der vorliegenden Fassung unpraktikabel und verstößt somit gegen den Grundsatz der Geeignetheit.

Die Kennzeichenerfassung ist ein unverzichtbareres Mittel zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten (§ 1 Abs. 4 HSOG), weil gestohlene Kraftfahrzeuge erfahrungsgemäß zur Begehung weiterer Straftaten (z. B. Blitzeinbrüche, Banküberfälle) verwendet werden und auch bei der Begehung von Straftaten im Rahmen der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus Verwendung finden. Eine entsprechende Regelung zur Erhebung dieser Daten dient in starkem Maße der Verhinderung von (zum Teil schweren) Straftaten wie z. B. Einbrüche, Geiselnahmen, terroristische Anschläge.

Der Gesetzesentwurf beschränkt die Anwendung der Kennzeichenerfassung in den Ziff. 1 und 2 auf die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr. Diese liegt erst dann vor, wenn die Einwirkung des schädlichen Ereignisses bereits begonnen hat oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in allernächster Zeit bevorsteht.

Eine Entscheidung, ob im konkreten Einzelfall eine gegenwärtige Gefahr vorliegt, ist in der Kürze der Zeit, die den Polizeibeamten für die Beurteilung der Lage zur Verfügung steht, nicht zu treffen. Sinn und Zweck des Einsatzes der Kennzeichenlesegeräte aber ist es, der Polizei ein geeignetes Instrumentarium zur Gefahrenabwehr (zur Verhütung von erwarteten Straftaten sowie zur Vorsorge zur Verfolgung künftiger Straftaten) zur Verfügung zu stellen. Unter der Voraussetzung des hohen Maßstabes der „gegenwärtigen Gefahr“ und einer konkreten Einzelfallprüfung sind die oben genannten Zielvorgaben nicht zu erfüllen. Eine derartige restriktive Handhabung der Kennzeichenlesegeräte wäre kein geeignetes Mittel zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten mehr. Vielmehr wäre eine derartige Regelung aus polizeilicher Sicht nicht praktikabel, ein ungeeignetes Mittel zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten und würde somit einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne darstellen. Für den dann noch verbleibenden eingeschränkten Anwendungsbereich z. B. mobile Geiselnahme stehen der Polizei andere erfolgversprechende Mittel zur Verfügung.

Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner kriminalpolitischen Vorstellung und Ziele im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Es ist der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt, sich gegen gefährliche Straftäter zu schützen (BVerfG, NJW 1977, 1525). Die vom Grundgesetz vorgegebene Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums rechtfertigen es, unabdingbare Maßnahmen zu ergreifen, um wesentliche Gemeinschaftsgüter vor Schaden zu bewahren.

Lediglich Eingriffe in den sog. “letzten unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit“ sind der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen. Das BVerfG spricht in ständiger Rechtsprechung von einem „absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung“ (BVerfG, ZRP 2004, 101 m.w.N.).

Außerhalb dieses Kernbereiches erfolgt die Abwägung zwischen Individualschutz und Gemeinwohlinteresse nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne.

Unter Beachtung dieser Grundsätze und der Vorgaben des BVerfG (Urteil vom 11. 3. 2008) wäre durchaus eine Regelung denkbar, die aus polizeilicher Sicht praktikabel ist und den Aufgabenzuweisungen des § 1 Abs. 4 HSOG gerecht wird.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Landesgesetzgebern einen weiten Spielraum für eine neue verfassungskonforme Regelung zugebilligt. Aufgrund der großen Bedeutung und der

bereits erzielten Fahndungserfolge sollte eine neue Regelung auf das Tatbestandsmerkmal „gegenwärtige Gefahr“ verzichten.

Zu denken wäre an eine Regelung, die sich an die weitgehend verfassungsrechtlich unbedenkliche Vorschrift des § 18 Abs. 2 Ziff. 6 HSOG (verdachtsunabhängige Personenkontrolle) anlehnt.

Eine entsprechende Regelung könnte Z. B. wie folgt aussehen:

„ Die Polizeibehörden können zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten Daten von Kraftfahrzeugkennzeichen zum Zwecke des Abgleichs mit dem Fahndungsbestand automatisiert erheben auf Einrichtungen des internationalen Verkehrs, auf öffentlichen Straßen und Plätzen , soweit aufgrund von Lageerkenntnissen oder polizeilicher Erfahrung anzunehmen ist, dass diese von erheblicher Bedeutung für die organisierte Kriminalität und für die grenzüberschreitende Kriminalität sind.“

§ 15 Abs. 4 HSOG

Gegen die Forderung, die Maßnahmen des § 15 Abs. 4 HSOG dürfen sich nicht gegen die in § 53 StPO genannten Berufsgeheimnisträger richten, bestehen erhebliche Bedenken. Diese Maßnahmen sind ausdrücklich darauf beschränkt, dass sie zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich sind. Er ist dem Verfasser nicht bekannt, dass generell auszuschließen ist, dass von Mitgliedern dieser Berufsgruppen keine gegenwärtigen Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit von Personen ausgehen können.

§ 15 a Abs. 4 (neu) HSOG

Hinsichtlich der Problematik der Ausnahmeregelung des in § 53 StPO genannten Personenkreises verweise ich auf die Ausführungen zu § 15 Abs. 4 HSOG. Es widerspricht jeglichen polizeilichen Erkenntnissen und der allgemeinen Lebenserfahrung, dass von diesem Personenkreis keine schwerwiegenden Gefahren ausgehen können.

§ 26 Abs. 1 Satz 1 HSOG

Die Gesetzgebung zum HSOG zeichnet sich in den letzten Jahren durch immer kürzere Halbwertzeiten aus. Dies trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Trotz massiver rechtlicher Bedenken (vgl. Pausch a.a.O., S. 203 ff. m. w. N.) wurde § 26 Abs. 1 HSOG entsprechend dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP mit Gesetz vom 6. 9. 2002 geändert. Insoweit ist es begrüßenswert, dass die FDP-Fraktion nunmehr dem Beschluss des BVerfG vom 4. April 2006 folgt und eine verfassungskonforme Regelung vorschlägt.

Gegen diese Regelung bestehen keine inhaltlichen Bedenken.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass gegen die beabsichtige Neufassung der Regelungen der §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4 und 15 a Abs. 4 Satz 1 erhebliche Bedenken bestehen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Dr. Wolfgang Pausch

▸▸ **dr. fredrik roggan**
rechtsanwalt

▸ **lehrbeauftragter**
humboldt-universität zu berlin

in bürogemeinschaft mit
▸ dr. habil. tatjana ansbach
▸ dr. karsten seifert m.a.

müllerstraße 153
13353 berlin
tel 030 / 46 90 63 61
fax 030 / 46 90 63 62
e-mail fredrikroggan@gmx.de

u-bhf leopoldplatz | U6, U9
leopoldcenter
eingang luxemburger straße 35

steuer-nr 23/496/62041

sprechzeiten
nur nach vereinbarung

▸▸ **dr. fredrik roggan | müllerstraße 153 | 13353 berlin**

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Innenausschusses
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Berlin, 05.08.2008

Az.: 020 / 08 r
(bitte stets angeben)

Zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des HSOG
LT-Drucks. 17 / 133

nehme ich wie folgt gutachterlich Stellung:

I. Allgemeine Vorbemerkungen

Die Entwurfsbegründung weist richtig auf fünf Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* hin, die Änderungsbedarf im (auch) Hessischen Polizeirecht auslösen[1]. Genannt werden insoweit die Urteile vom

- 3. März 2004 (Lauschangriff)[2],
- 27. Juli 2005 (präventive TK-Überwachung nach dem NdsSOG)[3],
- 27. Februar 2008 (Online-Durchsuchungen)[4] und
- 11. März 2008 (Kennzeichen-Scannen)[5]

[1] LT-Drucks. 17/133, S. 1.
[2] BVerfGE 109, 279.
[3] BVerfGE 113, 348.
[4] *BVerfG*, NJW 2008, 822.
[5] *BVerfG*, NJW 2008, 1505 .

sowie den Beschluss vom

- 4. April 2006 (Rasterfahndungen)[6].

Richtig beziehen sich die vorgeschlagenen Änderungen auf die Regelungen in §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4, 15a Abs. 4 (neu) und 26 Abs. 1 HSOG.

Der vorliegende Entwurf bewältigt dagegen nicht die Problematik des Kernbereichsschutzes bei solchen Befugnissen im HSOG, bezüglich derer sich das *Bundesverfassungsgericht* – mangels entsprechenden Anlasses – bislang nicht geäußert hat. Tatsächlich besteht insoweit fortwährender Regelungsbedarf:

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist nicht nur bei den Grundrechten aus Art. 10 und 13 GG sowie der subsidiären Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zu wahren, sondern darüber hinaus auch beim Grundrecht auf Informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG[7]. Für das strafprozessuale Eingriffsregime hat etwa *Warntjen* überzeugend nachgewiesen, dass diese Vorkehrungen bei allen „verletzungsgeneigten“ Ermittlungsbefugnissen vorzusehen sind[8].

Für den Gesetzgeber bestehen unterschiedliche Möglichkeiten der Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben. Er kann es bei dem befugnisspezifischen Schutz, wie er sich etwa in § 15 Abs. 4 HSOG-E und § 15a Abs. 4 HSOG-E ausprägt, belassen. Dann jedoch bedarf es der Einfügung entsprechender Regelungen in allen genannten Vorschriften, die solche verletzungsgeneigten Befugnisse enthalten. Im Unterschied hierzu hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, einen „Vor-die-

---

[6] *BVerfG*, NJW 2006, 1939.

[7] Vgl. *Baldus*, in: *Schaar* (Hrsg.), Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff, Bonn 2005, S. 19 ff.; *Denninger*, in: *Roggan* (Hrsg.), Lisken-GS, 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, S. 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, 4. Aufl., München 2007, S. 282; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, S. 114 ff.; *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Heidelberg 2005, S. 292 ff.; **a. A.** wohl nur *Haas*, NJW 2004, 3082 ff. und *Löffelmann*, NJW 2005, 2033 (2035).

[8] *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, Diss., Baden-Baden 2007; vgl. dazu auch schon *Roggan*, in: *Blaschke* u. a. (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, Berlin 2005, S. 51 ff.

Klammer“ gezogenen Kernbereichsschutz vorzusehen[9], wie er etwa im Brandenburgischen Polizeigesetz seit der letzten Reform zu finden ist[10].

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Datenerhebungsmethoden durchaus mit differenzierten Risiken der Verletzung der Intimsphäre verbunden sind. Dies spräche für eine jeweils spezifische Ausformung des Kernbereichsschutzes[11]. Indessen würde ein „Vor-die-Klammer“ gezogener Kernbereichsschutz die Frage vermeiden, welche Ermittlungsmethode bei abstrakter Betrachtung überhaupt verletzungsgeneigt ist. Zudem wäre eine solche Klausel ein durchaus effizientes Mittel zur „Verschlankung“ der auch im Bereich des Polizeirechts immer detailierteren Eingriffsbefugnisse[12].

Es obliegt letztlich dem Gesetzgeber, auf welche Weise er den obligatorischen Kernbereichsschutz umfassend bewirkt. Indessen sollte er hierauf nicht längerfristig verzichten, weshalb die in Rede stehende Reform des HSOG als passender Anlass anzusehen ist.

II. Neuregelung Kennzeichen-Scannen

1. Regelungsinhalt

Die vorgeschlagene Neuregelung soll sich an der vom *Bundesverfassungsgericht* für verfassungskonform erklärten Regelung in Brandenburg orientieren. Sie tut dies durch eine weitgehend wortgleiche Übernahme der Vorschrift aus § 36a BbgPolG. Darüber hinaus wird in § 14 Abs. 5 HSOG-E bei den sog. „Trefferfällen“ die Unverzüglichkeit der Sachverhaltsklärung angeordnet (Satz 3) und die Zulässigkeit der Erstellung von Bewegungsprofilen ausdrücklich auf ausgeschriebene Fahrzeuge beschränkt (Satz 4). Schließlich wird der flächendeckende Einsatz der technischen Mittel zur Kennzeichenerkennung ausdrücklich verboten (Satz 7).

[9] Instruktiv hierzu *Zöller*, StraFo 2008, 21 f.
[10] Vgl. zur dortigen Regelung in § 29 Abs. 6 BbgPolG *Roggan*, NJ 2007, 199.
[11] So etwa *Wolter*, GA 2007, 191.
[12] Wie hier *Zöller*, StraFo 2008, 22; *Warntjen*, in: *Roggan* (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, Berlin 2008, S. 66f. sowie *Baum/Schantz*, ZRP 2008, 137.

Diese Restriktionen führen im Vergleich zur brandenburgischen Regelung zu einer nicht unerheblichen Präzisierung, wenngleich das Verbot des flächendeckenden Einsatzes sich bereits aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergeben dürfte.

2. Gesetzgebungskompetenz

Die Regelung hat, anders als der vom *Bundesverfassungsgericht* verworfene § 14 Abs. 5 HSOG a. F.[13], präventiven Charakter[14] und ist mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung (Art. 70 ff. GG) vereinbar.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat die Frage der Gesetzgebungskompetenz in der Entscheidung vom 11.3.2008 ausdrücklich offen gelassen. Dort heißt es:

> „Ob die Länder zur Regelung der automatisierten Erfassung der Kraftfahrzeugkennzeichen im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung überhaupt befugt wären, braucht vorliegend allerdings nicht entschieden zu werden, da die angegriffenen Regelungen schon aus anderen Gründen verfassungswidrig sind.“[15]

Die vorgeschlagene Neureglung vermeidet den Kompetenzkonflikt bereits im Ansatz, weil auf den Abgleich mit dem (allgemeinen) Fahndungsbestand, der als vorwiegend repressiv anzusehen ist[16], völlig verzichtet wird. Stattdessen wird alleine an präventive Aufgaben der Polizei angeknüpft. Es besteht deshalb keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

---

[13] Ausführlich *Hornmann*, NVwZ 2007, 669 ff.
[14] Richtig LT-Drucks. 17/133, S. 4.
[15] *BVerfG*, NJW 2008, 1505 (1516, Abs. 179).
[16] Ausführlich hierzu *Arzt*, in: *Roggan/Kutscha* (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 234.

3. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Alle Tatbestandsalternativen des § 14 Abs. 5 HSOG-E sind mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar. Teilweise erscheint jedoch eine einschränkende Auslegung angezeigt. Im Einzelnen ist festzustellen:

a) Abwehr gegenwärtiger Gefahren für höchstrangige Rechtsgüter

In § 14 Abs. 5 Nr. 1 NSOG-E wird die Zulässigkeit zur Abwehr von gegenwärtigen Gefahren für Leib oder Leben normiert. Als *gegenwärtig* ist eine Gefahr nach gängigem Verständnis eine Sachlage zu verstehen, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat, oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht[17]. Angesichts dieser tatbestandlichen Schwelle ist die Vorschrift evident verhältnismäßig, weil eine hinreichende Beziehung zwischen dem verfolgten Ziel der Maßnahme sowie dem Gewicht des entsprechenden Belangs einerseits und der verdachtsunabhängigen Inanspruchnahme von Nichtstörern andererseits besteht[18].

b) Abwehr anderer Gefahren

Mit Einschränkungen gilt dies auch für Maßnahmen zur Abwehr anderer, nicht näher bezeichneter, gegenwärtiger Gefahren, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen zur Identitätsfeststellung an gefährlichen Orten, gefährdeten Objekten oder anlässlich von Kontrollstellen, bestehen (§ 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 5 HSOG). Hier bleibt es bei einem konkreten polizeilichen Anlass, nämlich einer abzuwehrenden Gefahr, die nach dem Wortlaut der Vorschrift allerdings beliebiger Qualität sein kann. Dieser Verzicht auf eine nähere Bestimmung des Maßnahmeanlasses allerdings birgt die Gefahr unverhältnismäßiger Eingriffe in die Rechte von Nichtstörern in sich. Denn Unbeteiligte haben grundsätzlich einen Anspruch darauf, von Eingriffen in ihre informationelle Selbstbestimmung verschont zu bleiben, wenn dem Gewicht ei-

[17] *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1947); näher hierzu auch *Denninger* in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., München 2007, S. 323; *Schenke* (o. Fn. 7), S. 41 f.; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (o. Fn. 7), S. 70 f.; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., München 2007, S. 63.
[18] So das *LVerfG M-V*, LKV 2000, 149 (153) für die sog. Schleierfahndungen.

ner Grundrechtsbeschränkung kein polizeilicher Belang gegenübersteht, der den Eingriff als (noch) angemessen erscheinen lässt. Für Kontrollen an gefährlichen Orten etwa wird richtigerweise gefordert, dass die Eingriffsvoraussetzungen aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur bei erheblichen Gefahren gegeben sind und die Vorschrift insofern einer verfassungskonformen Auslegung bedarf[19].

Zudem sind die Auswirkungen der bloßen Existenz der Norm auf die Ausübung von speziellen Grundrechten in den Blick zu nehmen. Namentlich im Falle des Kennzeichen-Scannens im Umfeld von Demonstrationen (Art. 8 Abs. 1 GG) kann die Befürchtung, unbemerkt zum registrierten Teilnehmer der Veranstaltung zu werden, zum Grundrechtsverzicht führen.

Der Eingriffsintensität der Maßnahme steht nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 5 Nr. 2 HSOG-E nicht notwendig eine Gefahr gegenüber, die die Beeinträchtigung aufwiegen würde. Nur bei einer restriktiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals der gegenwärtigen Gefahr, etwa im Sinne einer Rechtsgutsbeeinträchtigung oberhalb der Bagatellgrenze, wäre ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vermeidbar. Nicht etwa wäre die Maßnahme bereits zulässig, wenn die Polizei im Vorfeld von Demonstrationen davon ausgeht, dass es dort beispielsweise zu Verstößen gegen § 27 Abs. 2 VersammlungsG kommt (vgl. § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG). Denn insoweit handelt es sich schon angesichts der Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe um keine erheblichen Straftaten sondern solche, die der Bagatellkriminalität zuzurechnen und überdies verfassungsrechtlich durchaus problematisch[20] sind.

c) Polizeiliche Ausschreibungen

Schließlich wird das Kennzeichen-Scannen gestattet, wenn eine Person oder ein Fahrzeug zur polizeilichen Beobachtung nach § 17 HSOG ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht (§ 14 Abs. 5 Nr. 3 HSOG-E).

---

[19] *Rachor*, in *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., München 2007, S. 531; *Roggan*, in: *Roggan/Kutscha* (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 274..

[20] Vgl. dazu MünchKommStGB-*Altenhain*, München 2007, § 27 VersammlG, Rdnr. 2 ff.

Um eine solchermaßen begründete Maßnahme nicht als unverhältnismäßig erscheinen zu lassen, werden an die zeitliche Nähe der zu erwartenden Straftatbegehung hohe Anforderungen zu stellen sein. Ansonsten wäre auch der Ort der Maßnahme nicht sinnvoll zu bestimmen, was letztlich auf ihre dauerhafte, landesweite Durchführbarkeit hinausliefe. Dies wird indessen – anders als etwa in Brandenburg[21] – durch das ausdrückliche Verbot eines flächendeckenden Einsatzes verhindert.

4. Rechtspolitik

Unabhängig davon, dass die geplante Vorschrift mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einklang steht und der Entwurf im Vergleich mit der brandenburgischen Regelung überdies tatbestandliche Konkretisierungen vornimmt, ist die gegenständliche Befugnis unter verfassungspolitischen Gründen nicht unproblematisch, so dass auch ein Verzicht nicht ausgeschlossen werden sollte[22].

Das *Bundesverfassungsgericht* hat auch im Hinblick auf die Befugnis zum Kennzeichen-Scannen die grundsätzliche Bedeutung von Überwachungsbefugnissen herausgestellt. In der Entscheidung vom 11. März 2008 heißt es hierzu:

> „Eine automatisierte Kennzeichenerfassung, die unterschiedslos jeden nur deshalb trifft, weil er mit einem Fahrzeug eine ohne besonderen Anlass oder gar dauerhaft eingerichtete Stelle zur automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen passiert, vermittelt im Übrigen den Eindruck ständiger Kontrolle. Das sich einstellende Gefühl des Überwachtwerdens kann - wie bereits dargestellt (siehe oben C II 1 a) - zu Einschüchterungseffekten und in der Folge zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen. Hierdurch sind nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen betroffen, sondern auch das Gemeinwohl, weil die Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs-

[21] Krit. *Roggan*, NJ 2007, 202.
[22] Angesprochen auch in LT-Drucks. 17/133, S. 1 (dort unter D.).

> und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 65, 1 <43>; auch BVerfGE 100, 313 <381>).“[23]

Angesprochen ist insoweit die tendenzielle Demokratiegefährlichkeit entsprechender Regelungen. Zwar verbietet diese den Gesetzgebern nicht, entsprechende Eingriffsbefugnisse zu schaffen. Jedoch ist der Gesetzgeber gehalten, die Auswirkungen der bloßen Existenz einer Norm mit seinen angenommenen Folgen abzuwägen. In Betracht zu nehmen sind insoweit die bisherigen Erfahrungen mit der vom *Bundesverfassungsgericht* verworfenen Vorgänger-Regelung.

Eine Sachverständigen-Anhörung im *Sächsischen Landtag*, die das Kennzeichen-Scannen zum Gegenstand hatte[24], ergab, dass der schleswig-holsteinische Gesetzgeber angesichts der bisherigen Erfahrungen davon abgesehen hat, eine Neuregelung zu schaffen. Das dortige Innenministerium habe festgestellt, dass der Aufwand nicht mehr im Verhältnis zum Ertrag stehe[25]. Dieser Umstand gibt Anlass zu einer Evaluierung der bisherigen Praxis aufgrund § 14 Abs. 5 HSOG a. F. Namentlich wäre die Wirksamkeit des Kennzeichen-Scannens in präventiver Hinsicht zu erforschen. Es käme also auf die Abwehr konkreter Gefahren in der Vergangenheit an. Hierzu zählt nicht die Feststellung begangener Straftaten, wozu etwa Kfz-Diebstähle oder Verstöße gegen das Pflichtversicherungsgesetz zählen. Hierbei handelt es sich um repressive Polizeiarbeit[26].

Die Wirksamkeit einer Methode beweist sich an ihrer Zielrichtung, nicht an zufälligen Nebeneffekten. Die ggf. bislang registrierte Aufklärungsquote im Hinblick auf Straftaten ist nach dem Gesagten kein Nachweis für die „präventive Effektivität“ der Maßnahme. Der Gesetzgeber sollte demnach zunächst die genannten Erhebungen veranlassen und sodann über die Erforderlichkeit einer Regelung über den Einsatz von Automatischen Kennzeichenlesesystemen entscheiden. Erst hierdurch ließe sich eine Aussage zur verfassungspolitischen Vertretbarkeit der Befugnis treffen.

---

[23] *BVerfG*, NJW 2008, 1505 (1516, Abs. 173).
[24] Vgl. *Sächsischer Landtag*, Drucks. 4/10883.
[25] *Bergemann*, zit. nach *Sächsischer Landtag*, Apr 4/6-54 A 2, S. 5.
[26] Vgl. hierzu auch *Petri*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. München 2007, S. 994 sowie ausführlich *Arzt* (o. Fußn. 16), S. 234 f.

III. Neuregelung Lauschangriff

1. Spezifischer Kernbereichsschutz

Aufgrund der Entwurfsbegründung erscheinen Vorbemerkungen zur Notwendigkeit der Präzisierung des Kernbereichsschutzes bei Lauschangriffen veranlasst. Der Entwurf stellt fest, dass das *Bundesverfassungsgericht* in seiner Entscheidung zur Online - Durchsuchung vom 27. Februar 2008 (1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07) zwar den Kernbereichsschutz von der Erhebungs- in die Auswertungsphase verlagert und vorgegeben habe, dass Daten mit Kernbereichsbezug unverzüglich gelöscht und ihre Auswertung ausgeschlossen werden müssten. Doch erscheine es zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus geboten, im Falle einer erkennbaren Kernbereichsberührung einen sofortigen Abbruch der Überwachungsmaßnahme vorzusehen[27].

Der Reformbedarf in Hessen ergibt sich indessen nicht aus der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 27. Februar 2008, sondern ausschließlich aus der Entscheidung vom 3. März 2004[28]. Bei dem „zurückgenommenen“ Kernbereichsschutz in Fällen von Online-Durchsuchungen handelt es sich um eine methodenspezifische Ausprägung des Menschenwürdeschutzes, der auf andere Datenerhebungen nicht übertragbar ist. Denn bei Lauschangriffen sind beispielsweise Erhebungsverbote, Überwachungsabbruchgebote und Löschungsverpflichtungen nicht nur rechtlich geboten[29], sondern – von praktischen Schwierigkeiten im Einzelfall abgesehen – auch tatsächlich umsetzbar. Hingegen heißt es in der Entscheidung vom 27. Februar 2008:

> „Ist es - wie bei dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System - praktisch unvermeidbar, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug bewertet werden kann, muss für hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase gesorgt sein. Insbesondere müssen aufgefundene und erhobe-

[27] LT-Drucks. 17/133, S. 3.
[28] BVerfGE 109, 279
[29] Vgl. für das HSOG etwa *Graulich*, NVwZ 2005, 271 (272).

> ne Daten mit Kernbereichsbezug unverzüglich gelöscht und ihre Verwertung ausgeschlossen werden (vgl. BVerfGE 109, 279 <318>; 113, 348 <391 f.>).“[30]

Unabhängig davon, dass diese Relativierung des Kernbereichsschutzes durch das *Bundesverfassungsgericht* nicht frei von Kritik geblieben ist[31], so ist doch die Exklusivität dieser Beschränkung des Kernbereichsschutzes erkennbar[32]. Um das Schutzniveau der Lauschangriff-Entscheidung nicht zu relativieren, sollte deshalb bei der Begründung kernbereichsschützender Regelungen bei verdeckten Datenerhebungen in oder aus Wohnungen ausschließlich auf die insoweit einschlägige Entscheidung abgestellt werden.

Im Ansatz freilich ist die Feststellung eines bislang unzureichenden Intimsphärenschutzes in § 15 Abs. 4 HSOG (geltende Fassung) zutreffend und daher zu begrüßen.

2. Polizeirechtliche Ausprägungen des obligatorischen Kernbereichsschutzes

Die vorgeschlagene Regelung eines neuen § 15 Abs. 4 HSOG führt einen absoluten Schutz der Räumlichkeiten von Berufsgeheimnisträgern (§ 53 StPO) sowie ein Überwachungsabbruchgebot ein. Bei der ebenfalls geänderten Regelung über Verwertungsverbote besteht Klärungsbedarf.

a) Zum Phänomen absoluter Datenerhebungsverbote

§ 15 Abs. 4 Satz 1 HSOG-E regelt ein absolutes Datenerhebungsverbot zum Schutze der mit Berufsgeheimnisträgern geführten Kommunikationen. Der Gesetzentwurf macht sich damit implizit die Auffassung zueigen, dass auch in Fällen gegenwärtiger Gefahren für hochrangige Rechtsgüter das Risiko des Antastens des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei speziellen Gelegenheiten nicht vertretbar

[30] *BVerfG*, NJW 2008, 822 (834).
[31] *Warntjen* (o. Fn. 12), S. 58 f.; *Sachs/Krings*, JuS 2008, 485 f.; *Eifert*, NVwZ 2008, 522 f.
[32] Wie hier *Hornung*, CR 2008, 305; skeptisch dagegen *Volkmann*, DVBl. 2008, 593.

ist[33]. Als solche Gelegenheiten sieht der Gesetzentwurf Gespräche mit den genannten Berufsgeheimnisträgern in deren Räumlichkeiten an[34]. Datenerhebungen in oder aus Rechtsanwaltskanzleien, seelsorgerisch genutzten Räumen u. a. sind demnach ausnahmslos unzulässig.

Gegen diese sich im Gesetzentwurf ausprägende Auffassung sind in jüngerer Zeit Einwände erhoben worden. *Baldus* etwa hält den Kernbereich des Wohnungsgrundrechts zwar für absolut geschützt, aber abwägungsoffen[35]. Demzufolge dürfe die Möglichkeit einer Kernbereichsverletzung durch eine heimliche Überwachungsmaßnahme dann in Kauf genommen werden, wenn keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Staat Höchstpersönliches wahrnimmt. Das gelte aber nicht in Ausnahmefällen, in denen die Maßnahme dem Schutz von solchen Schutzgütern diene, die höher zu bewerten seien als die höchstpersönlichen Formen der Freiheitsentfaltung. Eine heimliche Maßnahme zur Aufklärung einer Gefahr sei also als potentiell kernbereichsverletzende Maßnahme auch dann zulässig, wenn sie zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder anderer überragend wichtiger Rechtsgüter erforderlich sei[36].

Dieser Auffassung ist entgegenzutreten. Sie bedeutet im Ergebnis eine Negierung der Absolutheit des Menschenwürdeschutzes. Wie auch bei der strafprozessualen Regelung in § 100c Abs. 5 StPO[37] ist der Kernbereichsschutz bereits im Ansatz abwägungsfest und darf daher auch nicht zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter beeinträchtigt werden[38]. Ein „planmäßiges“ Risiko der Kernbereichsverletzung ist mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht vereinbar.

Für den Gesetzentwurf bedeutet diese Abwägungsfestigkeit des Menschenwürdeschutzes Folgendes: Für Gespräche innerhalb der Räumlichkeiten der Berufsgeheimnisträger nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3b StPO gilt die Vermutung ihrer Zugehörigkeit zum absolut geschützten Bereich privater Freiheitsentfaltung.

[33] Vgl. dazu *Kutscha/Roggan*, in: *Roggan* (Hrsg.), Lisken-GS, Berlin 2004, S. 34 ff.
[34] Grammatikalisch ist § 15 Abs. 4 Satz 1 HSOG-E verunglückt, weil er (gewiss unbeabsichtigt) die Berufsgeheimnisträger zu einem Unterfall von Wohnungen macht. Einzufügen ist das Wort „derjenigen“ vor dem Wort „der“.
[35] So auch der Titel seiner Abhandlung in JZ 2008, 218 ff.
[36] *Baldus*, JZ 2008, 218 (226).
[37] Vgl. dazu *Meyer-Goßner*, StPO, 51. Aufl., München 2008, § 100c Rdnr. 14.
[38] Ebenso beispielsweise *Petri*, (o. Fn. 26), S. 908.

rigkeit zum absolut geschützten Bereich privater Freiheitsentfaltung. Deshalb nimmt der Gesetzentwurf richtigerweise solche Wohnungen von der „Abhörbarkeit“ aus.

Indessen ist nicht anzunehmen, dass diese Vertraulichkeitsvermutung auch für die Räume von Abgeordneten und Pressemitarbeitern (§ 53 Abs. 1 Nr. 4 und 5 StPO) gilt[39]. Dem Gesetzgeber steht es freilich offen, auch solche Wohnungen von der akustischen Überwachung auszunehmen. Die Begründung hierfür liegt dann nicht im Menschenwürdeschutz, sondern darin, bestimmte Berufsgruppen aus Gründen anderweitigen Vertrauensschutzes von einer Überwachung auszunehmen. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Jedoch ist dem Entwurf eine gewisse Inkonsequenz eigen: Während letztgenannte Wohnungen von einer Überwachung ausgenommen werden, sollen Gespräche in Privatwohnungen, bei denen keine Anhaltspunkte für gefahrbezogene Interaktionen bestehen, lediglich durch ein Überwachungsabbruchgebot geschützt werden. Tatsächlich spricht aber für in Privatwohnungen geführte Kommunikationen eine Vertraulichkeitsvermutung[40].

Mit der Regelung in § 15 Abs. 4 Satz 1 HSOG-E würde mithin das Risiko akzeptiert, nicht nur die Menschenwürde des Störers zu verletzen, sondern auch diejenige Unbeteiligter, die sich zusammen mit diesem in einer (Privat-)Wohnung aufhalten. Dieses Risiko besteht potenziell, wenn Störer und gefährdete Person räumlich getrennt sind. Beispielsweise im Frankfurter Entführungsfall des *Jakob von Metzler* etwa durfte die Polizei davon ausgehen, dass das verschleppte Kind lebend an unbekanntem Ort festgehalten wurde und die Auskunft über diesen Aufenthaltsort vom Entführer bei einer Befragung nicht zu erlangen sein würde. In Betracht wäre insoweit ein Lauschangriff auf die Wohnung des Verdächtigen gekommen, in der dieser mit seiner (ahnungslosen) Freundin lebte. Selbst eine Überwachung der Wohnung der Lebensgefährtin wäre möglich gewesen. Dass in solchen Fällen der

[39] Vgl. BVerfGE 109, 279 (322 f.).
[40] BVerfGE 109, 279 (321).

Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen würde, ist indessen (höchst-)wahrscheinlich[41].

Zwar dürfte es sich bei entsprechenden Konstellationen um Ausnahmefälle handeln. Jedoch bedarf es der gesetzlichen Anordnung, dass Maßnahmen zu unterbleiben haben, wenn die Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung mit großer Wahrscheinlichkeit prognostizierbar ist. Jede andere Lösung[42], die letztlich auf eine – unzulässige! – Abwägung der Menschenwürdegarantie mit staatlichen Schutzpflichten hinausläuft, nähme planmäßig und konsequenterweise fortlaufend die Verletzung der Intimsphäre (auch) von Unbeteiligten in Kauf.

b) Zur Verfassungsmäßigkeit des Überwachungsabbruchgebots

Hinsichtlich des Überwachungsabbruchgebots im Falle der Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist nach hiesiger Auffassung nichts zu erinnern, so dass sich nähere Erörterungen erübrigen.

c) Zur Verwendungsregelung

§ 15 Abs. 4 Satz 3 HSOG-E ordnet ein Verwertungsverbot für erlangte Informationen an. Zwar weist der Zusammenhang darauf hin, dass vom Verwertungsverbot Informationen, die aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung stammen, betroffen sein sollen, zwingend ist diese Interpretation indessen nicht.

Nach dem Wortlaut kommt auch eine Auslegung der Vorschrift in Frage, wonach *sämtliche* Erkenntnisse, die bis zum Überwachungsabbruch erlangt wurden, unverwertbar sein sollen. Dies würde auch solche Informationen betreffen, die nicht unter Verletzung der Intimsphäre zur Kenntnis der Polizei gelangt sind. Dies würde im Einzelfall zur Unverwertbarkeit gefahrenabwehrrelevanter Kenntnisse führen. Mit Blick auf die hohe Wertigkeit der bedrohten Rechtsgüter (Leib, Leben und Freiheit von Personen) sowie die zeitliche Nähe des Schadenseintritts erscheint dies nicht

[41] Vgl. dazu *Kutscha/Roggan* (o. Fn. 33), S. 32.
[42] So diejenige von *Baldus*, JZ 2008, 218 (226).

nur verfassungsrechtlich nicht geboten, sondern auch dem Maßnahmezweck zuwiderlaufend.

Es sollte aus dem genannten Grunde klargestellt werden, dass nur die unter Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erlangten Informationen einem Verwertungsverbot unterliegen.

IV. Neuregelung TKÜ

Die Regelung des Kernbereichsschutzes in § 15a Abs. 4 HSOG-E ist im Ansatz zu begrüßen, geht angesichts fehlender Bestimmung der Zielpersonen in § 15a Abs. 1 HSOG aber in personaler Hinsicht nicht weit genug.

Nach § 15a Abs. 4 HSOG-E sollen die TK-Anschlüsse sämtlicher in § 53 StPO genannter Berufsgeheimnisträger von einer Überwachung ausgenommen sein. Insoweit gelten die Anmerkungen zu III.2.a) entsprechend. Das erscheint bei Telekommunikationsüberwachungen schon deshalb unabdingbar, weil diese Anschlüsse regelmäßig von einer Vielzahl von in jeder Hinsicht unverdächtigen Personen genutzt werden. Indessen verbietet die Vorschrift nicht die Überwachung von solchen TK-Anschlüssen, die Personen des höchstpersönlichen Vertrauens zuzurechnen sind. § 15a Abs. 1 HSOG gestattet also auch die gezielte Überwachung von engen Familienangehörigen und anderen Personen des höchstpersönlichen Vertrauens der für die Störung Verantwortlichen. Hiermit wird das planmäßige Risiko der Verletzung des Kernbereichs auch solcher Personen eingegangen. Dies ist mit der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* nicht vereinbar.

In der Entscheidung vom 27. Juli 2005 heißt es:

> „Die nach Art. 1 Abs. 1 GG stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde fordert auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung. Bestehen im *konkreten Fall tatsächliche Anhaltspunkte* (Hervorhebung durch *Verf.*) für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung Inhalte er-

> fasst, die zu diesem Kernbereich zählen, ist sie nicht zu rechtfertigen und muss unterbleiben. Da bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung oder bei ihrer Durchführung aber nicht sicher vorhersehbar ist, welchen Inhalt die Gespräche haben werden, ist das Risiko nicht auszuschließen, dass die Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst. Verfassungsrechtlich hinzunehmen ist dieses Risiko allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und einer durch konkrete Anhaltspunkte gekennzeichneten Lage, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lässt."[43]

Die insoweit angesprochenen tatsächlichen Anhaltspunkte können namentlich in dem Näheverhältnis, das eine unbeteiligte Person mit einem Störer verbindet, bestehen. Hieraus folgend muss ein Erhebungsverbot gelten, das nur durch konkrete Anzeichen darauf, dass gefahrenabwehrrelevante Inhalte erfasst werden können, entfallen kann. Das mag in Fällen gegeben sein, in denen die Polizei über Hinweise darauf verfügt, dass der Störer Kontakt zu einer bestimmten Kontakt- und Begleitperson aufnehmen wird.

V. Neuregelung Rasterfahndungen

1. Regelungsinhalt

Die Entwurfsbegründung führt richtig aus, dass es nach der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 4.4.2006 einer (erneuten) Anpassung des Landesrechts bedarf. Zur Anordnung und Durchführung einer Rasterfahndung solle es nicht mehr ausreichend sein, dass lediglich tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Maßnahme zur Verhütung der im Gesetz genannten Straftaten erforderlich und dies auf andere Weise nicht möglich ist. Stattdessen müssten tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Abwehr einer konkreten Gefahr für die genannten erheblichen Rechtsgüter erforderlich und auf andere Weise nicht möglich ist. Damit werde sichergestellt, dass zwar einerseits keine gegenwärtige, also eine unmittelbar bevorstehende Gefahr gegeben sein muss, ande-

[43] BVerfGE 113, 348 (391 f.).

rerseits aber das Bestehen einer allgemeinen Bedrohungslage gleichfalls nicht ausreichend ist. Der Begriff der konkreten Gefahr sei ein im Polizeirecht seit langem verwendeter und eingeführter Begriff, der auch vom *Bundesverfassungsgericht* mit der dargelegten Bedeutung verwendet werde.

Dem Gesetzentwurf ist insoweit zu bescheinigen, dass er die Vorgaben des *Bundesverfassungsgerichts* „buchstabengetreu" umsetzt und mit einem Risiko verfassungsgerichtlicher Beanstandung im Falle seiner Verabschiedung somit nicht verbunden ist. Gleichwohl besteht Erörterungsbedarf.

2. Zur bleibenden Frage der Eignung von präventiven Rasterfahndungen

Das *Bundesverfassungsgericht* billigt den Gesetzgebern auf den Ebenen der Eignung und Erforderlichkeit einen weiten Einschätzungsspielraum zu (sog. Einschätzungsprärogative[44])[45]. Dies entbindet die Legislative freilich nicht davon, die Verhältnismäßigkeit einer Überwachungsbefugnis im Einzelnen zu bewerten und dabei auch auf Erfahrungen aus der Vergangenheit zurückzugreifen. Eine solche Betrachtung sollte angesichts der keineswegs abwegigen Wertung, dass es sich bei der Rasterfahndung um „kein besonders treffsicheres Instrument, vielleicht auch ein ziemlich schlechtes Fahndungs- und Vorbeugemittel" (*Brugger*)[46] handelt, dazu führen, dass auf die Rasterfahndungen – jedenfalls im Polizeirecht – verzichtet wird.

Denn es stellt sich durchaus die Frage, unter welchen Umständen die präventive Rasterfahndung zur Abwehr konkreter Gefahren überhaupt noch als geeignetes Mittel anzusehen ist. Die Ausführungen des *Bundesverfassungsgerichts* beschränken sich diesbezüglich auf die – nachvollziehbare – Feststellung, dass die gegenwärtige Gefahr als Tatbestandsvoraussetzung angesichts des mit der Maßnahme verbundenen Aufwands dazu führt, dass diese in den meisten Fällen zu spät kommen wird,

[44] BVerfGE 102, 179 (218).
[45] BVerfGE 104, 337 (347f.) sowie die Nachweise bei *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl., München 2006, Art. 20 Rdnr. 87.
[46] *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, Baden-Baden 2004, S. 91.

um noch wirksam sein zu können[47]. Über die Eignung der Maßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren besagt diese Feststellung freilich noch nichts.

Die zeitlichen Erfordernisse einer Rasterfahndung dürften allerdings auch in den allermeisten Fällen von (lediglich) konkreten Gefahren dazu führen, dass die Zwecktauglichkeit nicht hinreichend sicher prognostiziert werden kann: Denn bei dieser Gefahrenkategorie handelt es sich um eine im einzelnen Fall bestehende Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein polizeilich zu schützendes Rechtsgut schädigen[48] bzw. in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird[49]. Im sog. „Realitätsmodus“ muss sie also, im Gegensatz zur abstrakten Gefahr, tatsächlich bestehen[50]. Im Falle der Rasterfahndungen wird nach den Polizeigesetzen der Länder stets eine Gefahr für wichtige Rechtsgüter wie Leib, Leben oder die Freiheit von Personen sowie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, verlangt.

Voraussetzung einer Eignung der Rasterfahndung zur Zweckerreichung ist, dass zum *Zeitpunkt ihrer Anordnung* die Prognose einer rechtzeitigen Generierung von solchen Informationen möglich ist, die für die Abwehr der Gefahr förderlich sein können[51]. Bereits zum Anordnungszeitpunkt ist also der zeitliche Aufwand ins Verhältnis zur Schadenseintrittsnähe zu setzen.

Wann aber lässt sich zum Anordnungszeitpunkt sagen, dass die Rasterung der gesamten Bevölkerung ein probates Mittel zur Gefahrenabwehr ist? Voraussetzung wäre immerhin, dass bei bestehender konkreter Gefahr ein Störerprofil erstellt, Recherchen durchgeführt, Suchanfragen gestartet, Datenübermittlungen von angefragten Stellen im privaten und öffentlichen Bereich vorgenommen und der eigentliche

---

[47] *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1947).
[48] Vgl. dazu aus der Lehrbuchliteratur alternativ *Schenke* (o. Fn. 7); *Gusy* (o. Fn. 7), S. 60 f.; *Kugelmann* (o. Fn. 7), S. 163 f.; *Würtenberger/Heckmann* (o. Fn. 7), S. 190 f.; *Denninger* (o. Fn. 17), S. 318 oder *Pieroth/Schlink/Kniesel* (o. Fn. 7), S. 66 ff.
[49] So die Legaldefinition etwa in § 2 Nr. 3a BremPolG.
[50] *Denninger* (o. Fn. 17), S. 318.
[51] *Gusy*, KritV 2002, 474 (489).

Datenabgleich (rechtzeitig) durchgeführt werden kann[52]. Das mag allenfalls in Ausnahmefällen, etwa bei wochenlangen Geiselnahmen, also einer Dauergefahr[53] - jedenfalls theoretisch – nicht ausgeschlossen sein[54].

Von Bedeutung ist dann aber regelmäßig, dass gleichzeitig auch der Anfangsverdacht einer (schweren) Straftat bestehen wird, von dem das *Bundesverfassungsgericht* seinerseits sagt, dass die entsprechende Verdachtsschwelle niedrig liegt[55]. Voraussetzung einer dann als doppelfunktional aufzufassenden Rasterfahndung wäre dann nicht nur, dass die Bedrohung für ein hochrangiges Rechtsgut tatsächlich besteht, sondern dass der Schwerpunkt der polizeilichen Aufgabenwahrnehmung auch auf der Gefahrenabwehr, nicht aber im Bereich der Strafverfolgung, liegt. Ansonsten könnte sich – der Schwerpunkttheorie folgend – die Rechtsgrundlage nur aus der Strafprozessordnung (also aus § 98a StPO[56]) ergeben[57]. Ein präventiver Schwerpunkt kann bei bestehendem Straftatverdacht nur bei einer situationsbedingt in den Vordergrund tretenden, gegenwärtigen Gefahr für ein höchstrangiges Rechtsgut gegeben sein[58]. Das strafprozessuale Regelungsregime wird dann temporär suspendiert[59]. Entsprechend war das – vom *Bundesverfassungsgericht* freilich für verfassungswidrig erklärte – Verständnis der Rasterfahndungen nach dem 11. September 2001[60].

Bei einer situationsbedingt in den Vordergrund getretenen Notwendigkeit, zeitnah bzw. sofort gefahrenabwehrende Schritte einzuleiten, wird sich der Sachverhalt allerdings wiederum als gegenwärtige Gefahr darstellen. Damit rücken wiederum die vom *Bundesverfassungsgericht* angesprochenen Zweifel, ob in solchen Lagen eine

---

[52] *Schneider*, in: *Roßnagel* (Hrsg.), Sicherheit für Freiheit?, Baden-Baden 2003, S. 113; vgl. auch *Gusy*, KritV 2002, 474 (486).
[53] *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1947); vgl. dazu auch *Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, Baden-Baden 2007, S. 147 ff.
[54] *Brenneisen/Wilksen*, in: *Schipper* (Hrsg.), Polizei- und Ordnungsrecht in Schleswig-Holstein, 4. Aufl., Stuttgart 2003, S. 256; *Brenneisen/Bock*, DuD 2006, 685 (687); ebenso *Lisken*, NVwZ 2002, 513 (515) unter Hinweis auf *Bäumler*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., München 2001, S. 894; *Groß*, KJ 2002, 1 (4 f.); ähnlich *Bausback*, NJW 2006, 1922 (1923).
[55] Vgl. etwa *BVerfG*, wistra 2002, 135 (136); ebenso schon *Hund*, ZRP 1991, 463 (464).
[56] Grds. krit. *Siebrecht*, CR 1996, 545 ff. und *Warntjen/Kissler*, FoR 2002, 49 ff.
[57] Ausführlich hierzu *Roggan*, Die Polizei 2008, 112 ff.; *Gusy* (o. Fn. 7), S. 12 und *Kutscha* (o. Fn. 7), S. 83 f., jeweils mit weiteren Nachweisen.
[58] Vgl. dazu *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, Berlin 1989, S. 68; ferner *Knemeyer* (o. Fn. 17), S. 80 ff. sowie *Lisken*, KJ 1992, 472 (475).
[59] Vgl. nur KK-*Schoreit*, § 152 Rdnr. 18.
[60] Ausführlicher dazu *Middel* (o. Fn. 53), S. 116 ff.

Rasterfahndung überhaupt noch Erfolg versprechend angeordnet werden kann, in den Blickpunkt. Letztere Umstände ziehen zwar nicht zwingend die Ungeeignetheit eines Datenabgleichs nach sich, denn auch nach verfassungsgerichtlicher Einschätzung ist ja nicht kategorisch ausgeschlossen, dass in entsprechenden Lagen die Maßnahme noch durchführbar erscheint[61].

Diese Überlegungen zeigen, dass durchaus Anlass für eine kritische Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von präventiven Rasterfahndungen besteht. Gleichwohl – ein verfassungsrechtlich gebotener Verzicht ergibt sich aus ihnen nicht.

VI. Zusammenfassung

Der vorliegende Gesetzentwurf bedeutet – würde er zum Gesetz – eine erhebliche Annäherung des hessischen Polizeirechts an die Verfassungslage. Namentlich der angestrebte Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei Lauschangriffen und der Telekommunikationsüberwachung dürfte als Wegbereiter eines Gefahrenabwehrrechts gelten, das die Unabwägbarkeit der Menschenwürdegarantie anerkennt und sich insoweit von Regelungen unter anderem auch im Bundesrecht unterscheidet, die Datenerhebungsverbote an die *alleinige*[62] Betroffenheit kernbereichsrelevanter Kommunikationen knüpft (so etwa § 100a Abs. 4 StPO und § 23a Abs. 4 a ZFdG). Indessen bedarf es noch der angesprochenen Ergänzung dieser Überwachungsverbote.

Rechtsanwalt

[61] *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1947); vgl. auch *Kugelmann* (o. Fn. 7), S. 232; *Schenke* (o. Fn. 7), S. 137; deutlicher aber *Gusy*, KritV 2002, 474 (490): „Ungeeignetes Mittel zur Abwehr gegenwärtiger Gefahren“; anders dagegen *Middel* (o. Fn. 53); S. 173 ff.

[62] Krit. dazu etwa *Roggan*, NVwZ 2007, 1238 (1239).

Philipps Universität Marburg

Prof. Dr. Horn - Philipps-Universität - FB Rechtswissenschaften - 35032 Marburg

Hessischer Landtag
- Innenausschuss -
Herrn Vorsitzenden
Horst Klee, MdL
z.H. Frau Heike Thaumüller
Schlossplatz 1 – 3
65183 Wiesbaden

Fachbereich Rechtswissenschaften
Institut für Öffentliches Recht

Prof. Dr. Hans-Detlef Horn
Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof

Tel.: +49(0)6421 28-23810
Fax: +49(0)6421 28-23839
E-Mail: hornh@staff.uni-marburg.de
Sek.: Margit Rockel
Tel.: +49(0)6421 28-23126
E-Mail: rockelm@staff.uni-marburg.de
Anschrift: Universitätsstraße 6
D-35037 Marburg
Web: http://www.uni-marburg.de/fb01/lehrstuehle/oeffrecht/horn/index_html

Marburg, 5. August 2008

Gesetzentwurf der FDP-Fraktion für ein „Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)“ vom 6. Mai 2008 – Drucksache 17/133

Sehr geehrter Herr Klee,

sehr geehrte Frau Thaumüller,

sehr geehrte Damen und Herren,

auf Ihre Einladung hin darf ich zu dem vorgenannten Gesetzentwurf wie folgt Stellung nehmen:

I. Art. 1 Nr. 1 (§ 14 Abs. 5 HSOG-E): Automatisierte Kennzeichenerfassung

Die vorgeschlagene Neufassung des § 14 Abs. 5 HSOG-E bezweckt die Umsetzung der Vorgaben des BVerfG (NJW 2008, 1505 – Urteil vom 11. März 2008, 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 – *Automatisierte Kennzeichenerfassung*). Der neue Wortlaut entspricht zum größten Teil der parallelen Gesetzgebung in Brandenburg (§ 36a Brandenburgisches Polizeigesetz [BbgPolG] vom 19. März 1996 [GVBl. I S. 74] in der Fassung des Vierten Gesetzes zur Änderung des Brandenburgischen Polizeigesetzes vom 18. Dezember 2006 [GVBl. I S. 188]). Die in § 14 Abs. 5 Satz 3, 4 und 7 HSOG-E enthaltenen Regelungen kennt § 36a BbgPolG hingegen nicht.

1. Der Gesetzentwurf ermöglicht mittels § 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG-E die automatisierte Erhebung der Kennzeichen von Fahrzeugen durch den offenen Einsatz technischer Mittel, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist (Nr. 1), die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 5 HSOG vorliegen (Nr. 2) oder eine Person oder ein Fahrzeug nach § 17 HSOG ausgeschrie-

ben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht (Nr. 3). Insoweit wird der Anlass der automatisierten Erhebung **hinreichend klar bestimmt** (vgl. BVerfG, NJW 2008, 1505, 1509).

2. Die Datenerhebung wie auch die Datenverwendung dient präventiven Belangen. Der Gesetzentwurf stellt dies durch die detaillierten Tatbestandsbeschreibungen ausdrücklich klar. Mit dieser Abgrenzung zu Maßnahmen der Strafverfolgung bestehen an der **Gesetzgebungskompetenz des Landes Hessen** keine Zweifel (vgl. BVerfG, NJW 2008, 1505, 1513).

3. Im Unterschied zur Fassung des § 14 Abs. 5 HSOG in der Bekanntmachung vom 14. Januar 2005 (GVBl. I S. 14) ist die bisher verdachts- und ereignisunabhängige automatisierte Kennzeichenerhebung zum Zwecke des Abgleichs mit dem Fahndungsbestand nun gemäß § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 jeweils i.V.m. Satz 2 HSOG-E an das Vorliegen einer **gegenwärtigen Gefahr** gebunden. Demnach fordert der Gesetzentwurf, dass das schädigende Ereignis entweder bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in allernächster Zukunft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht (vgl. zu dieser Definition einer gegenwärtigen Gefahr BVerfGE 115, 320, 363 – Beschluss vom 4. April 2006, 1 BvR 518/02 – *Präventive polizeiliche Rasterfahndung*).

   Das BVerfG spricht in seinem Urteil vom 11. März 2008 dagegen nur vom Erfordernis der Abwehr einer **konkreten Gefahr** (NJW 2008, 1505, 1516) und verlangt demnach eine Sachlage, bei der im konkreten Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die zu schützenden Rechtsgüter eintreten wird (vgl. auch BVerfGE 115, 320, 364). „Die für die Feststellung einer konkreten Gefahr erforderliche Wahrscheinlichkeitsprognose muss sich auf Tatsachen beziehen. Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen ohne greifbaren, auf den Einzelfall bezogenen Anlass reichen nicht aus“ (so zuletzt BVerfGE 115, 320, 364; vgl. auch 69, 315, 353 f. – Beschluss vom 14. Mai 1985, 1 BvR 233, 341/81 – *Brokdorf*; 44, 353, 381 f. – Beschluss vom 24. Mai 1977, 2 BvR 988/75 – *Durchsuchung Drogenberatungsstelle*).

   Somit reicht zwar von Verfassungs wegen für eine automatisierte Kennzeichenerfassung das Vorliegen bloß tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Gefahr nicht aus, es muss jedoch auch keine gegenwärtige Gefahr für die zu schützenden Rechtsgüter bestehen. Geboten ist lediglich, die Eingriffsbefugnisse an das Vorliegen einer konkreten Gefahr zu binden. Der Gesetzentwurf geht über dieses Erfordernis hinaus und normiert insoweit engere Voraussetzungen.

4. Der Gesetzgebungsvorschlag sieht vor, dass die automatisierte Kennzeichenerfassung nur „offen“ soll erfolgen dürfen. § 36a BbgPolG enthält diese Einschränkung nicht. Unklar ist, was in § 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG-E die Formulierung **„ohne Wissen der Person“ bei „offenem Einsatz technischer Mittel“** bedeuten soll. Der Wortlaut kann allenfalls so verstanden werden, dass zwar die für die Erfassung eingesetzte Kamera für den Vorbeifahrenden wahrnehmbar sein soll („offene“ Erhebung), er allerdings nicht erkennen können muss, ob beim

anschließenden Datenabgleich ein Trefferfall registriert wird („ohne Wissen“). Diese Aufspaltung eines einheitlichen Vorgangs erscheint indes unplausibel und im praktischen Vollzug ohne Sinn. Sie führt auch nicht zu einem Mehr an Rechtsschutz für den Betroffenen. Bei der automatisierten Kennzeichenerfassung handelt es sich um eine zulässige verdeckte Datenerhebung (BVerfG, NJW 2008, 1505, 1516). Sie an den „offenen Einsatz“ der technischen Mittel zur Datenerhebung zu binden, ist weder verfassungsrechtlich geboten noch in der Abgrenzung zu einem „verdeckten Einsatz“ praktisch (nach-)vollziehbar.

5. Die polizeiliche Beobachtung und Observation gemäß § 17 HSOG soll nun nach Maßgabe des novellierten § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E mit der automatisierten Kennzeichenerfassung als Anschlussbefugnis verbunden werden. Der Gesetzentwurf reagiert damit auf die bundesverfassungsgerichtliche Vorgabe der Beachtung des Parlamentsvorbehalts (BVerfG, NJW 2008, 1505, 1512). Die Norm scheint indes mit § 17 HSOG nicht hinreichend abgestimmt. Während die Zulässigkeit der polizeilichen Beobachtung an die aufgrund der Gesamtwürdigung einer Person gewonnene Erwartung anknüpft, dass sie auch zukünftig (irgendwelche) Straftaten (mit erheblicher Bedeutung) begehen wird, setzt der Halbsatz 2 des § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E voraus, dass **„die für die Ausschreibung relevante“** (bestimmter Artikel!) Straftatenbegehung bevorsteht. Auch wird der Einsatz der automatisierten Kennzeichenerfassung weitergehend beschränkt, indem diese Straftaten **„unmittelbar“** bevorstehen müssen. Diese verfassungsrechtlich nicht gebotene Begrenzung (vgl. BVerfG, NJW 2008, 1505, 1512) nimmt der Maßnahme nahezu jede praktische Effektivität. Es besteht, soweit ersichtlich, allenfalls ein denkbar geringes Anwendungsfeld, etwa wenn den Polizeibehörden nicht nur die Person oder das Fahrzeug, sondern auch bekannt ist, dass von ihr bzw. mit ihm in allernächster Zeit mit höchster Wahrscheinlichkeit eine Straftat begangen werden wird, jedoch zur Straftatenverhütung noch der genaue Standort ermittelt werden muss.

6. Die bisherige Fassung des § 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG enthielt mit dem Wortlaut „auf öffentlichen Straßen und Plätzen“ eine Begrenzung der Kennzeichenerfassung auf den **öffentlichen Verkehrsraum**. Hier dient das Kfz-Kennzeichen der Identifizierung (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 3 StVO). Das hat grundrechtserhebliche Auswirkungen: „Der öffentliche Charakter des durch die automatisierte Kennzeichenerfassung erfassten Verhaltens beseitigt im Trefferfall zwar nicht die Eingriffsqualität, reduziert aber das Gewicht des Eingriffs für den Einzelnen“ (BVerfG, NJW 2008, 1505, 1508). Der Novellierungsvorschlag des Gesetzentwurfs enthält diese örtliche Beschränkung jedoch nicht. Im Vergleich zur geltenden Regelung weist sie daher insoweit eine höhere Eingriffsintensität auf.

7. Mit den in § 14 Abs. 5 Sätze 2 ff. HSOG-E geregelten Anforderungen an den Datenabgleich, die Datenbearbeitung und Datenverarbeitung beabsichtigt der Gesetzentwurf demgegenüber, den Umfang bzw. den Verwendungszweck der Datenmaßnahme zugunsten des Persönlichkeitsschutzes weiter einzuschränken, als dies in der aktuellen Regelung des § 14 Abs. 5 HSOG normiert ist.

a) Erlaubt werden soll nur ein **Abgleich** mit Daten, die (auch aufgrund anderer Befugnisnormen) **„zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1“** gespeichert sind. Verboten ist also ein „Durchgriff“ auf polizeiliche Datenbestände, die unter niedrigeren Voraussetzungen der Gefahrenabwehr gehalten werden. Das Schutzniveau der Erhebungsvoraussetzungen soll sich so auf die Verwendungsmöglichkeiten der erhobenen Daten erstrecken. Verfassungsrechtlich geboten ist diese Verkürzung des Anwendungsbereichs der automatisierten Kennzeichenerfassung jedoch nicht (vgl. BVerfG, NJW 2008, 1505, 1516).

b) Die folgenden § 14 Abs. 5 Sätze 3 bis 7 HSOG-E sind **systematisch** und sprachlich verunglückt. Die **„Datenübereinstimmung“** in Satz 3 meint offenbar einen anderen Tatbestand als die „Datenübereinstimmung“ in Satz 5. Die **„Erstellung von Bewegungsprofilen“** bzw. deren Verbot (Satz 4) bezieht sich sachlich nicht auf den Datenabgleich (Satz 2), sondern auf die Datenverarbeitung im Falle einer festgestellten Datenübereinstimmung (Satz 5).

„Maßnahmen zur Klärung des Sachverhalts“ (Satz 3) durchzuführen, erscheint als eine selbstverständliche Anschlussmaßnahme, deren ausdrückliche Normierung überflüssig ist. Jedenfalls kann dies nicht als Einschränkung sonstiger möglicher Folgemaßnahmen verstanden werden.

Satz 4 bestimmt die regelmäßige Unzulässigkeit der **Erstellung von Bewegungsprofilen**, ermächtigt aber dazu zugleich für den Fall des § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E. Dies genügt den Anforderungen des BVerfG an die Bestimmtheit vertiefter Grundrechtseingriffe (NJW 2008, 1505, 1509 f., 1512). Auch materiell ist diese Ausnahme unbedenklich. Dies gilt auch dann, wenn die Erhebungsvoraussetzung auf die „konkrete“ Gefahr zurückgenommen wird (vgl. BVerfG, NJW 2008, 1505, 1516).

Auch durch die in Satz 6 geregelte **Löschungspflicht** bei fehlender Datenübereinstimmung werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt (vgl. BVerfG, NJW 2008, 1505, 1513). Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) liegt in diesem Fall nicht vor (BVerfG, NJW 2008, 1505, 1506, 1507).

§ 14 Abs. 5 Satz 7 HSOG-E schließt den **flächendeckenden stationären Einsatz** technischer Mittel aus. Der Verzicht auf die Dauererfassung entspricht den unabdingbaren Vorgaben des BVerfG (NJW 2008, 1505, 1515, 1516). Die flächendeckende automatisierte Kennzeichenerfassung mit mobilen Geräten ist freilich ebenfalls unzulässig (vgl. BVerfG, NJW 2008, 1505, 1515).

8. Insgesamt ist festzuhalten, dass die Novelle für die automatisierte Kennzeichenerfassung begrenzte Eingriffsvoraussetzungen und Zweckverwendungen aufweist. Dies entspricht nur zum Teil den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Anforderungen. Der gegebene **Spielraum zwischen der Tiefe des Eingriffs und der Weite des Verwendungszweckes wird nicht ausgeschöpft**. So ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr ebenso wenig erfor-

derlich wie die im Entwurf erfolgte Begrenzung des Verwendungszwecks. Die Kombination von eng gesetzten Eingriffsvoraussetzungen mit einem weiter gefassten Verwendungszweck würde ebenfalls den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. „Möglich sind ferner Kombinationen von enger gefassten Zweckbestimmungen, die die Kennzeichenerfassung auf nicht eingriffsintensive Verwendungszwecke begrenzen, mit entsprechend geringeren Voraussetzungen für die Aufnahme in den Fahndungsbestand und die Voraussetzungen für den Erhebungsanlass“ (BVerfG, NJW 2008, 1505, 1516).

Welchen praktischen Nutzen die vorgeschlagene Novellierung mit seinen begrenzten Eingriffsvoraussetzungen für die polizeiliche Gefahrenabwehr hat, bleibt zudem zweifelhaft. Ob die in den Stellungnahmen zur Sachverständigenanhörung zur ersten Fassung des § 14 Abs. 5 HSOG genannten Einsatzzwecke (vgl. die Nachweise in BVerfG, NJW 2008, 1505, 1510) auf dieser Grundlage noch erreicht werden können, erscheint fragwürdig.

II. Art. 1 Nr. 2 (§ 15 Abs. 4 HSOG-E): Wohnraumüberwachung

§ 15 Abs. 4 HSOG-E regelt die Voraussetzungen, unter denen verdeckt Daten technisch in oder aus Wohnungen sowie Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen erhoben werden dürfen. Dabei wird weiterhin das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person verlangt und damit die Gefahrenstufe, bei der die unmittelbar drohende Gefahr bevorsteht oder sich bereits verwirklicht hat. Insoweit wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 13 Abs. 4 Satz 1 GG („dringende Gefahr“) entsprochen.

1. Im Vergleich zur bisherigen Regelung wird die Überwachung jedoch auf **Räumlichkeiten außerhalb von Wohnungen** ausgeweitet. Zwar fallen auch Gespräche in Räumen, die ausschließlich zu betrieblichen oder geschäftlichen Zwecken genutzt werden, unter den Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG, unterliegen aber bei fehlendem Bezug des konkreten Gesprächs zum Persönlichkeitskern nicht dem gleichen Schutzbedürfnis der „räumlichen Privatsphäre“, da Betriebs- und Geschäftsräumen nach ihrer Zweckbestimmung eine größere Offenheit nach außen zukommt (BVerfGE 109, 279, 320 f. – Urteil vom 3. März 2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 – *Großer Lauschangriff*; E 32, 54, 75 – Beschluss vom 13. Oktober 1971, 1 BvR 280/66 – *Betriebsbetretungsrecht*). Der absolute Schutz setzt erst dann ein, wenn konkret erkennbar ist, dass dort gleichwohl höchstpersönliche Gespräche geführt werden (BVerfGE 109, 279, 321). Die Einbeziehung von „Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen“ in die Regelung des § 15 Abs. 4 HSOG-E und damit deren Unterwerfung unter die gleichen strengen Eingriffsvoraussetzungen, wie sie für private Wohnungen gelten, negiert diesen unterschiedlichen Schutzbedarf und geht daher über das hinaus, was verfassungsrechtlich geboten ist.

2. Das bereits derzeit geltende Verwertungsverbot für unzulässig erlangte Informationen mit Kernbereichsbezug (jetzt § 15 Abs. 4 Satz 3 HSOG-E) wird durch § 15 Abs. 4 Satz 2 HSOG-E insoweit ergänzt, als der **Abbruch der Überwachungsmaßnahme** anordnet werden soll, wenn durch die Überwachung Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung

erlangt werden. Damit soll auch im präventiven Bereich dem mehrfach gestuften Schutzregime, welches der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG den Strafverfolgungsbehörden vorzuschreiben hat, Rechnung getragen werden. Danach hat auf dem Gebiet der Strafverfolgungstätigkeit primär das Verbot zu gelten, aus diesem Kernbereich überhaupt Daten zu erheben, sodann das Gebot, eine unvorhergesehene Erhebung solcher Daten abzubrechen und schließlich die Maßgabe, die erlangten Erkenntnisse jeder weiteren Verwertung zu entziehen (BVerfGE 109, 279, 318 f., 324). In jüngerer Zeit verlagerte das Gericht den Kernbereichsschutz allerdings von der Erhebung zur Auswertung, wenn sich die Kernbereichsrelevanz der erhobenen Daten vor oder bei der Datenerhebung nicht klären lässt, etwa weil bei fremdsprachlichen Gesprächen eine inhaltliche Datenanalyse während der Erhebung nicht möglich ist (BVerfG, NJW 2008, 822, 834 – Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – *Online-Durchsuchung*; ebenso können die Andeutungen in BVerfGE 113, 348, 392 – Urteil vom 27. Juli 2005, 1 BvR 668/04 – *Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen* gelesen werden). Das damit verbundene Risiko ist verfassungsrechtlich hinzunehmen „bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und einer durch konkrete Anhaltspunkte gekennzeichneten Lage, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lässt“ (BVerfGE 113, 348, 392; vgl. auch BVerfG, NJW 2008, 822, 834).

Neben dieser Relativierung eines gesetzlichen Abbruchgebots ist erneut (vgl. Hess. LT, Ausschussvorlage INA/16/23, S. 258, 266 f.) ganz grundsätzlich auf den Unterschied aufmerksam zu machen, der zwischen der Strafverfolgungstätigkeit, auf den sich die vorerwähnte Rechtsprechung bezieht, und der Situation der Gefahrenabwehr besteht. Diese dient primär dem Schutz des Opfers und nicht der Überführung des Täters, so dass schnelles Handeln unter Zeitdruck notwendig ist. Das wirft durchaus die Frage auf, ob es hier nicht weiterhin ausreichend ist, lediglich ein Verwertungsverbot zu normieren. Im Übrigen ist ein Abbruchgebot vom BVerfG ausdrücklich nur für den Bereich der (repressiven) (Privat-)Wohnraumüberwachung gefordert worden (NJW 2007, 2753, 2757 – Beschluss vom 11. Mai 2007, 2 BvR 543/06 – *Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung* mit Verweis auf BVerfGE 109, 279, 324). Für Gespräche in Betriebs- und Geschäftsräumen ist es hingegen geradezu prägend, dass hier eine Vermutung für eine fehlende Kernbereichsrelevanz besteht (BVerfGE 109, 279, 320; 34, 238, 248 – Beschluss vom 31. Januar 1973, 2 BvR 454/71 – *Tonband*, vgl. auch § 100c Abs. 4 Satz 2 StPO). Jedenfalls bei der präventiven Betriebs- und Geschäftsraumüberwachung erscheint daher die Normierung eines Abbruchgebotes verfassungsrechtlich nicht geboten.

3. Die von § 15 Abs. 4 Satz 1 HSOG-E beabsichtigte **Herausnahme der Berufsgruppen, die in § 53 StPO besonders geschützt sind**, aus dem Anwendungsfeld der Überwachungsermächtigung ist schon sprachlich missglückt. Zu empfehlen wäre insoweit eine grammatikalisch korrekte Gesetzesformulierung. Hier kann die bundesrechtliche Regelung des § 100c Abs. 6 Satz 1 Hs. 1 StPO Vorbild sein, die zunächst die tatbestandlichen Voraussetzungen aufführt und im Anschluss daran Ausnahmen normiert.

Inhaltlich geht der Novellierungsvorschlag über das verfassungsrechtlich gebotene hinaus. Danach sollen generell die Räumlichkeiten der in § 53 StPO genannten Berufsgeheimnisträger von der Ermächtigung zur präventiven Überwachung ausgenommen sein. Das Erhebungsverbot geht offenbar davon aus, dass zu diesen Personengruppen außerhalb des engen Angehörigenkreises ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, das grundsätzlich dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sei.

Die aus dem gebotenen Kernbereichsschutz herzuleitenden Überwachungsverbote decken sich jedoch nicht mit den Schutzgütern der strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechte. § 53 StPO schützt zwar vom Grundgedanken her ein besonderes Vertrauensverhältnis, allerdings nicht in allen Fällen um der Menschenwürde der Gesprächspartner willen (BVerfG 109, 279, 322). Es ist deshalb zu differenzieren: Ein seelsorgerisches Gespräch fällt ausnahmslos unter den Kernbereichsschutz privater Lebensgestaltung, der bereits durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gesichert wird. Dem Gespräch mit dem Strafverteidiger kommt die zur Wahrung von Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird (BVerfGE 109, 279, 322). Auch Arztgespräche können (nur) im Einzelfall dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zugeordnet werden (BVerfGE 109, 279, 322 f.; 32, 373, 379 – Beschluss vom 8. März 1972, 2 BvR 28/71 – *Ärztliche Schweigepflicht*). Für Parlaments- und Presseangehörigen hingegen folgt das Zeugnisverweigerungsrecht nicht aus betroffenen Persönlichkeitsrechten. Der Schutz wird vielmehr um der Funktionsfähigkeit der jeweiligen Institution (Parlament, Presse) willen gewährleistet (BVerfGE 109, 279, 323).

Ein Gespräch mit einer in § 53 StPO genannten Vertrauensperson fällt daher nicht per se in den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Es kommt vielmehr auf die konkrete Sachlage und Fallgestaltung an (vgl. BVerfGE 80, 367, 373 – Beschluss vom 14. September 1989, 2 BvR 1062/87 – *Tagebuch*; 34, 238, 248). Verfassungsrechtlich reicht es daher aus, wenn das Abhören der Geschäftsräume von Berufsgeheimnisträgern ausgeschlossen wird, sofern im Einzelfall anzunehmen ist, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist (offen gelassen in BVerfGE 109, 279, 329).

4. Kommt es zur Erhebung personenbezogener Daten mit Kernbereichsbezug, ergibt sich die **Löschungspflicht** unverändert aus § 27 HSOG. Gerade bei aufgezeichneten Gesprächen mit Berufsgeheimnisträgern, die den Kernbereich berühren, empfiehlt sich jedoch eine ergänzende verfahrensrechtliche Sicherung zur Beachtung des Verwertungsverbots in Form der Aufnahme eines über § 27 Abs. 2 Nr. 1 HSOG hinausgehenden unverzüglichen Löschungsgebots (vgl. BVerfG, NJW 2008, 822, 834; BVerfGE 113, 348, 392; 109, 279, 318 f.) sowie einer Dokumentationspflicht (vgl. BVerfGE 109, 279, 333). Als Vorbild kann § 100c Abs. 6 Satz 1 Hs. 2 i.V.m. Abs. 5 Satz 2 und 4 StPO herangezogen werden.

III. Art. 1 Nr. 3 (§ 15a Abs. 4 HSOG-E): Telekommunikationsüberwachung

1. Auch in § 15a Abs. 4 HSOG-E werden die **in § 53 StPO genannten Berufsgeheimnisträger** vom Anwendungsbereich der Telekommunikationsüberwachung ausgenommen.

Doch der Bürger ist zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung. Deshalb enthält Art. 10 Abs. 1 GG anders als Art. 13 GG keine spezifischen Eingriffsvoraussetzungen, sondern nur die impliziten Verweise auf die allgemeinen rechtsstaatlichen Eingriffskautelen. Allerdings 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 der individuellen Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung (BVerfGE 113, 348, 391). Diese Anforderungen können jedoch nicht über diejenigen zum Kernbereichsschutz in Wohnungen hinausgehen (vgl. BVerfGE 113, 348, 391; 109, 279, 313 f.). Auch insoweit kommt es also auf den konkreten Einzelfall an, ob ein Telefongespräch, das mit einem Berufsgeheimnisträger geführt wird, Kernbereichsrelevanz aufweist. Daher wird auf die obigen Ausführungen zu § 15 Abs. 4 HSOG-E verwiesen. Die generelle Herausnahme der in § 53 StPO aufgeführten Personen aus dem Bereich der Telekommunikationsüberwachung ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

2. Neben dem zwingend erforderlichen **Verwertungsverbot** (vgl. BVerfG, NJW 2008, 822, 834; BVerfGE 113, 348, 391 f.; 109, 279, 319, 324, 328; 44, 353, 383 f.; 34, 238, 245 ff.) sieht die Novelle ferner nun auch für die Telekommunikationsüberwachung ein **Abbruchgebot** vor, wenn durch die Überwachungsmaßnahmen Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Allerdings ist auch bei Abhörmaßnahmen dieses Risiko nicht immer vorhersehbar und daher nicht gänzlich auszuschließen (BVerfGE 113, 348, 392). Zudem wird in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung gesagt: „In solchen Fällen ist es verfassungsrechtlich nicht gefordert, den Zugriff wegen des Risikos einer Kernbereichsverletzung auf der Erhebungsebene von vornherein zu unterlassen, da Grundlage des Zugriffs auf das informationstechnische System tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Schutzgut sind“ (BVerfG, NJW 2008, 822, 834; vgl. auch BVerfGE 113, 348, 392 und die Ausführungen zu § 15 Abs. 4 Satz 2 HSOG-E).

Somit fragt sich, ob es nicht auch für den Grundrechtsschutz des Fernmeldegeheimnisses (der gegenüber dem Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung geringer ausfällt) genügt, wenn der Gesetzgeber „durch geeignete Verfahrensvorschriften sicherstellt, dass dann, wenn Daten mit Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung erhoben worden sind, die Intensität der Kernbereichsverletzung und ihre Auswirkungen für die Persönlichkeit und Entfaltung des Betroffenen so gering wie möglich bleiben“ (BVerfG, NJW 2008, 822, 834).

IV. Art. 1 Nr. 4 (§ 26 Abs. 1 Satz 1 HSOG-E): Präventive polizeiliche Rasterfahndung

Nach dem Mehrheitsvotum in der Entscheidung des BVerfG vom 4. April 2006 ist die präventive Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nur dann vereinbar, wenn ein **hochrangiges Rechtsgut konkret gefährdet** ist (BVerfGE 115, 320, 346). Die vorgeschlagene Novellierung des § 26 Abs. 1 Satz 1 HSOG-E genügt diesen Anforderungen.

Die genannten Schutzgüter des Bestandes oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes, des Lebens, der Gesundheit oder der Freiheit sind von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht. An ihrer überragenden Wichtigkeit und dem besonderen öffentlichen Interesse an ihrer Integrität können keine Zweifel bestehen (vgl. BVerfGE 115, 320, 346). Nichts anderes kann für drohende gleichgewichtige Schäden für die Umwelt gelten, insofern das Ausmaß der Schadensbedrohung derjenigen für Leben und Gesundheit gleichgestellt und daher in der Regel mit dieser zusammenfallen wird.

Der Einsatz des präventiv-polizeilichen Mittels der Rasterfahndung zum Schutz dieser Rechtsgüter ist nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aber nur zulässig, „wenn der Gesetzgeber rechtsstaatliche Anforderungen dadurch wahrt, dass er den Eingriff erst von der Schwelle einer hinreichend konkreten Gefahr für die bedrohten Rechtsgüter an vorsieht“ (BVerfGE 115, 320, 357; vgl. auch 360 und 363 f.). Für das Vorliegen einer solchen Gefahr sind die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts für benannte Rechtsgüter und eine konkrete Tatsachenbasis für die Wahrscheinlichkeitsprognose zu verlangen (BVerfGE 115, 320, 364). Neben einer allgemeinen Bedrohungslage (wie sie seit dem 11. September 2001 besteht) oder außenpolitischen Spannungslagen müssen daher weitere Tatsachen vorliegen, aus denen sich eine konkrete Gefahr ergibt. Dabei kann ausreichend sein, dass tatsächliche Anhaltspunkte für die Vorbereitung terroristischer Anschläge oder dafür bestehen, dass sich in Deutschland Personen für Terroranschläge bereithalten, die in absehbarer Zeit verübt werden sollen (BVerfGE 115, 320, 364 f.). Dem trägt die Neufassung des § 26 Abs. 1 Satz 1 HSOG-E Rechnung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Hans-Detlef Horn

Univ.-Prof. Dr. jur. Dirk Heckmann
Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht
Universität Passau

Gutachterliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung

LT-Drs. 17/133

4.08.2008

Vorbemerkung

Anlässlich der Sachverständigenanhörung vor dem Innenausschuss des Hessischen Landtages am 18. September 2008 wurde ich gebeten, eine schriftliche Stellungnahme einzureichen. Dem komme ich hiermit gerne nach. Die Ausführungen beziehen sich weitgehend auf die Beurteilung der verfassungsrechtlichen bzw. verfassungsgerichtlichen Risiken. Eine rechtspolitische Bewertung findet nur in wenigen Fällen statt und ist dann ausdrücklich als solche gekennzeichnet. Auf alternative Regelungsmöglichkeiten wird hingewiesen.

Passau, den 4. August 2008

Prof. Dr. Dirk Heckmann

A. Zu § 14 Abs. 5 HSOG-E

> [1]Die Polizeibehörden können die Kennzeichen von Fahrzeugen ohne Wissen der Person durch den offenen Einsatz technischer Mittel automatisiert erheben, wenn
>
> 1. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist,
>
> 2. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 oder 5 vorliegen oder
>
> 3. eine Person oder ein Fahrzeug nach § 17 ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht.
>
> [2] Die erhobenen Daten können mit zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1 gespeicherten polizeilichen Daten automatisch abgeglichen werden. [3]Bei Datenübereinstimmung sind unverzüglich Maßnahmen zur Klärung des Sachverhalts zu ergreifen. [4]Die Erstellung von Bewegungsprofilen ist außer in Fällen des Satzes 1 Nr. 3 unzulässig. [5]Bei Datenübereinstimmung können die Daten polizeilich verarbeitet und im Falle des Satzes 1 Nr. 3 zusammen mit den gewonnenen Erkenntnissen an die ausschreibende Stelle übermittelt werden. [6]Anderenfalls sind sie unverzüglich zu löschen. [7]Der flächendeckende stationäre Einsatz der technischen Mittel ist unzulässig.

I. Die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 11. März 2008 explizit zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen einer polizeilichen Befugnis zur automatisierten kfz-Kennzeichenerfassung geäußert.[1] Diese sei am Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu messen. Danach sind Kraftfahrzeugkennzeichen grundsätzlich personenbeziehbare Daten. Ihre Erhebung und ihr Abgleich sind Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Werden Daten unmittelbar nach der Erfassung jedoch technisch wieder spurenlos, anonym und ohne Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht, liegt kein Grundrechtseingriff vor. Demgegenüber kommt es zu einem Eingriff, wenn ein erfasstes Kennzeichen im Speicher festgehalten und ggf. Grundlage weiterer Maßnahmen werden kann.
Dieser Eingriff ist beachtenswert, weil die Freiheiten ignoriert werden, über die Preisgabe personenbezogener Daten selbst zu bestimmen, sowie von staatlichen Kontrollmaßnahmen und dem Risiko polizeilicher Behandlungen verschont zu bleiben. Ein derartiger Grundrechtseingriff ist nur zulässig, wenn er im überwiegenden Allgemeininteresse durch ein ordnungsgemäß zustande gekommenes, verhältnismäßiges Gesetz gestattet wird, das Zweck, Voraussetzungen und Grenzen des Eingriffs bereichsspezifisch und bestimmt festlegt.

Die automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen darf insbesondere nicht anlasslos erfolgen oder flächendeckend durchgeführt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist dann nicht gewahrt, wenn die gesetzliche Ermächtigung die automatisierte Erfassung und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen ermöglicht, ohne dass *konkrete Gefahrenlagen*

[1] BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05.

oder *allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen* einen Anlass zur Einrichtung der Kennzeichenerfassung geben.

Eine Regelung über die automatisierte Erfassung der Kraftfahrzeugkennzeichen kann die verfassungsrechtlich geforderten Eingriffsvoraussetzungen auf verschiedenen Ebenen normieren: durch einengende Regelungen erstens für die Aufnahme in die zulässigen Abgleichsdatenbestände, zweitens im Hinblick auf die Erfassung der Kennzeichen selbst und drittens betreffend die weitere Verwertung der gewonnenen Informationen. Diese Ebenen sind in Bezug auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit der Ermächtigung zur Kennzeichenerfassung in ihrem Zusammenwirken zu sehen. Für eine die Verhältnismäßigkeit wahrende Regelung der Voraussetzungen der automatisierten Kennzeichenerfassung scheidet ein weit gefasster Verwendungszweck beispielsweise dann nicht aus, wenn er mit engen Begrenzungen der Eingriffsvoraussetzungen kombiniert ist, wie es die derzeitige brandenburgische Regelung vorsieht (§ 36a Brandenburgisches Polizeigesetz). Möglich sind ferner Kombinationen von enger gefassten Zweckbestimmungen, die die Kennzeichenerfassung auf nicht eingriffsintensive Verwendungszwecke begrenzen, mit entsprechend geringeren Voraussetzungen für die Aufnahme in den Fahndungsbestand und die Voraussetzungen für den Erhebungsanlass.

Vorliegend haben sich die Entwurfsverfasser an der (allgemein für verfassungskonform erachteten) Regelung des brandenburgischen Gesetzgebers orientiert. Bis auf Nuancen wurde die Regelung wortlautgleich übernommen.

II. Stellungnahme

Die Regelung des § 14 Abs. 5 HSOG-E kann im Großen und Ganzen als noch verfassungskonform beurteilt werden, ohne dass allerdings alle Bedenken ausgeräumt werden können. Zwar lehnt sich die Regelung stark an die allenthalben verfassungskonform ausgestaltete Regelung in § 36 BBgPolG an. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Entwurfsregelung - aufgrund des Verweises auf die im Gegensatz zum brandenburgischen Polizeigesetz äußerst weit gefassten Befugnisse zur Identitätsfeststellung - einen viel umfassenderen Anwendungsbereich erhält. Zudem ist die Regelung Einzelheiten betreffend unklar gefasst und lässt eindeutige Hinweise, die das *BVerfG* in seiner Entscheidung vom 11. März 2008 an die Gesetzgeber entsandt hat, außer Acht.

1. Gesetzgebungskompetenzen

Zu den Gesetzgebungskompetenzen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Kennzeichenerfassung nicht abschließend Stellung bezogen. Das Gericht gab aber zu erkennen, dass die präventive Ausrichtung des Einsatzes von Kennzeichenerkennungssystemen sich eindeutig aus der gesetzlichen Befugnisnorm ergeben müsse. Die Eingriffstatbestände in § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 2 HSOG-E haben eine eindeutig präventive Ausrichtung erfah-

ren („Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr“). Gleiches gilt für § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E, der die Verhütung von Straftaten bezweckt.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aufgrund der zulässigen Abgleichsdatenbestände. Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 5 Satz 2 HSOG-E ist ein Abgleich mit überwiegend „repressiven“ Datenbeständen (was möglicherweise eine andere Bewertung der Gesetzgebungszuständigkeit zur Folge hätte) nicht statthaft.

Allerdings erfolgen in der Gesetzesbegründung keinerlei Ausführungen zum zulässigen Inhalt der Abgleichsdatenbestände (wozu angesichts der diesbezüglichen Ausführungen des *BVerfG* durchaus Anlass besteht). Deshalb soll an dieser Stelle klargestellt sein, dass Inhalt des Abgleichsdatenbestandes nach § 14 Abs. 5 Satz 2 HSOG-E allein Daten sein dürfen, die im konkreten Einzelfall zur Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsgüterverletzung (i.S.d. § 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG-E) gespeichert wurden (da der Einsatz der automatisierten Kennzeichenerfassung ausschließlich der Gefahrenabwehr bzw. der vorbeugenden Bekämpfung unmittelbar bevorstehender Straftaten dient).

Ein Einsatz der automatisierten Kennzeichenerfassung zum Zwecke der Strafverfolgung ist stets unzulässig. Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass ein Abgleich mit repressiven Datenbeständen zu Zwecken der Strafverfolgung auch nicht im Hinblick auf die (allgemeine) Regelung des § 98c StPO gerechtfertigt werden kann. Eine präventivpolizeilich zulässige Befugnis zur Kennzeichenerfassung kann in Anwendung allgemeiner Vorschriften zum Datenabgleich zu repressiven Zwecken nicht als Instrument der Strafverfolgungsbehörden nutzbar gemacht werden. Hierfür bedürfte es einer bereichsspezifischen Regelung in der Strafprozessordnung.

2. Grundrechtseingriff – automatisierte Löschung

Werden Daten unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder spurenlos, anonym und ohne Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht, liegt kein Grundrechtseingriff vor[2]. Für diese sog. Nichttreffer-Fälle sieht der Entwurf eine Löschungspflicht in § 14 Abs. 5 Satz 6 HSOG-E vor („Anderenfalls sind sie unverzüglich zu löschen“). Diese Regelung fängt die genannten Anforderungen des *BVerfG* aber nicht vollumfänglich ein. Insoweit ist eine Anlehnung an die Ausführungen des Gerichts („sofort, technisch, spurenlos, anonym … zu löschen“) zu empfehlen. Sollte dem nicht nachgekommen werden, ist eine Rechtsanwendung in verfassungskonformer Interpretation des Gesetzeswortlautes sicherzustellen.

Demgegenüber kommt es zu einem Eingriff, wenn ein erfasstes Kennzeichen im Speicher festgehalten und ggf. Grundlage weiterer Maßnahmen wird (sog. Trefferfall).

[2] BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 - Absatz-Nr. 68.

3. Normenklarheit und Bestimmtheit

a) Erhobene Daten

Es muss ausdrücklich festgelegt sein, **welche Daten überhaupt erhoben werden können**. Mit der gegenwärtig üblichen Erhebung des Kennzeichens durch Videobilder geht notwendig eine Erfassung aller auf dem Bild erkennbaren Einzelheiten einher, möglicherweise auch solcher über die Insassen des Fahrzeugs, sodass - über das bloße Kennzeichen hinaus - weitere Informationen erhoben werden können. Insoweit bedürfen Art und Umfang der zu erhebenden Daten einer gesetzlichen Präzisierung.

Dem wird der Gesetzesentwurf insoweit gerecht, als nach § 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG-E **nur** die **Kennzeichen** von Fahrzeugen erhoben werden dürfen. Freilich erscheint eine derartige Regelung wenig praxisgerecht. Für den tauglichen Einsatz von Kennzeichenerkennungssystemen ist die Erhebung weiterer Informationen wie Ort, Zeit und Fahrtrichtung erforderlich (diese Informationen ergeben sich aus dem technischen System selbst). Dies sollte in der gesetzlichen Ermächtigungsnorm klargestellt werden.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass es in der Anwendungspraxis zur **Erhebung** weiterer, sog. **„technisch unvermeidbarer" Daten** kommen kann, was der Funktionsweise der einzusetzenden Kennzeichenerkennungssysteme geschuldet ist (und insoweit „in der Natur der Sache" liegt): Die zu erfassenden Fahrzeuge werden zunächst durch eine Kamera erfasst, die durch externe Trigger (Radar oder Lichtschranke) ausgelöst wird. Das aufgenommene Bild wird anschließend automatisiert mit Hilfe entsprechender Software auf amtliche Kraftfahrzeugkennzeichen hin untersucht, die Buchstaben- bzw. Ziffernfolge des Kennzeichens wird ausgelesen und zum Zwecke des nachfolgenden Abgleichs digitalisiert. Nach § 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG-E dürfen im Rahmen dieses Vorgangs ausschließlich Kraftfahrzeugkennzeichen (als personenbeziehbare Daten) erfasst werden. Dies kann dadurch sichergestellt werden, dass die eingesetzten Kameras so postiert und ausgerichtet werden, dass ausschließlich Bilder der Kennzeichen erstellt werden. Allerdings lässt sich nicht a priori ausschließen, dass dennoch durch die Kamera weitergehende Informationen eingefangen werden, etwa während des Prozesses der Justierung oder bei Testläufen. Selbst wenn die Kamera ihre endgültige Einstellung und Positionierung gefunden hat, ist es möglich, dass die gefertigten Bildaufnahmen weitergehende Informationen als die erfassten Kennzeichen einfangen. Verfassungsrechtlich ist dies unbedenklich, wenn diese „technisch unvermeidbar erfassten weitergehenden Daten" sofort wieder spurenlos, anonym und ohne Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden[3]. Insoweit drängt es sich auf, dieses Phänomen der unvermeidbar überschießend erhobenen Daten in der gesetzlichen Regelung zu berücksichtigen.

[3] BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 - Absatz-Nr. 68.

b) Anlass und Verwendungszweck

Das *BVerfG* folgert aus dem Bestimmtheitsgrundsatz, dass **Anlass und Verwendungszweck** der automatisierten Erhebung hinreichend klar geregelt sein müssen. Für eine die Verhältnismäßigkeit wahrende Regelung der Voraussetzungen der automatisierten Kennzeichenerfassung scheidet ein weit gefasster Verwendungszweck - wie hier - nicht aus, wenn er mit engen Begrenzungen der Eingriffsvoraussetzungen kombiniert ist (wie es die derzeitige brandenburgische Regelung in § 36 BbgPolG vorsieht).

Vorliegend entspricht die Entwurfsregelung eins zu eins der brandenburgischen Regelung und ist diesbezüglich als verfassungskonform zu beurteilen. Dies gilt uneingeschränkt allerdings nur für die Eingriffsermächtigungen des § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 3 HSOG-E. Hinsichtlich der Befugnis des § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 HSOG-E sind dagegen verfassungsrechtliche Bedenken vorzubringen, da die in Bezug genommenen Vorschriften zur Identitätsfeststellung (§ 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 5 HSOG) wesentlich weiter gefasst sind als die Parallelregelungen des brandenburgischen Polizeigesetzes (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 BBgPolG).[4]

4. Verhältnismäßigkeit

a) Offener und/oder verdeckter Einsatz?

§ 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG-E ist unklar gefasst, soweit er eine Datenerhebung „ohne Wissen der Person“ durch den „offenen“ Einsatz technischer Mittel gestattet.

„Ohne Wissen“ des Betroffenen impliziert eine **Verheimlichung** der Maßnahme gegenüber dem Verkehrsteilnehmer. Eine solche läge dann vor, wenn die eingesetzten technischen Mittel bewusst im Verborgenen positioniert würden, um die Verkehrsteilnehmer über die Vornahme der Kontrolle zu täuschen. Umgekehrt ändert es nichts an der **Offenheit** der Maßnahme, dass eine Kennzeichenkontrolle von manchen Verkehrsteilnehmern nicht bemerkt wird, weil sie auf den Verkehr konzentriert oder auch abgelenkt sind (obwohl die Kontrolle für einen objektiven Beobachter sichtbar vorgenommen wird). Im Übrigen ist es verfassungsrechtlich nicht erforderlich, durch spezielle Warn- und Hinweisschilder auf den Einsatz technischer Mittel zur automatisierten Kennzeichenerkennung aufmerksam zu machen (was in der Praxis im Einzelfall dennoch geschehen kann).

Die beschriebene klare Abgrenzung zwischen heimlichen und offenen Maßnahmen wird durch die verwirrende Regelung in § 14 Abs. 5 Satz 1 HSOG-E verwässert. Eine Streichung der Wörter „ohne Wissen der Person“ wird angeregt.

Es sei auch darauf hingewiesen, dass vorliegend aufgrund der hochrangigen Schutzgüter eine heimliche Erhebung (also „ohne Wissen“ des Betroffenen) offen stünde (jedenfalls bei einer Kennzeichenerfassung nach § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 3 HSOG-E).

[4] Hierzu noch im Einzelnen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit sogleich bei Punkt 4. b) bb.

b) Anordnungstatbestände

aa) § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 HSOG-E

§ 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 HSOG-E bestimmt den Einsatz der Kennzeichenerkennung in Fällen einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person. In dieser Variante der Befugnisnorm wurden die Eingriffsvoraussetzungen – wortlautgleich zur verfassungsrechtlich unbedenklichen Regelung des brandenburgischen Polizeigesetzes in § 36a BbgPolG – eng begrenzt. Sie ist unstreitig verhältnismäßig gefasst[5].

bb) § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 HSOG-E

Die Eingriffsschwellen des § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 HSOG-E erhalten ihre Konturen erst über den Bezug zu den Voraussetzungen der Identitätsfeststellung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 bzw. 5 HSOG. Zwar fordert die Vorschrift kumulativ eine „gegenwärtige Gefahr“, d.h. die Einwirkung des schädigenden Ereignisses muss entweder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorstehen oder bereits begonnen haben[6]. Es fehlen aber wesentliche Einschränkungen wie eine Konkretisierung der zu schützenden Rechtsgüter sowie räumliche bzw. zeitliche Beschränkungen der Maßnahme. Diese ergeben sich ausschließlich aus dem Verweis auf § 18 HSOG.

(1) Verhältnismäßig sowie ausreichend bestimmt und damit verfassungsrechtlich unbedenklich ist die Inbezugnahme von **§ 18 Abs. 2 Nr. 3 HSOG**. Danach kann anlassbezogen (vorausgesetzt wird eine konkrete Bedrohungslage) eine automatisierte Kennzeichenerfassung an besonders **gefährdeten** Objekten, wie etwa Flughäfen, Bahnhöfen oder militärischen Einrichtungen erfolgen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Gefahren des internationalen Terrorismus vermag hier das Instrument der Kennzeichenerkennung einen zusätzlichen Schutz dieser Örtlichkeiten zu vermitteln.

(2) Die Verweisung auf § 18 Abs. 2 Nr. 1 HSOG erscheint dagegen verfassungsrechtlich bedenklich. Eine Kennzeichenerkennung betreffend erscheinen die dort beschriebenen „gefährlichen“ Orte unzureichend beschrieben, die erforderlichen Eingriffsschwellen nicht erreicht. Nach § 14 Abs. 5 Nr. 2 HSOG-E i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 a) aa) HSOG wäre etwa der Einsatz automatisierter Kennzeichenerfassungssysteme statthaft, wenn tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass an einem Ort Personen Straftaten (egal welche!) verabreden, vorbereiten oder verüben. Eine nähere Eingrenzung erfolgt nicht. Dagegen ist nach der brandenburgischen Regelung (§ 36a Abs. 1 Nr. 2 BbgPolG) ein Einsatz des Instrumentariums nur statthaft, wenn die betreffende Straftat „von erheblicher Bedeutung“ ist.

[5] Vgl. BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 - Absatz-Nr. 183.

[6] *Heckmann*, in: Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Aufl. 2008, Teil 3 Rn. 121.

Daneben erscheint auch eine Kennzeichenerfassung nach § 14 Abs. 5 Nr. 2 HSOG-E i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 b) HSOG – also an Orten, an denen Personen der Prostitution nachgehen (Anm.: eine entsprechende Regelung enthält die brandenburgische Parallelvorschrift nicht) - als unverhältnismäßig. Die zu erwartenden geringen Erfolge bei der Verhinderung spezifischer Straftaten aus dem Rotlichtmilieu können kaum in Relation mit dem Einschüchterungseffekt gegenüber „unbescholtenen" Bürgern gebracht werden, der sich dadurch ergibt, dass ihr Aufenthalt an „verrufenen" Orten von staatlichen Stellen erfasst wird.

Im Übrigen ergibt die Verknüpfung der „gegenwärtigen Gefahr" und den „tatsächlichen Anhaltspunkten für die Begehung von Straftaten" bei der Umschreibung der gefährlichen Orte (wie auch bei der brandenburgischen Regelung in dieser Variante) keinen rechten Sinn. Denn wie soll die Vorschrift verstanden werden? Müssen die bestimmten Anhaltspunkte für die Begehung von Straften zugleich eine gegenwärtige Gefahr darstellen oder sollen neben den bestimmten Anhaltspunkten für Straftaten noch gegenwärtige Gefahren für die öffentliche Sicherheit bestehen? Nach Ansicht des Verfassers ist die Regelung in diesem Punkt zu unbestimmt.

(3) Ebenfalls verfassungsrechtlich fragwürdig ist der Einsatz automatisierter Kennzeichenerfassungssysteme an **Kontrollstellen** unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG. Zwar ist eine Kennzeichenerkennung an Kontrollstellen zur Verhinderung schwerwiegender Straftaten oder von Straftaten nach § 27 VersG durchaus ein geeignetes und verhältnismäßig auszugestaltendes Einsatzmittel. Dafür müssen aber die in Bezug genommenen Straftaten auch typischerweise geeignet sein, mit Hilfe einer automatisierten Kennzeichenerkennung wirksam verhindert werden zu können. Dies ist allenthalben nach der brandenburgischen Regelung der Fall. Zur Verhinderung der dort genannten Straftaten (Bildung terroristischer Vereinigungen, schwerer Raub oder räuberische Erpressung usw.) drängt sich der Einsatz von Kennzeichenerfassungssystemen auf. Dies ist vorliegend allerdings nicht der Fall. Aus der uninspirierten Inbezugnahme des Straftatenkatalogs des § 100a StPO (der erst kürzlich wieder erweitert wurde[7]) resultiert eine nicht mehr zu rechtfertigende „Beliebigkeit". Zwar werden nur erhebliche Straftaten in Bezug genommen. Es ist aber nicht ersichtlich, warum Straftaten, zu deren Aufklärung eine Telekommunikationsüberwachung statthaft ist, gerade auch durch den Einsatz von Kennzeichenerfassungssystemen verhindert werden können. Den in § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG i.V.m. § 100a StPO aufgeführten Straftaten ist schon **kein auf die Besonderheiten des Einsatzes von Kennzeichenerkennungssystemen zugeschnittenes gesetzgeberisches Konzept**[8] zu entnehmen. Es ist unerklärlich, welchen Beitrag eine Kennzeichenerfas-

[7] BGBl. I 2007, 3198 (Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG) sowie BGBl. I 2008, 306 (Grundstoffüberwachungsgesetz).

[8] Ähnlich in der Diktion BVerfG, Urt. v. 27.07.2005 - 1 BvR 668/04 - Absatz-Nr. 154 - Telekommunikationsüberwachung [Polizeigesetz Niedersachsen].

sung etwa zur Verhinderung einer Abgeordnetenbestechung, einer Geldwäsche, eines Bankrotts oder einer Steuerhinterziehung leisten soll.

(4) Zusammenfassend kann festgestellt werden: Soweit die Befugnis an die Vorschriften zur Identitätsfeststellung anknüpft, fehlt es an einem Regelungskonzept, das den rechtsstaatlichen Bindungen, die das *BVerfG* in seiner Entscheidung vom 11. März 2008 formuliert hat, vollumfassend gerecht wird. Angesichts der Weite der in Bezug genommenen Regelungen zur Identitätsfeststellung und dem Fehlen eines auf die Besonderheiten des Einsatzes von Kennzeichenerkennungssystemen zugeschnitten Konzepts zur Straftatenverhinderung gelingt kaum ein verhältnismäßiger Ausgleich der Freiheitsinteressen der Bürger und der Sicherheitsinteressen der Gemeinschaft. Will man weiter an die polizeiliche Identitätsfeststellung anknüpfen, bedürfte es einer eingrenzenden, enumerativen Beschreibung der Anlassfälle in der Befugnisregelung selbst sowie der Regelung spezifischer[9] funktionaler, räumlicher und zeitlicher Begrenzungen des Eingriffsinstrumentariums.

cc) § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E

Die in § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E bestimmte Anwendungsmöglichkeit knüpft an die polizeiliche Beobachtung nach § 17 HSOG an. Danach ist eine polizeiliche Ausschreibung von Personen und Fahrzeugen zulässig, wenn eine künftige Begehung von Straftaten von erheblicher Bedeutung droht oder Personen (unter ähnlich strengen Voraussetzungen) nach § 15 Abs. 2 Satz 1 und 2 HSOG observiert werden dürfen. Für den Einsatz der automatisierten Kennzeichenerfassung ist zusätzlich erforderlich, dass die Begehung der genannten erheblichen Straftaten unmittelbar bevorsteht. Unter diesem Aspekt – der zeitlichen Nähe zum Eintritt eines gewichtigen Schadens – ist die Vorschrift verhältnismäßig ausgestaltet. Auch die Erstellung eines „Bewegungsbildes“ (nach § 14 Abs. 5 Satz 4 HSOG-E) begegnet hierbei keinen Bedenken, wird aber angesichts der erforderlichen zeitlichen Nähe zum Schadenseintritt nur in wenigen Fällen von praktischer Relevanz sein; denn regelmäßig wird ein unmittelbarer polizeilicher Zugriff angezeigt sein.

Fragwürdig ist aber die Inbezugnahme des gesamten § 17 HSOG. In der Sache wäre ein Verweis auf die Anordnungsvoraussetzungen des § 17 Abs. 2 HSOG ausreichend. Nachdem in § 17 Abs. 1 HSOG die Aufnahme der Personalien sowie des amtlichen Kennzeichens der zur polizeilichen Beobachtung ausgeschriebenen Person in den „Fahndungstatbestand“ gestattet ist, muss klargestellt werden, dass in den Fällen des § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E ein Abgleich mit dem Fahndungsbestand unstatthaft ist (und angesichts der Vielzahl der darin enthaltenen Daten auch nicht zielführend). Ein Abgleich darf ausschließlich mit den Daten ausgeschriebener Personen erfolgen, die mit den zu verhindernden Straftaten in Verbindung stehen.

[9] Eine (nur) allgemeine Begrenzung ist in § 14 Abs. 5 Satz 7 HSOG-E vorgesehen.

c) Löschungspflichten im Trefferfall, Verwendungsregelungen und Folgemaßnahmen

Für die sog. Trefferfälle enthält § 14 Abs. 5 HSOG-E nur unzureichende Regelungen. Zwar hat das *BVerfG* festgestellt, dass bei einer engen Begrenzung der Eingriffsvoraussetzungen (wie sie die Befugnisse in § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 3 HSOG-E enthalten), auch ein weite Fassung des Verwendungszweckes möglich ist[10]. Dennoch erscheinen vorliegend Präzisierungen erforderlich.

Im Falle einer Datenübereinstimmung für das erfasste Kraftfahrzeugkennzeichen unterliegt der Rechtsanwender praktisch keinen Schranken. Die Polizei kann die gewonnenen Daten „verarbeiten“ (§ 14 Abs. 5 Satz 5 HSOG-E), ohne dass sie hierbei besonderen Einschränkungen unterläge. Sie muss (nach § 14 Abs. 5 Satz 3 HSOG-E) lediglich „unverzüglich Maßnahmen zur Klärung des Sachverhalts ergreifen“. Insoweit entspricht die Vorschrift in ihrer Rechtsfolge im Wesentlichen der weit gefassten polizeilichen Generalklausel. Im Gegensatz zu dieser ist im Falle des Einsatzes von Kennzeichenerfassungssystemen aber aus Gründen einer effektiven Gefahrenabwehr keine derart weit gefasste Regelung erforderlich. Vielmehr stehen die im Falle einer Datenübereinstimmung erforderlichen polizeilichen Maßnahmen von vornherein fest. Es gilt (außer in Fällen des § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 HSOG-E), das betreffende **Fahrzeug anzuhalten** und die **Identität** der darin befindlichen Personen **festzustellen**, um den bestehenden Anfangsverdacht zu verifizieren. Nach Feststellung der Identität ist die Befugnis thematisch verbraucht. Einer Regelung weiterer sog. Folgemaßnahmen bedarf es nicht. Das sich der Identitätsfeststellung anschließende polizeiliche Handeln ist ausschließlich nach den allgemeinen polizeilichen Befugnissen zu beurteilen. Insoweit wäre es für den Gesetzgeber ein leichtes, die gestatteten Grundrechtseingriffe im Falle einer Datenübereinstimmung zu präzisieren: Anstelle „unverzüglich Maßnahmen zur Klärung des Sachverhaltes zu ergreifen“ könnte geregelt werden, dass die Polizei das betreffende Fahrzeug anhalten und die Identität der Insassen feststellen kann. Die Befugnis in § 14 Abs. 5 Satz 4 HSOG-E zur „Datenverarbeitung“ sollte auf die Anlasszwecke beschränkt werden.

Darüber hinaus fehlen bereichsspezifische Regelungen zur Löschung der bei Datenübereinstimmung gespeicherten Daten. In der Praxis wird sich im Trefferfall nicht stets der vermutete Anfangsverdacht bestätigen (was teils auch an der eingesetzten Technik liegt).

So wurden etwa in der bayerischen Polizeipraxis Fälle geschildert, in denen die eingesetzten Systeme häufiger irrelevante Treffer melden würden, weil nicht in jedem Falle bei der Erfassung ein ausländisches Kennzeichen (hier: ein österreichisches) von einem inländischen unterschieden werden könne[11].

Die in einem derartigen Fall gespeicherten Treffer sind zu löschen. Eine entsprechende Löschungsregelung besteht indes nicht. Obwohl ein Rückgriff auf die allgemeine polizeiliche

[10] BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 - Absatz-Nr. 183.

[11] So Polizeioberrat *Schmelzer* in der Sachverständigenanhörung zum Gesetzentwurf der sächsischen Staatsregierung LT-Drs. 4/10883: „Syntaxproblem von Stuttgarter und Salzburger Kennzeichen“.

Regelung zur Löschung nicht mehr erforderlicher Daten nach § 27 Abs. 2 Nr. 2 HSOG möglich ist, sollte eine bereichsspezifische Regelung in die Ermächtigung des § 14 Abs. 5 HSOG-E aufgenommen werden.

d) Verfahrensvorkehrungen

Spezifische Verfahrensvorkehrungen sind nicht erforderlich. Aus der Rechtsprechung des *BVerfG* ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte für weitergehende verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen.

Zwar wurde in der vom *BVerfG* für „mustergültig“ befundenen Regelung des Brandenburgischen Gesetzgebers eine Berichtspflicht an das Parlament etabliert (vgl. § 36a Abs. 3 BBgPolG); zwingend erforderlich ist eine solche aber nicht.

Vorliegend drängt sich als zusätzliches Sicherungsinstrument die Etablierung eines sog. Behördenleitervorbehaltes auf. Einerseits könnte dadurch einer überzogenen Anwendungspraxis mit übermäßig häufigen bzw. breit angelegten Kontrollen wirksamer begegnet werden. Andererseits würde ein Gleichklang mit den Regelungen zur Errichtung von Kontrollstellen nach § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG und zur polizeilichen Beobachtung nach § 17 Abs. 4 HSOG hergestellt, bei denen ebenfalls ein Behördenleitervorbehalt besteht. Nachdem entsprechende Eingriffe durch den Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme vertieft werden, wäre es systemwidrig, die Anordnung dieser Maßnahmen nicht unter einen Behördenleitervorbehalt zu stellen.

II. Rechtspolitischer Ausblick

Nach der gegenständlichen Regelung soll der Einsatz von Kennzeichenerkennungssystemen ausschließlich zur Abwehr „gegenwärtiger“ Gefahren für hochrangige Rechtsgüter erfolgen dürfen. (Hinsichtlich der Regelung in § 14 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 HSOG-E ist dieses Regelungsvorhaben allerdings missglückt.) Diese Selbstbeschränkung ist ihrem Anwendungsbereich nach aber so eng gefasst, dass sie praktisch kaum jemals greifen wird. Obwohl dem Verfasser keine Zahlen aus dem „Vergleichsland“ Brandenburg vorliegen, wird der Einsatz von Kennzeichenerfassungssystemen auf wenige Fälle beschränkt sein. Ob der Gesetzgeber insoweit auf eine beschränkende Regelung verzichten will (wie etwa in Schleswig-Holstein) oder nicht, unterfällt seiner Einschätzungsprärogative. Zweifel an der Geeignetheit der Maßnahme bestehen trotz der eng begrenzten Anwendungsmöglichkeiten und des Bestehens von Handlungsalternativen (z.B. die Errichtung von Kontrollstellen) nicht.

Allerdings verwundert es, dass die Entwurfsverfasser den Einsatz von Kennzeichenerfassungssystemen **zur Sicherstellung gestohlener bzw. abhanden gekommener Kraftfahrzeuge** und Kraftfahrzeugkennzeichen nicht in Betracht gezogen haben, obwohl das Bundesverfassungsgericht diese Fälle ausdrücklich als mögliche - wenig eingriffsintensive - Anwen-

dungsfälle einer automatisierten Kennzeichenerkennung anführt[12]. Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Landes Hessen bestünden jedenfalls nicht. Die durch eine entsprechende Regelung intendierte Rückführung gestohlener Kraftfahrzeuge ließe eine eindeutige präventivpolizeiliche Ausrichtung der Maßnahme erkennen. Der Zweck einer solchen Regelung wäre nicht auf die Strafverfolgung gerichtet. Denn einerseits werden gestohlene oder mit gestohlenen Kennzeichen versehene Kraftfahrzeuge vielfach als Werkzeuge oder Mittel zur Begehung weiterer Straftaten genutzt, die es zu verhindern gilt[13]. Andererseits stellt der Diebstahl eines Kraftfahrzeuges in jedem Fall eine fortdauernde Störung der öffentlichen Sicherheit dar, wodurch der präventivpolizeiliche Handlungsbereich eröffnet ist[14]. Dass von einer entsprechenden Befugnis nicht Gebrauch gemacht werden soll, ist vor dem Hintergrund der hessischen Gesetzgebungsentwicklung schwer verständlich. Noch in der Gesetzesbegründung der (verfassungswidrigen) Vorgängerregelung wurde das Auffinden gestohlener bzw. mit gestohlenen Kennzeichen versehener Kraftfahrzeuge als Hauptanwendungsbereich der Befugnis bezeichnet[15] (ohne dass sich dies allerdings aus dem Wortlaut der viel zu weit gefassten Regelung unmittelbar ergeben hätte).

[12] BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 - Absatz-Nr. 82.

[13] *Soria*, DÖV 2007, 779.

[14] *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 672 f.; *Soria*, DÖV 2007, 779.

[15] Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Achtes Gesetz zur Änderung des hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, LT-Drs. 16/2352 S. 15 f.

B. Zu § 15 Abs. 4 und § 15a Abs. 4 HSOG-E

I. Wohnraumüberwachung, § 15 Abs. 4 HSOG-E

> [1]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. [2]Wird erkennbar, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden, ist diese sofort abzubrechen. [3]Bereits erlangte Informationen unterliegen einem Verwertungsverbot. [4]§ 38 Abs. 7 gilt entsprechend, soweit die Datenerhebung nicht mit technischen Mitteln erfolgt.

1. Zum Regelungsentwurf

Die Neuregelung zum Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen begegnet keinen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Nach hier vertretener Auffassung ist die Vorschrift allerdings zu eng gefasst und teils unglücklich formuliert. Überflüssig und verwirrend ist etwa, dass als Schutzgut neben der Wohnung Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume aufgeführt werden. Die zuletzt genannten Räumlichkeiten unterfallen bereits dem verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff[16]. Einfachgesetzlich stellt dies auch die Regelung in § 38 Abs. 1 HSOG klar. Dort ist geregelt, dass die „Wohnung“ auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume umfasst. Eine Streichung wird angeregt.

Zudem wird darauf hingewiesen, dass es verfassungsrechtlich nicht geboten ist, alle in § 53 StPO genannten Berufsgeheimnisträger von Überwachungsmaßnahmen auszunehmen[17]. Trotz der eng begrenzten Regelung fehlen verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen. Ein Verweis auf die allgemeine Löschungsregelung nach § 27 HSOG ist nach hier vertretener Auffassung nicht ausreichend. Zudem ist eine erforderliche Dokumentation der Löschung von Daten mit Kernbereichsbezug nicht vorgesehen. Insgesamt wird eine gründliche Revision des Regelungsentwurfs zur akustischen und optischen Wohnraumüberwachung vorgeschlagen.

2. Kernbereichsschutz und besonders geschützte Personengruppen bei der präventiven Wohnraumüberwachung

a) 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

[16] BVerfGE 32, 54 (68 ff.); BVerfGE 76, 83 (88).
[17] Hierzu sogleich B. I. 2.

jeweiligen **Gesprächsinhalt** bestimmt, der prognostisch[18] zu ermitteln ist. Als Indikatoren für einen möglichen Kernbereichsbezug sollen bei der erforderlichen Wahrscheinlichkeitsprüfung in typisierender Weise teils der Ort des Gesprächs (Privatwohnung oder Geschäftsraum)[19] und insbesondere die potentiellen Gesprächspartner (Familienangehörige oder sonstige engste Vertraute) nutzbar gemacht werden. Allerdings besteht **kein Schutz**, soweit Gespräche betroffenen sind, die Angaben über begangene Straftaten enthalten[20]. Dieser „Ausnahmetatbestand" ist im Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 GG dahingehend zu erweitern, als dass es sich um Gespräche handeln muss, die Angaben über dringende Gefahren für die öffentliche Sicherheit i.S.d. Art. 13 Abs. 4 GG enthalten. Im Bereich des Art. 13 Abs. 4 GG erscheint es zudem **geboten, dass auch Gespräche mit Kernbereichsbezug abgehört werden dürfen, wenn zu erwarten ist, dass Informationen zur Abwehr von Gefahren für Würde und Leben Dritter gewonnen werden können**. Das bedeutet prinzipiell, dass auch dann abgehört werden darf, wenn nach typisierender Betrachtungsweise ein Kernbereichsbezug besteht, jedoch aufgrund *konkreter* Anhaltspunkte (was strenge Anforderungen im Rahmen der Prognose erfordert) zu vermuten ist, dass in dem betreffenden Gespräch Angaben über Gefährdungen von Würde und Leben Dritter gemacht werden[21].

Diese Auslegung wird zunehmend in der Literatur favorisiert[22]. Dezidiert anderer Auffassung bleibt aber ein Teil des Schrifttums - insbesondere *Kutscha* und *Roggan* – auch angesichts prekärer Fälle wie der Entführung Jakob von Metzlers[23]. Nach deren Ansicht hätte die Wohnung des der Entführung Verdächtigen, in der er sich gewöhnlich mit seiner Freundin aufhielt, nicht überwacht werden dürfen, obwohl die Polizei davon ausgehen musste, dass das Kind an einem unbekannten Ort festgehalten wurde und in Lebensgefahr schwebte.

Generell müssen Überwachungsmaßnahmen in Situationen von vornherein unterbleiben, in denen Anhaltspunkte bestehen, dass die Menschenwürde durch die Maßnahme verletzt wird[24]. Dieser Forderung kann nur mittels einer entsprechenden gesetzlichen Absicherung im Tatbestand der eingriffseröffnenden Norm nachgekommen werden. Wie sich aus den geschilderten Anforderungen des *BVerfG* ergibt, kann dies mittels einer typisierten Prognose eines mögli-

---

[18] „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 NJW 2004, 999 (1004); vgl. *Kötter*, DÖV 2005, 225 (227, 229).

[19] BVerfG NJW 2004, 999 (1004).

[20] BVerfG NJW 2004, 999 (1003).

[21] Vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage 2008, § 28 II 2c, bb mit Hinweis auf die dann gebotenen Lösungspflichten und Verwertungsgebote.

[22] Seit jeher *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 622 ff. und zuletzt mit ausholender und überzeugender Argumentation *Baldus*, JZ 2008, 218 (255 ff.).

[23] *Kutscha/Roggan,* Große Lauschangriffe im Polizeirecht, in: Roggan (Hrsg.), Lauschen im Rechtsstaat, GS Lisken, 2004, S. 32 ff.

[24] BVerfG NJW 2004, 999 (1003).

chen 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 **Abbruch der Aufzeichnungen**, deren **Löschung** und einem obligatorischen **Verwendungsverbot**[25]. Dies muss mittels flankierender gesetzlicher Regelungen gewährleistet werden.

b) Notwendige Beschränkungen gegenüber **Berufsgeheimnisträgern** können sich aus dem absolut zu schützenden Kernbereich der privaten Lebensgestaltung ergeben. Dazu sind folgende Fragen zu beantworten:

(1) Bei welchen Berufsgeheimnisträgern wird nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ein Schutzbedürfnis aus dem unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung abgeleitet?

(2) Welche Regelungsoptionen hat der einfache Gesetzgeber?

Der Kreis der nach der Rechtsprechung des *BVerfG* besonders geschützten Vertrauenspersonen deckt sich nur teilweise mit den in §§ 52 und 53 StPO genannten Zeugnisverweigerungsberechtigten. Die aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung folgenden Abhörverbote sind nicht identisch mit den strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten[26]. Als vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sieht das *BVerfG* aber **seelsorgerische Gespräche mit Geistlichen, Gespräche mit dem Strafverteidiger** und **Arztgespräche** an[27]: „So gehört der Schutz der Beichte oder der Gespräche mit Beichtcharakter zum verfassungsrechtlichen Menschenwürdegehalt der Religionsausübung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Auch dem Gespräch mit dem Strafverteidiger kommt die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird. Arztgespräche können im Einzelfall ebenso dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein“[28].

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 gewährt[29].

Über das verfassungsrechtlich Gebotene hinaus kann der **einfache Gesetzgeber** aber wie vorliegend ein **generelles Erhebungsverbot** bei allen Berufsgeheimnisträgern normieren.

---

[25] BVerfG NJW 2004, 999 (1003); *Kötter*, DÖV 2005, 225 (230); *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage 2008, § 29 II 2c, bb.
[26] BVerfG NJW 2004, 999 (1004).
[27] BVerfG NJW 2004, 999 (1004).
[28] Vgl. dazu auch BVerfGE 32, 373 (379).
[29] BVerfG NJW 2004, 999 (1004).

Bei Berufsgruppen mit typischem Kernbereichsbezug ist für ein Datenerhebungsverbot nicht die Angehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe entscheidend, sondern die Tatsache, ob ein möglicherweise abgehörtes *Gespräch* mit einem geschützten Berufsgeheimnisträger **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 werden. 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 generell Gespräche mit Personen betroffen sein können, die typischerweise den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren (Gespräche mit Geistlichen, Strafverteidigern, Ärzten), dürfen nur dann Überwachungsmaßnahmen eingeleitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte zwischen dem Beschuldigten und diesen Personen keinen absoluten Schutz erfordern. Dies ist insbesondere bei der Gefährdung von Würde und Leben Dritter durch die das Gespräch führenden Personen der Fall[30]. 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[31]. Übertragen auf den gegenständlichen Bereich der präventiven Wohnraumüberwachung bedeutet dies, dass Gespräche mit Kernbereichsbezug nur abgehört werden dürfen,

1. wenn die jeweilige Vertrauensperson selbst an der Planung einer Straftat beteiligt ist oder Angaben zu erwarten sind, die zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Würde und Leben Dritter befähigen oder

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

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: Bei Gesprächen mit Berufsgruppen, die keinen typischen Kernbereichsbezug aufweisen, können 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.

[30] BVerfG NJW 2004, 999 (1006).
[31] BVerfG NJW 2004, 999 (1006).

II. Telekommunikationsüberwachung, § 15a Abs. 4 HSOG-E

> [1]Die Maßnahmen dürfen sich nicht gegen die in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsgeheimnisträger richten. [2]Wird erkennbar, dass durch die Maßnahmen Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden, sind diese sofort abzubrechen. [3]Bereits erlangte Informationen unterliegen einem Verwertungsverbot.

1. Bewertung der Vorschrift

Die Regelung ist verfassungskonform ausgestaltet. Allerdings könnte wie bei § 15 Abs. 4 HSOG-E eine generelle „Herausnahme“ aller Berufsgeheimnisträger aus dem Anwendungsbereich rechtspolitisch angezweifelt werden.

Angesichts der praktischen Relevanz des Eingriffsmittels ist darauf hinzuweisen, dass – anders als es die Entwurfsregelung impliziert – ein Mithören in „Echtzeit“ verfassungsrechtlich nicht gefordert ist, um ein sofortiges Abbrechen der Maßnahme zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung zu gewährleisten. Vielmehr steht es dem Gesetzgeber offen, eine Aufzeichnung der Telekommunikation zu gestatten und den erforderlichen Kernbereichsschutz erst im Rahmen der Auswertungsphase zu gewährleisten. Um die Regelungsoptionen zu illustrieren, soll kurz die Rechtsprechung des *BVerfG* zur präventiven Telekommunikationsüberwachung dargestellt werden.

2. Der erforderliche Kernbereichsschutz bei der präventiven Telekommunikationsüberwachung

Mit Urteil vom 27. Juli 2005[32] hat das *BVerfG* einfachgesetzliche Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei Maßnahmen der gefahrenabwehrrechtlichen Telekommunikationsüberwachung gefordert, gleichzeitig aber anerkannt, dass hier andere – abgesenkte - Maßstäbe als im Falle einer Wohnraumüberwachung anzulegen sind.

Eine besondere Regelung, insbesondere eine solche, die die Polizeibehörden verpflichtete, prognostisch eine mögliche Kernbereichsrelevanz der Gespräche vor der Beantragung, Anordnung und Durchführung der Maßnahme im Sinne präventiven Rechtsschutzes zu prüfen, ist – anders als bei der akustischen Wohnraumüberwachung – bei der Telekommunikationsüberwachung nicht erforderlich und wäre auch nicht praktikabel. Bei der Nutzung eines Mediums, das auf die Entfernung der Kommunizierenden voneinander angelegt ist, typischerweise keinen der Wohnung vergleichbaren Rahmen für den Austausch höchstpersönlicher Informationen bietet und dessen Nutzung nicht nur die Inanspruchnahme der Dienste Dritter erfordert, sondern auch im Bereich des Mobilfunks vielfach in der Öffentlichkeit stattfindet, besteht in ungleich geringerem Maße die Gefahr der Erfassung kernbereichsrelevanter Gesprä-

[32] BVerfG NJW 2005, 2603 ff.

che als bei der akustischen Wohnraumüberwachung. Ein vorbeugender Schutz für jegliche denkbare Gefährdung dieses Kernbereichs durch eine Telekommunikationsüberwachung wäre praktisch nicht umsetzbar, da sich – worauf das *BVerfG*[33] hinweist – Anhaltspunkte für die Kernbereichsrelevanz eines Gesprächs in aller Regel erst aus dem Gespräch selbst ergeben.

Theoretisch könnte die Erfassung kernbereichsrelevanter Kommunikation bei einer Telekommunikationsüberwachung allerdings durch ein Mithören in Echtzeit weitgehend abgewendet werden. Sobald ein zu überwachendes Gespräch kernbereichsrelevant wird, wäre das Abhören und Aufzeichnen der Telekommunikation zu unterbrechen oder gar endgültig zu beenden. Ein solches Vorgehen ist indessen – wie der Bundesgesetzgeber überzeugend dargelegt hat[34] – praktisch nicht durchführbar:

> „Ein Großteil der derzeit überwachten Telekommunikation wird beispielsweise in fremden, zum Teil nicht ohne weiteres identifizierbaren Sprachen und Dialekten und darüber hinaus unter Benutzung von Geheimcodes geführt. Selbst bei ständigem parallelem Mithören durch einen Dolmetscher könnte hierbei nicht gewährleistet werden, dass der Inhalt der Gespräche sofort zutreffend erfasst und übersetzt wird. Oftmals ist hierfür vielmehr das wiederholte Abspielen und Anhören der aufgezeichneten Kommunikation unter Einbeziehung der bisherigen Erkenntnisse des Verfahrens unabdingbar. Darüber hinaus sind manche Gespräche aus sonstigen, der Nutzung des Mediums geschuldeten Gründen (z.B. Hintergrundrauschen, schlechter Empfang) kaum ohne technische Aufbereitung beim ersten Hören zu verstehen."

Auch das *BVerfG* hat kein Mithören in Echtzeit bei der Telekommunikationsüberwachung gefordert, sondern ausgeführt, dass insoweit nicht dieselben strengen Maßstäbe wie bei einer akustischen Wohnraumüberwachung anzulegen sind. Dementsprechend wird auch in der polizeilichen Literatur vertreten, dass ein uneingeschränktes Verwendungsverbot nach Auswertung der aufgezeichneten Telekommunikationsinhalte zur Sicherung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ausreichend ist[35].

Aus diesem Verwendungsverbot kann sich dann in Einzelfällen dennoch die Verpflichtung ergeben, die Maßnahme gegen einen Dritten zu unterbrechen, etwa wenn es sich um eine (ausnahmsweise) in Echtzeit erfolgende Telekommunikationsüberwachung handelt und dabei ein Gespräch als Verteidigergespräch erkannt wird.

---

[33] BVerfG NJW 2005, 2603 (2612).

[34] BT-Drs. 16/5846 S. 44.

[35] So etwa *Gusy*, NdsVBl. 2006, 65 (69).

C. Zu § 26 Abs. 1 Satz 1 HSOG-E

> 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.

In seiner Entscheidung vom 04.April 2006 hat das *BVerfG* klargestellt, dass eine präventive Rasterfahndung nur bei einer hinreichend konkreten Gefahr für hochrangige Rechtsgüter mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar ist, nicht jedoch im Vorfeld der Gefahrenabwehr[36]. Die Entwurfsregelung setzt die Anforderungen des Gerichts in angemessener Weise um. Gesetzestechnisch scheint dabei der letzte Halbsatz der Entwurfsregelung („wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Abwehr der Gefahr erforderlich und dies auf andere Weise nicht möglich ist“) weitestgehend entbehrlich. Es wäre ausreichend, die Befugnis daran zu koppeln, dass die Maßnahme „zur Abwehr einer konkreten Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit oder Freiheit erforderlich“ sein muss. Der Erwähnung des Schutzgutes der „gleichgewichtigen Schäden für die Umwelt“ kommt nach hier vertretener Ansicht neben den anderen genannten Schutzgütern kein eigenständiger Anwendungsbereich zu und könnte gestrichen werden. Dies ändert aber nichts daran, dass die Entwurfsregelung verfassungskonform gefasst ist.

[36] BVerfG, Urt. v. 04.04.2006 - 1 BvR 518/02.

DEUTSCHER
JOURNALISTENVERBAND

DJV LANDESVERBAND HESSEN

GEWERKSCHAFT
DER JOURNALISTEN

RHEINBAHNSTRASSE 3
65185 WIESBADEN

TEL.: 0611/3 41 91 24
FAX: 0611/3 41 91 30

INFO@DJVHESSEN.DE
WWW.DJVHESSEN.DE

DJV HESSEN · RHEINBAHNSTRASSE 3 · 65185 WIESBADEN

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende
des Innenausschusses
Postfach 3240

65022 Wiesbaden

EINGEGANGEN
12. Aug. 2008

- vorab per Email -

11.8.2008

Gesetzentwurf der FDP-Fraktion zur Änderung des HSOG -
Drucksache 17/133 -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in dem Gesetzentwurf werden Bereiche aufgegriffen, die unmittelbar in den Aufgaben- und Interessensbereich des Deutschen Journalistenverbandes auf Bundesebene fallen, jedoch insbesondere, weil hessisches Recht, in den des DJV Hessen. Insoweit nehmen wir die Gelegenheit einer Stellungnahme gerne wahr.

1. Der DJV Hessen wertet es als positives Signal, dass dieses Gesetzvorhaben eingebracht worden ist. Die jüngsten einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes, die die Ziele eines Schutzes des Kernbereiches privater Lebensführung einerseits und die Bekämpfung der Terrorgefahr andererseits zum Gegenstand haben, erfordern es, dass das HSOG an die Beschlüsse und Urteile jener Rechtsprechung anzupassen ist. Insoweit ist den Initiatoren des Gesetzentwurfes zuzustimmen.

Aus Sicht des DJV Hessen bestehen jedenfalls keine Bedenken, dass die Vorgaben des höchsten deutschen Gerichtes in das HSOG einfließen. Nur auf diese Weise lässt sich u.E. eine ausgewogene Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Einzelnen und der Obliegenheit des Staates herstellen, die Menschen vor konkreter Terrorgefährdung bzw. schweren Straftaten zu schützen.

Gleichwohl wird diesseits nicht verkannt, dass das Gemeinwesen, die durch unsere Verfassung geschützte freiheitliche demokratische Ordnung gleichermaßen schützenswert ist.

NASSAUISCHE
SPARKASSE
BLZ: 510 500 15
KONTO: 133 111 131

2. Der DJV Hessen begrüßt den Entwurf, dass eine Erweiterung der Schutzrechte bei Maßnahmen der Wohn- und Geschäftsraumüberwachung sowie bei Datenerhebungen aus Telekommunikationsanlagen (Entwurf Art. 1 §§ 15 Abs. 4, 15a HSOG) vorgenommen werden soll.

a) Die Richtung hierzu hatte das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen vorgegeben.

In dem Urteil vom März 2004 (vgl. NJW 2004, 999 ff.) ist festgestellt, dass der Behörde bei einer akustischen Wohnraumüberwachung jedweder Ermessensspielraum bei einem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensführung entzogen ist. Solche Maßnahmen sind unzulässig und gegebenenfalls sofort abzubrechen.

Folgerichtig war deshalb die spätere Entscheidung aus dem Juli 2005 (1 BvR 668/04). In dieser war vornehmlich über eine präventive Aktion einer Telekommunikationsüberwachung zu befinden. Das Gericht erläutert, dass diese Maßnahme nicht von vornhinein wegen des geringeren Gefährdungspotentials eines absolut geschützten Kernbereiches privater Lebensführung unzulässig ist. Gleichwohl sind solche Abhöraktionen äußerst engen Voraussetzungen unterworfen. Sie unterliegen einem Verwertungsverbot und einer Verpflichtung zur Vernichtung der Aufzeichnungen, sofern dennoch Kernbereiche privater Lebensführung von Personen erfasst wurden.

Der vorgesehene Absatz 4 des § 15 HSOG sieht offensichtlich eine Ausweitung der Räumlichkeiten bestenfalls eine Klarstellung auf Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume vor. Eine mögliche Ausweitung der Räumlichkeiten, in bzw. aus denen Daten erhoben werden können, wird dadurch korrigiert, dass Geschäfts- und Praxisräume der in § 53 StPO aufgeführten Berufsgruppen von den präventiven Maßnahmen ausgenommen sind.

Der DJV Hessen begrüßt dies. Angesichts der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Pressefreiheit ist dies konsequent und richtig. Seit der Spiegel-Entscheidung (BVerfE 162 ff.) sind hierzu zahlreiche Entscheidungen des Gerichtes ergangen, die die überragende Stellung einer freien und unabhängigen Berichterstattung der Verlage und Rundfunkanstalten stets unterstrichen haben.

Unter diesem Gesichtpunkt ist es nur folgerichtig, wenn die Initiatoren des Gesetzentwurfes eine präventive Überwachung der in § 53 StPO genannten Personen generell ausnehmen.

Dessen ungeachtet sind straftatverfolgende Überwachungsmaßnahmen nach § 100c Abs. 6 S. 1 StPO in und aus Praxis- bzw. Geschäftsräumen von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen nach § 53 StPO ohnehin unzulässig.

b) Gleichermaßen positiv bewerten wir die Änderungen in § 15a HSOG. Die Einfügung des Absatzes 4 bedeutete eine tatsächliche Stärkung der Rechtsposition des betroffenen Bürgers.

Konsequent und richtig ist es auch hier, bei hauptberuflich tätigen Journalisten, die das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO beanspruchen können, von Datenerhebungen durch Überwachung von Telekommunikationsanlagen strikt abzusehen. Anderenfalls liefe ihr berufliches Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO ins Leere.

Allein im Sinne eines funktionierenden Informatenschutzes ist eine Herausnahme der in § 53 StPO genannten Personen aus § 15a HSOG geboten. Letztlich bedeutete dies eine Stärkung des Informatenschutzes und somit die Stärkung freier und unabhängiger Medien.

Die Ergänzung von § 15a HSOG hätte noch einen weiteren wichtigen Aspekt. Bekanntlich sind straftatverfolgende Telekommunikationsüberwachungen nach §§ 100a und 100g StPO möglich. Für hauptberuflich tätige Journalisten, die das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO in Anspruch nehmen können, gibt es keine spezielle Vorschrift. Eine Analogie zu § 53 StPO verbietet sich (BVerfG in AfP 03,138 ff.).

Die Nichtanwendung präventiver Maßnahmen der Überwachung von Telekommunikationsanlagen bei den in § 53 StPO genannten Berufsgruppen, wäre ein wichtiges Signal an den Bundesgesetzgeber, eine entsprechende Vorschrift auch in der StPO vorzusehen (vgl. Pöppelmann/Jehmlich, in AfP 2003, 218 ff.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der DJV Hessen die Realisierung dieser Änderungen sowie jene des gesamten Gesetzesentwurfes zum HSOG begrüßen würde.

Mit freundlichen Grüßen

Achim Wolff
Geschäftsführer

ULD • Postfach 71 16 • 24171 Kiel

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Innenausschusses
Frau Thaumüller
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Holstenstraße 98
24103 Kiel
Tel.: 0431 988-1200
Fax: 0431 988-1223
Ansprechpartner/in:
Barbara Körffer
Durchwahl: 988-1216

Aktenzeichen:
LD5-74.03/08.001

Kiel, 12. August 2008

Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) - Drs. 17/133 -
Ihr Schreiben vom 12. Juni 2008

Sehr geehrte Frau Thaumüller,

ich bedanke mich für die Gelegenheit, zu dem oben genannten Gesetzentwurf Stellung zu nehmen.

Die Zielrichtung des Entwurfs, die Regelungen des HSOG an die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzupassen und insbesondere den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu verstärken, begrüße ich ausdrücklich.

Gleichwohl bedarf der Entwurf aus meiner Sicht einiger Änderungen, um die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Kfz-Kennzeichenscanning, zur Rasterfahndung und zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung umzusetzen. Änderungen sind in folgenden Punkten erforderlich:

1. § 14 Abs. 5 des Entwurfs

Mit dieser Regelung soll die automatisierte Kennzeichenerfassung eingeführt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung 1 BvR 2074/05 vom 11. März 2008 diese grundsätzlich für zulässig erachtet, soweit der Gesetzgeber die Voraussetzungen und Grenzen für den Einsatz dieses Verfahrens hinreichend bestimmt regelt.

a) Zu erhebende Daten

Zu den Fragen, die der Gesetzgeber zu regeln hat, gehören nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zunächst die Daten, die mittels der automatisierten Kennzeichenerfassung erhoben werden dürfen.

Die entsprechenden Regelungen im Hessischen SOG und im Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein hat das BVerfG als zu unbestimmt und damit verfassungswidrig eingestuft. Zweifel an der Bestimmtheit der Norm habe ich auch in Bezug auf den vorliegenden Entwurf. Nach Satz 1 darf das Kennzeichen erhoben werden. Zwar ist der Begriff des Kennzeichens als solcher hinreichend bestimmt, doch ist fraglich, ob tatsächlich ausschließlich das Kennzeichen erhoben werden soll. Dass daneben auch weitere Daten erhoben werden sollen, wird in Satz 5 deutlich. Denn nach Satz 5 sollen nicht nur das Kennzeichen, sondern auch die „gewonnenen Erkenntnisse" übermittelt werden dürfen. Der Gesetzgeber sollte hier klar und abschließend regeln, welche Daten zusätzlich zum Kennzeichen erhoben und verwendet werden dürfen (zum Beispiel Ort, Tag und Uhrzeit der Maßnahme, Fahrtrichtung des Fahrzeugs).

b) Satz 1 Nr. 1 und 2

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Maßnahme ist nach den Nummern 1 und 2 jeweils eine gegenwärtige Gefahr, wobei nach der Nummer 1 eine gegenwärtige Gefahr für gewichtige Rechtsgüter bestehen muss und nach Nummer 2 durch den Verweis auf § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 5 weitere Einschränkungen vorgesehen sind. Diese Eingriffsschwellen dürften den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügen.

c) Satz 1 Nr. 3

Bedenken bestehen aus meiner Sicht allerdings gegen die Regelung der Nummer 3. Nach dieser Vorschrift soll die Kennzeichenerfassung zulässig sein, wenn eine Person oder ein Fahrzeug zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Zweck der Maßnahme anders als in den Nummern 1 und 2 in der Nummer 3 nicht geregelt ist. Ich gehe davon aus, dass die Maßnahme eingesetzt werden soll, um die Begehung der Straftat zu verhindern. Aus dem Wortlaut des Entwurfs geht dies allerdings nicht zweifelsfrei hervor und sollte im Interesse der Bestimmtheit der Norm ergänzt werden.

Nach Satz 4 ist in den Fällen der Nummer 3 die Bildung von Bewegungsprofilen erlaubt. Aus meiner Sicht bestehen erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit dieser Regelung. Es handelt sich hierbei um einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 11. März 2008 die Verwendung der durch die Maßnahme erhobenen Daten zur Observation von Bewegungsprofilen als einen Eingriff mit potentiell hoher Persönlichkeitsrelevanz angesehen (Rn 90, Rn 171). Im Einzelnen hat das Bundesverfassungsgericht hierzu ausgeführt (Rn 92): „Insbesondere durch längerfristige oder weiträumig vorgenommene Kennzeichenerfassungen [...] sind Eingriffe von erheblichem Gewicht möglich, wenn etwa gezielt aus dem Aufenthaltsort auf das weitere Verhalten des Betroffenen geschlossen werden soll oder wenn mehrere Treffermeldungen heimlich gesammelt und zu einem Bewegungsprofil zusammengestellt werden. Werden detaillierte Informationen über das Bewegungsverhalten einer Person gewonnen und mit weiteren Informationen verknüpft, aus denen sich etwa erschließen lässt, zu welchem Zweck eine Person sich über einen längeren Zeitraum zu den jeweiligen Orten begibt, mit wem sie

sich getroffen und was sie dort unternommen hat, so kann sich die Intensität des Eingriffs sogar derjenigen der Erstellung eines Persönlichkeitsbilds annähern (dazu BVerfGE 65, 1 [42]).“

Ob die Erstellung solcher Persönlichkeitsbilder mit der hier zu beurteilenden Maßnahme tatsächlich beabsichtigt ist, entzieht sich meiner Beurteilung. Hierauf kommt es allerdings auch nicht an. Denn die Regelung im vorliegenden Entwurf, die eine Übermittlung von Daten über das Kennzeichen und die gewonnenen Erkenntnisse an die ausschreibende Stelle erlaubt und die ausdrücklich im Gesetz vorgesehene Befugnis, Bewegungsprofile zu bilden, schließt die Erstellung solcher Persönlichkeitsbilder nicht zuverlässig aus.

Unabhängig von der Frage, ob eine gesetzliche Befugnis zur Erstellung solcher Profile als solche zulässig wäre, stellt sich hier die Frage, ob die Erstellung von Bewegungsprofilen im Fall der Nummer 3 überhaupt erforderlich ist. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Maßnahme ist nach Nummer 3, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht. Aus dem geforderten engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Maßnahme und der Begehung der Straftat lässt sich schließen, dass die Maßnahme durchgeführt werden soll, um die Begehung der Straftat zu verhindern. Dies ist allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt und sollte ergänzt werden (siehe oben).

Wenn die Maßnahme auf die Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Begehung einer Straftat abzielt, ist fraglich, aus welchem Grund die Erstellung von Bewegungsprofilen hierfür erforderlich sein soll. Soll durch die Maßnahme die Begehung einer unmittelbar bevorstehenden Straftat verhindert werden, dann wäre ein sofortiges Handeln der Polizei erforderlich. Dem entspricht beispielsweise § 32 Abs. 1 Nr. 2 HSOG, der im Fall einer unmittelbar bevorstehenden Begehung einer Straftat es den Polizeibehörden erlaubt, eine Person in Gewahrsam zu nehmen.

Wie allerdings durch die Bildung von Bewegungsprofilen die unmittelbar bevorstehende Begehung einer Straftat abgewendet werden kann, ist nicht ersichtlich und wird in der Entwurfsbegründung auch nicht erläutert. Bewegungsprofile entstehen aus einer längerfristigen Beobachtung und geben somit Aufschluss über die Bewegungen eines Fahrzeugs in dem längeren Zeitraum der Beobachtung. Steht eine Begehung einer Straftat unmittelbar bevor, wie es in Nummer 3 vorausgesetzt ist, dann verbleibt keine Zeit für eine längerfristige Beobachtung.

Sollte mit § 14 Abs. 5 Satz 4 des Entwurfs dagegen lediglich bezweckt sein, die Verknüpfung mehrerer Erfassungen desselben Fahrzeugs zu untersagen und nur im Fall der Nummer 3 zuzulassen, wäre das Wort „Bewegungsprofil“ hierfür nicht der richtige Begriff. Denn durch die Verknüpfung mehrerer Erfassungen in kurzer zeitlicher Folge wird kein Bewegungsprofil (siehe zum Begriff des Bewegungsprofils im Rahmen polizeilicher Beobachtung BVerfG vom 11. März 2008 Rn 138) erstellt.

Es könnte daher wie folgt formuliert werden:

„Die Erstellung von Bewegungsprofilen ist unzulässig. Werden zu einem Kennzeichen bei mehreren Maßnahmen nach Satz 1 Daten erhoben, dürfen diese außer in Fällen des Satzes 1 Nr. 3 nicht verknüpft werden.“

d) Fachliche Erforderlichkeit der Maßnahme

Sofern die oben angeregten Ergänzungen und Änderungen aufgenommen werden, dürfte die Regelung keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Gleichwohl darf in der politischen Diskussion nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei der Kennzeichenerfassung um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt. Diese Maßnahme zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass sie zahlreiche Personen erfasst, die keinen Anlass für eine Überwachung gegeben haben. Eingriffe von solch großer Streubreite sind, worauf das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Kennzeichenerfassung wiederholt hingewiesen hat, grundsätzlich geeignet, ein Gefühl des Überwachtwerdens hervorzurufen, das zu Einschüchterungseffekten und in der Folge zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen kann. Dies kann negative Auswirkungen sowohl für die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen als auch für das Gemeinwohl haben.

Der Gesetzgeber ist daher gut beraten, nicht nur die verfassungsgemäße Ausgestaltung der Befugnisnorm, sondern zunächst die fachliche Erforderlichkeit und den Nutzen einer solchen Befugnis sorgfältig zu prüfen und mit dem damit verbundenen Eingriff in die Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger abzuwägen. Der Schleswig-Holsteinische Innenminister hat sich nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gegen einen neuen Vorstoß zur Anpassung der Regelung an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ausgesprochen. In einer Pressemitteilung erklärte er, er sehe in der automatisierten Kennzeichenerfassung ein Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag. Seit Beginn der Erprobungsphase im August des vergangenen Jahres bis zum 11. März 2008, dem Tag an dem die Kennzeichenerfassung in Schleswig-Holstein nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beendet wurde, seien lediglich 26 Verstöße gegen das Haftpflichtversicherungsgesetz festgestellt worden. Kein einziges gestohlenes Fahrzeug habe sich unter den rund 131.000 erfassten Kennzeichen befunden. Das Kfz-Scanning habe sich als ungeeignetes Instrument zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit erwiesen, wird der Schleswig-Holsteinische Innenminister zitiert. Es binde Personal, das an anderen Stellen sinnvoller für operative Polizeiarbeit eingesetzt werden könne.

2. § 15 Abs. 4 des Entwurfs

In § 15 Abs. 4 sollen Regelungen über den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie über den Schutz von Berufsgeheimnisträgern aufgenommen werden, was aus meiner Sicht grundsätzlich zu begrüßen ist.

Die Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bedarf allerdings der Ergänzung.

In der Entscheidung 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 vom 27. Februar 2008 zur Online-Durchsuchung (NJW 2008, 822 ff.) hat das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an das Verfahren zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ausführlich dargelegt. Danach ist grundsätzlich ein zweistufiges Schutzkonzept vorzusehen.

Auf der ersten Stufe hat die gesetzliche Regelung darauf hinzuwirken, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich unterbleibt (zur Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279 [318, 324], NJW 2004, 999). „Gibt es im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, so hat sie grundsätzlich zu unterbleiben“ (BVerfG NJW 2008, 822 [834]). Ein solcher Schutz ist durch § 15 Abs. 4 des vorliegenden Entwurfs nicht gewährleistet. Denn die Voraussetzungen für den Beginn einer Datenerhebung aus Wohnungen sind dort nicht geregelt. Es muss also weder vor Beginn der Maßnahme eine Prognose erstellt werden, ob durch die Maßnahme Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden (vgl. § 100c Abs. 4 StPO), noch ist vorgesehen, dass die Maßnahme zu unterbleiben hat, wenn ohne entsprechende Ermittlungen bereits Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass daraus Informationen aus dem Kernbereich erlangt werden können. Damit kann eine Erhebung aus Wohnungen ohne weitere Voraussetzungen begonnen werden. Bereits zu Beginn der Maßnahme können aber Informationen aus dem Kernbereich erhoben werden; die Verpflichtung zum Abbruch der Maßnahme schützt die Betroffenen lediglich davor, dass weitere Informationen aus dem Kernbereich erhoben werden, bietet aber insgesamt keinen zuverlässigen Schutz gegen die Erhebung solcher Daten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind in einigen Fällen Verfahrensregelungen auf der Ebene der Verwendung von erhobenen Kernbereichsinformationen ausreichend (zweite Stufe). Dies gilt aber nur für solche Fälle, in denen sich die Kernbereichsrelevanz der erhobenen Daten vor oder bei der Datenerhebung nicht klären lässt. Ein solcher Fall ist bei der Wohnraumüberwachung anders als bei der der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde liegenden Online-Durchsuchung nicht gegeben. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung vom 3. März 2004 ausgeführt, dass die verantwortliche Stelle vor Beginn einer Maßnahme im Rahmen einer von ihr vorzunehmenden Prognose mögliche Indikatoren für kernbereichsrelevante Handlungen in der zu überwachenden Wohnung zu beachten habe. Anhaltspunkte für kernbereichsrelevante Handlungen könnten sich aus der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und aus dem Kreis der sich dort zum Zeitpunkt der beabsichtigten Maßnahme befindenden Personen ergeben (Rn 140 ff.).

Weiterhin sollte § 15 Abs. 4 des Entwurfs ergänzt werden um eine Löschungsregelung einschließlich einer Dokumentation der Löschung. Die Pflicht zur Löschung ergibt sich zwar bereits aus der allgemeinen Vorschrift des § 27 HSOG. Jedoch ist in § 27 HSOG keine Pflicht zur *unverzüglichen* Löschung vorgesehen. Es sollte daher in § 15 Abs. 4 HSOG-E unmissverständlich klargestellt werden, dass Aufzeichnungen über Äußerungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unverzüglich zu löschen sind. Außerdem sollte geregelt werden, dass die Tatsache der Erfassung der Daten und ihrer Löschung zu dokumentieren ist.

3. § 15a Abs. 4 des Entwurfs

Die obigen Anmerkungen zu § 15 Abs. 4 gelten auch für die Telekommunikationsüberwachung nach § 15a Abs. 4.

4. § 26 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs

Die Durchführung der Rasterfahndung soll nach dem Entwurf nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr für bestimmte Rechtsgüter zulässig sein, was den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts entspricht.

Vorausgesetzt wird in § 26 Abs. 1 Satz 1 allerdings nicht, dass die Maßnahme zur Abwehr dieser Gefahr erforderlich ist, sondern es soll bereits ausreichen, dass für die Erforderlichkeit „tatsächliche Anhaltspunkte“ bestehen. Es ist zweifelhaft, ob eine solche Regelung mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit vereinbar ist. Üblicherweise reichen Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten nur in Fällen aus, in denen Behörden ermächtigt werden, spontan personenbezogene Daten an andere Behörden zu übermitteln. In solchen Fällen kann die übermittelnde Stelle regelmäßig nicht abschließend beurteilen, ob der Empfänger diese Daten tatsächlich benötigt. Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings um eine Maßnahme, die die Polizeibehörde in eigener Verantwortung durchführt. Es kann und muss daher von ihr verlangt werden, die Erforderlichkeit in einer ex-ante Betrachtung zu prüfen und zu bewerten.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Thilo Weichert

120808 K

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

I. Vorbemerkung:

Der vorliegende Gesetzentwurf stellt unter anderem eine Reaktion auf die Nichtigerklärung der hessischen Vorschrift zum automatisierten Kennzeichenabgleich durch das Bundesverfassungsgericht vom 11.3.2008 (NJW 2008, 1505 ff.) dar. Des Weiteren möchte man das hessische Polizeirecht in weiteren Bereichen an die neue höchstrichterliche Rechtsprechung, etwa zur vorbeugenden Telefonüberwachung, anpassen. Bei meinen nachfolgenden Ausführungen möchte ich mich auf die Überprüfung der neu vorgeschlagenen Normen am Maßstab des Grundgesetzes beschränken, nicht aber zu diesen äußerst umstrittenen Maßnahmen in rechtspolitischer Hinsicht Stellung nehmen.

II. Zur Neuregelung des automatisierten Kennzeichenabgleichs:

In seinem Urteil vom März 2008 kam das BVerfG zu dem Schluss, dass die frühere hessische Regelung zum automatisierten Kennzeichenabgleich nicht den Anforderungen an die Normenbestimmtheit genügt und daher nichtig ist. Deshalb werden in dem jetzigen Gesetzentwurf die Anforderungen, unter denen ein automatisierter Kennzeichenabgleich zulässig sein soll, deutlich enger gezogen.

1. Zur Gesetzgebungskompetenz

Das BVerfG brauchte im März 2008 nicht mehr dazu Stellung nehmen, ob die Länder überhaupt Gesetzesvorschriften zum automatisierten Kennzeichenabgleich erlassen dürfen (BVerfG NJW 2008, 1505, 1516 Rn. 179). Meines Wissens sind zwischenzeitlich wieder Verfahren beim Bundesverfassungsgericht anhängig, bei welchen insbesondere die Gesetzgebungskompetenz der Länder zum Erlass derartiger Kennzeichenabgleichsvorschriften infrage gestellt wird (gegen die niedersächsische Regelung wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt: Az. 1 BvR 1443/08).

Nach Art. 70 GG steht den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die Gefahrenabwehr sowie die Verhütung von Straftaten zu. Demgegenüber ist der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für die Strafverfolgung zuständig (s. dazu *Roßnagel*, Kennzeichenscanning: Verfassungsrechtliche Bewertung, 2008, S. 25 f.). Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst die Zuständigkeit des Bundes auch die sog. Strafverfolgungsvorsorge. Auch wenn diese in zeitlicher Hinsicht vor Begehung einer Straftat einsetzt, sei sie repressiver Natur, sofern die zuvor gewonnenen Daten zur Verfolgung einer in Zukunft möglicherweise verwirklichten konkreten Straftat und „damit

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

letztlich nur zur Verwertung in einem künftigen Strafverfahren" erhoben werden (BVerfG NJW 2005, 2603, 2605).

Gemäß § 14 Abs. 5 E-HSOG soll der Kennzeichenabgleich „zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr" für Leib und Leben, „zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr" bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung sowie im Falle der Ausschreibung einer Person oder Sache nach § 17 eingesetzt werden dürfen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, „dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht." Nach dem Gesetzeswortlaut geht es dem Landesgesetzgeber um die präventive Gefahrenabwehr bzw. die Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Straftat. Außerdem wird nur der Abgleich „mit zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1 gespeicherten polizeilichen Daten" gestattet.

Dennoch bestehen gewisse Querverbindungen zum Strafrecht. Bei den polizeilichen Daten dürfte es sich vor allem um solche nach § 13 HSOG handeln. Absatz 2 gestattet den Polizeibehörden u. a. die Erhebung personenbezogener Daten, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Person Straftaten mit erheblicher Bedeutung begehen wird. Eine Person kann nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 HSOG zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben werden, wenn eine Gesamtwürdigung erwarten lässt, dass sie auch künftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird. Eine Identitätsfeststellung darf nach § 18 Abs. 2 HSOG u. a. an Orten erfolgen, an denen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dort Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben bzw. sich dort Straftäter verbergen (Nr. 1). Auch die Nummer 3 bezieht sich auf Örtlichkeiten, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass in oder an diesen Orten Straftaten begangen werden.

Im Schrifttum wird zum Teil die Zuständigkeit der Länder zum Normerlass bezweifelt, weil der Kennzeichenabgleich regelmäßig Ergebnisse für den repressiv-polizeilichen Sektor hervorbringe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Kennzeichenabgleich z. B. in der Nähe eines anschlagsgefährdeten Objekts sehr wohl zur Gefahrenabwehr beitragen kann, wenn dadurch das Fahrzeug einer bestimmten Person aufgedeckt wird, selbst wenn mancher Treffer nachher für die Strafverfolgung relevant sein kann. Der BayVerfGH bejahte die präventive Natur der verdachts- und ereignisunabhängigen Identitätskontrollen bei der sog. Schleierfahndung, obwohl diese oftmals strafprozessual relevante Sachverhalte zutage fördert (BayVerfGH NVwZ

Prof. Dr. Annette Guckelberger 3
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

2003, 1375; a. A. z. B. Waechter DÖV 1999, 138, 143). Auch wenn die oben zitierten Regelungen strafrechtliche Bezüge haben, geht es dem Landesgesetzgeber mit seinen Normen darum, künftigen Rechtsgutverletzungen im Vorfeld zuvorzukommen, mithin um die Schadensabwendung und Straftatenverhütung. Wie man sowohl an der vorgeschlagenen Regelung zur Datenerhebung als auch zur Datenverarbeitung beim Kennzeichenabgleich sieht, werden mit dieser Maßnahme präventive Zwecke verfolgt. Auch ist zu beachten, dass im Unterschied zu anderen Landesregelungen die Verwendung der gewonnenen Daten nicht für die Straftatenverfolgung gestattet wird. Es wird vielmehr die polizeiliche Datenverarbeitung und lediglich im Falle des Satzes 1 Nr. 3 die Übermittlung der Erkenntnisse an die ausschreibende Stelle erlaubt. Infolgedessen ist die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes eröffnet (so für die vergleichbare brandenburgische Norm *Roßnagel*, a.a.O., S. 31). Würde die Polizei den präventiven polizeilichen Kennzeichenabgleich „missbräuchlich" zu repressiven Zwecken einsetzen, würde dies zur Rechtswidrigkeit der jeweiligen Einzelmaßnahme führen. Dies ändert aber nichts an dem präventiven Charakter der Ermächtigungsnorm.

Auch wenn der Kennzeichenabgleich in aller Regel im Straßenverkehr vorgenommen wird, entstehen keine Spannungen zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Straßenverkehr (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG). Das Straßenverkehrsrecht regelt mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts die Anforderungen, die an den Verkehr und die Verkehrsteilnehmer gestellt werden, um Gefahren von anderen Verkehrsteilnehmern oder Dritten abzuwenden und den optimalen Ablauf des Verkehrs zu gewährleisten (BVerfG NJW 1976, 559). Nach seiner Zielrichtung stellt der Kennzeichenabgleich keine Verkehrskontrolle im Sinne des § 36 Abs. 5 StVO dar. Verkehrskontrollen dienen der Überprüfung der Fahrtüchtigkeit des Fahrzeugführers, der nach den Verkehrsvorschriften mitzuführenden Fahrzeugpapiere sowie des Zustands, der Ausrüstung und Beladung von Fahrzeugen (*Hentschel*, Straßenverkehrsrecht, 39. Aufl. 2007, § 36 Rn. 24). Mit der vorgeschlagenen Neuregelung möchte der hessische Landesgesetzgeber jedoch nicht speziell auf straßenverkehrsrechtlich relevante Sachverhalte reagieren. Vielmehr geht es ihm darum, Gefahren für Leib und Leben oder eine gegenwärtige Gefahr bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Identitätsfeststellung oder die Begehung einer unmittelbar bevorstehenden, für die Ausschreibung relevanten Straftat zu verhindern.

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

2. Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Durch den automatisierten Kennzeichenabgleich wird der Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung tangiert, das dem Einzelnen in sachlicher Hinsicht die Entscheidungsbefugnis über die Offenbarung persönlicher Lebenssachverhalte gewährleistet und ihn gegen die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe individualisierter oder individualisierbarer Daten schützt (BVerfG NJW 2006, 1939, 1940). Kraftfahrzeugkennzeichen stellen personenbezogene Daten dar. Denn die Polizei kann durch sie ohne weiteres den Halter des Fahrzeugs feststellen (s. dazu auch näher BVerfG NJW 2008, 1505, 1506 f.).

Bei der automatisierten Kennzeichenerfassung handelt es sich um einen faktischen Vorgang. Deshalb stellt sich das Problem, wann bei derartigen Maßnahmen die Schwelle zu einem Grundrechtseingriff überschritten wird. In dem zurzeit vor dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren wird weiterhin – in Anlehnung an bisherige Stimmen im Schrifttum – angenommen, dass beim automatisierten Kennzeichenabgleich bereits die optische Erfassung der Kennzeichen und deren Speicherung Grundrechtseingriffe in Bezug auf *alle* Halter der erfassten Fahrzeuge darstellen. Die Betroffenen könnten ihre grundrechtlich geschützten Freiheiten nicht mehr unbefangen in Anspruch nehmen, weil für sie bei Erhebung der Kfz-Kennzeichen nicht mehr vorhersehbar sei, ob und inwieweit die Daten weiter verarbeitet würden.

Das Bundesverfassungsgericht gelangte demgegenüber in seiner Entscheidung vom März 2008 zu dem Standpunkt, dass es in den sog. Nichttrefferfällen gar nicht zu einem Grundrechtseingriff komme, wenn der Abgleich mit dem Fahndungsbestand unverzüglich vorgenommen wird und negativ ausfällt sowie zusätzlich rechtlich und technisch gesichert ist, dass die Daten anonym bleiben und sofort spurlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden (BVerfG NJW 2008, 1505, 1507). Unter derartigen Gegebenheiten kann man kaum noch von einem Überwachungsdruck für die Betroffenen sprechen. Folgt man dieser Rechtsprechung, hat es der Landesgesetzgeber in den Nichttrefferfällen selbst in der Hand, für die „Ausschaltung" etwaiger Grundrechtseingriffe zu sorgen. Diesen Anforderungen wird die vorgeschlagene Regelung weitestgehend gerecht. Denn es wird angeordnet, dass bei Nichtübereinstimmung der Daten diese unverzüglich zu löschen sind. Um den Maßgaben des BVerfG bereits für eine Ausschaltung eines Grundrechtseingriffs

Prof. Dr. Annette Guckelberger 5
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

gerecht zu werden, sollte überlegt werden, ob nicht auch explizit die unverzügliche Vornahme des Datenabgleichs nach der Kennzeichenerfassung normativ festgelegt werden sollte.

Auf jeden Fall wird bei den sog. Trefferfällen in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen, d. h. wenn ein erfasstes Kennzeichen im Speicher festgehalten wird und Grundlage weiterer Maßnahmen werden kann. Der Grundrechtseingriff liegt dann in der Speicherung und Auswertung der vorgenommenen Daten. Zu einer Erweiterung des Eingriffs kommt es, wenn Daten über den Standort oder die Fahrtrichtung des Fahrzeugs gespeichert werden. Der Eingriff wird weiter vertieft, wenn die Kennzeichenerfassung zur Gewinnung weiterer Informationen, etwa für die Erstellung von Bewegungsbildern einer Person, eingesetzt wird (BVerfG NJW 2008, 1505, 1507). Der Gesetzeswortlaut des § 14 Abs. 5 E-HSOG gestattet die Erhebung der „Kennzeichen" sowie die „Erstellung von Bewegungsbildern" in den Fällen des Satzes 1 Nr. 3. Da eine Erstellung von Bewegungsbildern aber Kenntnisse über den Ort voraussetzt, an dem sich die jeweilige Person aufgehalten hat, ergibt sich aus dem Normzusammenhang, dass zumindest in den zuletzt genannten Fällen zugleich Angaben dazu erhoben werden, an welchem Ort das jeweilige Auto angetroffen wurde. Man kann unterschiedlicher Meinung sein, ob zur Erstellung von Bewegungsbildern auch Kenntnisse über die Fahrtrichtung des jeweiligen Fahrzeugs unerlässlich sind (s. dazu auch BVerfG NJW 2008, 1505, 1514). Damit die Grundrechtsintensität des jeweiligen Kennzeichenabgleichs richtig eingeschätzt werden kann, sollte man über eine Präzisierung der zu erhebenden Daten nachdenken. Auch sollte man deutlich machen, ob in den Fällen des Absatzes 5 Nr. 1, 2 nur die Daten der Kennzeichen oder doch Angaben dazu festgehalten werden dürfen, wann und wo das jeweilige Fahrzeug angetroffen wurde. Da nach dem Gesetzeswortlaut „Kennzeichen" erhoben werden, dürfen die eingesetzten Geräte keine Bildaufnahmen von den Fahrzeuginsassen anfertigen.

3. Zur Einschränkung des Grundrechts

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne muss Einschränkungen dieses Rechts auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage hinnehmen (BVerfG NJW 2008, 1505, 1508). Die Einschränkung muss aus überwiegenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgen und verhältnismäßig sein. Der Parlamentsgesetzgeber muss die „wesentlichen" Ent-

Prof. Dr. Annette Guckelberger 6
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

scheidungen des Grundrechtseingriffs festlegen. Außerdem muss das einschränkende Gesetz dem Gebot der Normenklarheit entsprechen, insbesondere den *Anlass*, den *Zweck* und die *Grenzen* des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegen. Dadurch können die Bürger erkennen, unter welchen Umständen sie mit der Vornahme eines automatisierten Kennzeichenabgleichs rechnen müssen. Die gesetzlichen Handlungsmaßstäbe steuern und begrenzen das Verwaltungshandeln. Die Gerichte können später anhand dieser Vorgaben eine wirksame Rechtskontrolle durchführen (BVerfG NJW 2008, 1505, 1509; s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 36 ff.).

a) Zur Normenbestimmtheit der geplanten Neuregelung

Im Unterschied zur bisherigen Regelung darf ein Kennzeichenabgleich nur in drei Situationen vorgenommen werden: Nach Nummer 1 wird der Abgleich gestattet, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben einer Person erforderlich ist. Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten bestehen insoweit keine Bedenken. Der Kennzeichenabgleich wird durch das Erfordernis der „gegenwärtigen" Gefahr für genau benannte hochrangige Rechtsgüter auf einen nachvollziehbaren Anlass begrenzt. Aus Sicht des Bürgers, der Verwaltung und der Gerichte liegt ein präziser Handlungsmaßstab vor (so auch zur brandenburgischen Norm *Roßnagel*, a.a.O., S. 38).

Nach Nr. 2 darf ein Abgleich vorgenommen werden, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 oder 5 vorliegen. In diesem Fall ergibt sich die Zulässigkeit des Kennzeichenabgleichs aus dem Zusammenspiel zweier Normen. Dies ist jedoch angesichts der häufigen Verwendung der Gesetzgebungstechnik der Verweisung nicht unüblich, zumal sich die Verweisungsobjekte innerhalb desselben Gesetzes befinden (s. auch BVerfG NJW 2007, 2464, 2468). § 18 Abs. 2 Nr. 1 HSOG knüpft an den Aufenthalt der Person an näher umschriebene Orten an (a. wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dort Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben / sich Personen ohne Aufenthaltstitel aufhalten / sich Straftäter(innen) verbergen oder b. an dem Ort Personen der Prostitution nachgehen). Diese Bestimmung ist ohne weiteres verständlich. § 18 Abs. 2 Nr. 3 HSOG betrifft Fälle, in denen sich die Person in einer Verkehrs- oder Versorgungsanlage oder -einrichtung, einem öffentlichen Verkehrsmittel, Amtsgebäude oder an ei-

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

nem anderen besonders gefährdeten Objekt oder in dessen unmittelbarer Nähe aufhält und tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass in oder an diesem Objekt Straftaten begangen werden, durch die in oder an diesem Objekt befindliche Personen oder diese Objekte selbst gefährdet sind, und dies aufgrund der Gefährdungslage oder auf die Person bezogener Anhaltspunkte erforderlich ist. In dieser Alternative werden zwar mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet (z. B. besonders gefährdete Objekte, unmittelbare Nähe). Der Sinn und Zweck dieser Regelung lässt sich jedoch durch Ausiegung ermitteln.[1] Auch hier wird die Handlungsbefugnis von mehreren einengenden Voraussetzungen abhängig gemacht (tatsächliche Anhaltspunkte für die Begehung von Straftaten in Bezug auf die Personen an bzw. in dem Objekt bzw. das Objekt selbst, Erforderlichkeit). § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG ist einschlägig, wenn die Voraussetzungen für die Einrichtung von Kontrollstellen an öffentlich zugänglichen Orten gegeben sind, um eine der in § 100a StPO genannten Straftaten oder solche nach § 27 VersG zu verhüten. Grundsätzlich kann der Einzelne nach den angegebenen Bezugsnormen abschätzen, in welchen Situationen es zu einem Kennzeichenabgleich kommen kann (s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 38). Es handelt sich um eine näher umschriebene Ausnahmesituation. Für den Kennzeichenabgleich reicht es nicht aus, dass die Voraussetzungen für eine derartige Identitätsfeststellung vorliegen. Der Kennzeichenabgleich darf vielmehr nur vorgenommen werden, wenn er zusätzlich zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist. Im Unterschied zu § 15 Abs. 4 Nr. 1 E-HSOG n. F. bleibt zwar offen, für welches Rechtsgut diese Gefahr bestehen muss. Diese größere Offenheit wird jedoch dadurch „kompensiert", dass ein nachvollziehbarer Anlass vorliegen muss (*Roßnagel*, a.a.O., S. 38).

Schließlich kann nach Nummer 3 ein Abgleich erfolgen, wenn eine Person / ein Fahrzeug nach § 17 ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht. Gemäß § 17 Abs. 2 HSOG ist eine Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung zulässig, wenn die Gesamtwürdigung der Person und ihre bisherigen Straftaten erwarten lassen, dass sie auch künftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird. Bei dem Begriff der „Straftaten von erheblicher Bedeutung" handelt es

[1] S. zur Verwendbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe bei besonderen Regelungsschwierigkeiten BVerfG NJW 2007, 2464, 2467.

Prof. Dr. Annette Guckelberger 8
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Er wird in § 13 Abs. 3 HSOG näher umschrieben, wodurch dem Bestimmtheitserfordernis Rechnung getragen wird. Eine Ausschreibung kann auch erfolgen, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Observation gegeben sind.[2] Da die Ausschreibung zur Observation nicht nur im Zusammenhang mit Straftaten erfolgen darf, der Kennzeichenabgleich nach § 14 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 E-HSOG aber zusätzlich voraussetzt, dass „die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht", führen die einengenden Voraussetzungen an den Kennzeichenabgleich dazu, dass nur in einem Teil der Situationen, in denen eine Observation möglich ist, ein Kennzeichenabgleich vorgenommen werden darf. Insgesamt kommt ein Abgleich nach der vorgeschlagenen Nummer 3 nur bei Straftaten von erheblicher Bedeutung in Betracht, deren Begehung unmittelbar bevorsteht. Es reicht also nicht jede Straftat aus, um einen Kennzeichenabgleich auslösen zu können. Im Polizeirecht wird die Formulierung „unmittelbar bevorstehend" häufig verwendet. Damit wird das polizeiliche Handeln davon abhängig gemacht, dass der Schaden sofort oder in allernächster Zukunft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (OVG Bremen NVwZ 2001, 221). Sowohl für die Bürger als auch die Verwaltung ist hinreichend erkennbar, dass der Kennzeichenabgleich bei § 14 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 E-HSOG nur in engen Grenzen in Betracht kommt. Auch insoweit dürfte das Gebot der Normenklarheit gewahrt sein (s. zur ähnlichen brandenburgischen Regelung *Roßnagel*, a.a.O., S. 39). Die Voraussetzungen für den Kennzeichenabgleich sind klar umschrieben. Die Durchführung des Abgleichs ist nicht in das Belieben der Polizei gestellt.

Sofern diese Voraussetzungen gegeben sind, entscheiden die Polizeibehörden nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen („können") über die Erhebung von Kennzeichen. Dabei müssen sie den in § 4 HSOG einfachgesetzlich ausgestalteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. § 4 Abs. 2 HSOG verbietet die Durchführung einer Maßnahme, die zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Auch ist die

[2] § 15 Abs. 2 S. 1, 2 HSOG: Auch über Nichtstörer, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder einer Person erforderlich ist; über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat mit erheblicher Bedeutung begehen werden; über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit Personen in Verbindung stehen, die Straftaten der in Nr. 2 genannten Art begehen werden, und die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist; über die in § 13 Abs. 2 Nr. 3 genannten Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Maßnahme zum Schutz der gefährdeten Person rechtfertigen. Hinzukommen muss, dass andere Maßnahmen mit Ausnahme der in §§ 15a, 16, 17 genannten erheblich weniger Erfolg versprechen würden oder die polizeiliche Aufgabenerfüllung mit Hilfe anderer Maßnahmen wesentlich erschwert werden würde.

Prof. Dr. Annette Guckelberger 9
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

Maßnahme nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist, oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann (§ 4 Abs. 3 HSOG). Neben den in § 14 Abs. 5 E-HSOG genannten Komponenten statuiert § 4 HSOG also weitere einengende Voraussetzungen: Außer den allgemeinen Voraussetzungen an den Kennzeichenabgleich ist von den Polizeibehörden darauf zu achten, dass die Durchführung des Kennzeichenabgleichs im Einzelfall verhältnismäßig ist.

Nach der vorgeschlagenen Neuregelung werden die Kennzeichen „ohne Wissen der Person" durch den „offenen Einsatz technischer Mittel" automatisiert erhoben. In dieser Hinsicht drängt sich die Frage auf, ob der Normgeber nicht eine in sich widersprüchliche Regelung geschaffen hat. Denn die vergleichbare brandenburgische Regelung, die nur das Merkmal „ohne Wissen der Person" ohne einen zugleich „offenen" Einsatz erwähnt, wird so verstanden, dass die Kennzeichen verdeckt erhoben werden (s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 77 zum Verständnis der brandenburgischen Parallelnorm). Eine „offene" Datenerhebung zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, dass die Bürger die Daten bewusst preisgeben und insbesondere auch erkennen, dass es sich um eine Maßnahme polizeilicher Informationsgewinnung handelt (*Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 566). Es ist nicht konsequent, einerseits davon auszugehen, dass die Kennzeichenerhebung ohne Wissen der Bürger geschieht, und andererseits den offenen Einsatz der technischen Mittel anzuordnen. Die Gesetzesbegründung enthält keinerlei Hinweise darauf, wie die Norm aufzufassen ist und sich der Kennzeichenabgleich in der Praxis vollziehen soll. Möglicherweise will der Normgeber damit zum Ausdruck bringen, dass die Kameras offen eingesetzt werden und somit in vielen Fällen für die Einzelnen auch wahrnehmbar sein werden, dass es aber für die Datenerhebung unschädlich ist, wenn der vorbeifahrende Fahrer den Vorgang nicht zur Kenntnis nimmt. Angesichts der Anforderungen an die Normenbestimmtheit sollte der Gesetzgeber klar zum Ausdruck bringen, wie sich die Datenerhebung vollziehen soll. Denkbar sind im Wesentlichen drei Erhebungsweisen: Die größte Offenheit der Datenerhebung wird erzielt, wenn die Kameras offen eingesetzt werden und die Bürger zusätzlich etwa durch Hinweisschilder darauf aufmerksam gemacht werden. Bei dieser Ausformung ist die Grundrechtsintensität der Kennzeichenerhebung am niedrigsten. Denkbar ist auch, dass die technischen Mittel offen eingesetzt werden, aber ungewiss bleibt, ob die Vorbeifahrenden sie registrieren. Am stärksten ist die Grundrechtsrele-

Prof. Dr. Annette Guckelberger 10
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

vanz, wenn der Einsatz der technischen Mittel für die Bürger nicht erkennbar ist und die Kennzeichen der Fahrzeuge ohne ihr Wissen erhoben werden. Sollte der hessische Landesgesetzgeber mit seiner Neuregelung auf die zweite Alternative abzielen, würde es an und für sich ausreichen, wenn er die Erhebung der Kennzeichen von Fahrzeugen durch den offenen Einsatz technischer Mittel anordnet. Auf das zusätzliche Merkmal „ohne Wissen der Person" sollte dann verzichtet werden, weil von einem Teil der Vorbeifahrenden der Abgleich wahrscheinlich wahrgenommen werden wird. In diesem Punkt besteht erheblicher Klarstellungsbedarf.

Nach § 14 Abs. 5 S. 2 E-HSOG können die erhobenen Daten mit zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1 gespeicherten polizeilichen Daten automatisch abgeglichen werden. Die Kennzeichendaten werden also mit anderen Datenbeständen verglichen. Auch in diesem Punkt sollte man darüber nachdenken, ob nicht eine stringentere Formulierung möglich wäre. Denn der Wille des Gesetzgebers dürfte dahin gehen, dass in sämtlichen Fällen, in denen Kennzeichen nach § 14 Abs. 5 E-HSOG erhoben werden, zugleich ein Datenabgleich vorgenommen wird.[3] Satz 2 macht bedeutende Einschränkungen hinsichtlich der Daten, mit denen der Abgleich vorgenommen werden darf: Es muss sich dabei um „zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1 gespeicherte polizeiliche Daten" handeln. Der Normgeber benennt zwar nicht explizit den Datenbestand, mit welchem der Abgleich vorzunehmen ist. Dieser wird aber funktional umschrieben, so dass er bestimmbar ist (s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 39). Insbesondere wird durch die Formulierung klargestellt, dass nicht ein Abgleich mit sämtlichen polizeilichen Daten erfolgen darf, sondern nur mit solchen, die einen Zusammenhang zu der abzuwehrenden Gefahr aufweisen. Dies ist auch im Hinblick auf die Verringerung der Grundrechtsintensität der Maßnahme sinnvoll (ohne Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit *Roßnagel*, a.a.O., S. 39 f.).

Aus Satz 3 ergibt sich sodann, wie die Polizei in einem Trefferfall zu verfahren hat. Bei Datenübereinstimmung sind unverzüglich Maßnahmen zur Klärung des Sachverhaltes zu ergreifen. § 14 Abs. 5 S. 3 E-HSOG enthält eine Sonderregelung zu dem sich aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht ergebenden Amtsermittlungsgrundsatz: Die Norm verpflichtet im Trefferfall die jeweilige Behörde zum Handeln. Aus dem Merkmal „unverzüglich" folgt, dass die Polizei ohne schuldhaftes Zögern die entspre-

[3] Das in Satz 2 verwendete „können" ist also nicht, wie es oft üblich ist, als Ermessens-Kann zu verstehen.

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

chenden Maßnahmen zu ergreifen hat. Dadurch wird gewährleistet, dass der vorgenommene Datenabgleich tatsächlich zur Erreichung des jeweiligen Ziels (Abwehr der Gefahr bzw. Abwendung der unmittelbar bevorstehenden Straftat) beiträgt. Eher vage fällt die Formulierung der „Maßnahmen zur Klärung des Sachverhaltes" aus. Denn es wird nicht näher umschrieben, worin diese Maßnahmen bestehen. Diese Formulierung dürfte deshalb gewählt worden sein, weil es von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängt, wie zu reagieren ist. Für die Bürger, für die Verwaltung und die Gerichte ist jedoch klar, was mit dieser Vorschrift gemeint ist. Die Norm verpflichtet die zuständige Stelle im Trefferfall zur schnellen Aufklärung des Sachverhalts. Die Zulässigkeit von einzelnen Folgemaßnahmen, z. B. ob das jeweilige Fahrzeug angehalten und durchsucht oder die Identität des Fahrers festgestellt werden darf, ergibt sich nicht aus § 14 Abs. 5 E-HSOG, sondern den für diese Maßnahmen einschlägigen polizeilichen Bestimmungen (s. auch BVerfG NJW 2008, 1505, 1507).

Aus § 14 Abs. 5 S. 4 E-HSOG ergibt sich mit der nötigen Klarheit, wann der Kennzeichenabgleich zur Erstellung von Bewegungsbildern eingesetzt werden darf. Zu bejahen ist dies in den Fällen des Satzes 1 Nr. 3, also wenn eine Person bzw. ein Fahrzeug nach § 17 ausgeschrieben wurde. In allen anderen Fällen darf der Kennzeichenabgleich nicht zur Erstellung von Bewegungsbildern dienen. Weil der Kennzeichenabgleich die Informationen für die Erstellung des Bewegungsbildes liefert, ist die systematische Verortung dieser Regelung grundsätzlich nicht zu beanstanden. Unter Umständen könnte man diese Regelung auch innerhalb des Normenkomplexes zur polizeilichen Beobachtung verankern. Dadurch würde den Personen, die über die Ausschreibung nach § 17 entscheiden, möglicherweise die Tragweite ihrer Anordnung mehr vor Augen geführt. Sie müssen aber ohnehin über andere polizeiliche Normen, die für ihre Entscheidung Relevanz haben können, Bescheid wissen.

Nach § 14 Abs. 5 S. 5 E-HSOG können die Daten bei Datenübereinstimmung polizeilich verarbeitet werden und im Falle des Satzes 1 Nr. 3 zusammen mit den gewonnenen Erkenntnissen an die ausschreibende Stelle übermittelt werden. In allen drei Situationen, in denen ein Kennzeichenabgleich erfolgen darf, dürfen die jeweiligen Daten in den Trefferfällen weiter verarbeitet werden. Aus dem zweiten Halbsatz ergibt sich, dass abgesehen von den Situationen des Satzes 1 Nr. 3 eine Übermittlung der Daten mit den gewonnenen Erkenntnissen an andere Stellen unzulässig ist. Auch in dem Ausnahmefall darf die Übermittlung nur an die ausschreibende Stelle

Prof. Dr. Annette Guckelberger 12
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

erfolgen.[4] Nach dem Gesetzeswortlaut handelt es sich um eine Ermessensnorm („können"). *Roßnagel*, a.a.O., S. 40 hat an der Bestimmtheit der vergleichbaren brandenburgischen Vorschrift keine Bedenken. Er geht davon aus, dass die Speicherung und Nutzung sowie die Übermittlung der Daten nur zulässig sind, wenn es für die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr oder für die Verhütung einer unmittelbar bevorstehenden Straftat erforderlich ist. Dies ist angesichts des § 36a BbgPolG konsequent, wonach Daten nur zu dem Zweck gespeichert, verändert und genutzt werden dürfen, zu dem die Daten erlangt worden sind.

Da § 14 Abs. 5 E-HSOG keine weiteren Kriterien für die Datenverarbeitung aufstellt, sind ergänzend die diesbezüglichen allgemeinen Polizeirechtsvorschriften heranzuziehen. Insoweit wäre also § 20 HSOG maßgeblich. Dieser gestattet in Absatz 1 den Polizeibehörden die Verarbeitung erhobener Daten, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Gemäß § 20 Abs. 3 HSOG können die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden personenbezogene Daten über andere als die in § 13 Abs. 2 Nr. 1 genannten Personen (= wenn Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Person Straftaten mit erheblicher Bedeutung begehen wird) nur zu den Zwecken verarbeiten, zu denen sie die Daten erlangt haben. Nach Absatz 5 können personenbezogene Daten über Verbindungspersonen nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 HSOG verarbeitet werden, soweit dies zur Verhütung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung unerlässlich ist. Alles in allem ist also aus der Gesamtschau der Ermächtigung der Abgleichsnorm mit den allgemeinen polizeilichen Normen zur Datenverarbeitung die Bestimmtheit dieser Regelung zu beurteilen. Die ohne weiteres bestimmte Regelung des § 14 Abs. 5 S. 6 E-HSOG, dass die Daten „anderenfalls" unverzüglich zu löschen sind,[5] bezieht sich auf diejenigen Fälle, in denen es zu keinem Treffer gekommen ist oder ein Treffer erzielt wurde, man aber von einer Verarbeitung der Daten absieht. Weil bei § 14 Abs. 5 E-HSOG hinsichtlich der Löschung der im Trefferfall gespeicherten Daten keine weiteren Angaben gemacht werden, würde sich die Löschung nach der allgemeinen Vorschrift des § 27 HSOG richten. Da sich bei den Datenerhebungen nach § 14 Abs. 1, 2 HSOG weitere Angaben zur Verarbeitung und Verwendung

[4] Nach BVerfGE 110, 33, 70 benötigen die Normen unter Bestimmtheitsgesichtspunkten eine ausdrückliche oder jedenfalls eine hinreichend sicher erschließbare Kennzeichnung der Empfangsbehörden „einhergehend mit Regeln, welche die Übermittlung auf deren jeweiligen spezifischen Aufgabenbereich konzentrieren."

[5] S. dazu *Roßnagel*, a.a.O., S. 40.

Prof. Dr. Annette Guckelberger 13
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

der Daten finden, sollte man aus Gründen der Übersichtlichkeit für den Bürger überlegen, ob man nicht auch bei § 14 Abs. 5 E-HSOG weitere Angaben dazu machen sollte.

§ 14 Abs. 5 S. 7 E-HSOG verbietet den flächendeckenden stationären Einsatz der technischen Mittel. Durch diese Regelung wird der mögliche Umfang der Kennzeichenerfassung zur Abmilderung des Grundrechtseingriffs eingegrenzt (BVerfG NJW 2008, 1505, 1513). Nach dem Wortlaut besteht das Verbot nur für den Kennzeichenabgleich durch stationäre Geräte. Der Inhalt des Merkmals „flächendeckend" muss durch Auslegung ermittelt werden. Die Norm dürfte dem Bestimmtheitsgebot genügen.[6]

b) Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Der Gesetzgeber darf in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen, wenn damit ein legitimer Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln verfolgt wird (BVerfG NJW 2008, 1505, 1515). Vor Erlass seiner Vorschriften muss sich der Gesetzgeber Gedanken über die Persönlichkeitsrelevanz seiner Anordnung(en) machen (s. dazu BVerfG NJW 2008, 1505, 1507 ff.). Diese hängt unter anderem davon ab, wie viele Grundrechtsträger wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind und unter welchen Voraussetzungen dies geschieht, respektive ob die betroffenen Personen für die polizeiliche Maßnahme einen Anlass gegeben haben (BVerfG NJW 2006, 1939, 1942). Nach ständiger Rechtsprechung verfügen Informationserhebungen gegenüber Personen, die nicht durch ihr Verhalten den jeweiligen Eingriff veranlasst haben, über eine grundsätzlich höhere Eingriffsintensität als anlassbezogene Maßnahmen (BVerfG NJW 2008, 1505, 1507). Vom Kennzeichenabgleich werden „unbescholtene" Personen insbesondere dann berührt, wenn das Kennzeichenlesegerät fehlerhaft einen Treffer signalisiert,[7] oder wenn sich die polizeilichen Daten, mit denen der Abgleich vorgenommen wird, nicht nur auf Verdächtige bzw. Störer beziehen, sondern auch auf andere Personen, die z. B. le-

---

[6] Aus Verhältnismäßigkeitserwägungen könnte man überlegen, ob man nicht eine Regelung des Inhalts erlassen sollte, dass auch mobile Kennzeichenlesegeräte nicht so eingesetzt werden dürfen, dass damit eine flächendeckende Überwachung erreicht wird. Andererseits verhindern im Grunde genommen schon die einengenden Voraussetzungen an den Kennzeichenabgleich, dass er nicht flächendeckend zur Anwendung kommen kann. Die explizite gesetzliche Regelung kommt jedoch den Bürgern entgegen, weil ihnen dadurch nochmals die Unzulässigkeit eines flächendeckenden Kennzeichenabgleichs vor Augen geführt wird.

[7] S. zur Fehleranfälligkeit der Geräte *Roßnagel*, a.a.O., S. 17.

Prof. Dr. Annette Guckelberger 14
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

diglich mit den Störern bzw. Verdächtigen in Kontakt stehen, ohne dass von ihnen selbst eine Gefahr ausgeht.[8]

Die Beurteilung der Angemessenheit einer Maßnahme hängt von der Gestaltung der Einschreitschwellen, der Zahl der Betroffenen und der Intensität der Maßnahme im Übrigen ab (BVerfG NJW 2006, 1939, 1942). Soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Kennzeichenabgleich heimlich erfolgen, hat dies nach der Rechtsprechung eine Erhöhung des Gewichts der gesetzgeberischen Freiheitsbeeinträchtigung zur Folge (BVerfG NJW 2008, 1505, 1508 f.). Selbst wenn beim Kennzeichenabgleich die Kameras bzw. technischen Mittel offen eingesetzt werden, bedeutet dies nicht, dass sie auch von allen Vorbeifahrenden zur Kenntnis genommen werden. Wird z. B. ein Fahrzeug von einem Halter einer anderen Person überlassen und werden bei der Fahrt des anderen die Kennzeichen erhoben, ist durch den offenen Einsatz der technischen Mittel keinesfalls gesichert, dass der von der staatlichen Maßnahme primär Betroffene von diesem Vorgang überhaupt erfährt. Die Maßnahme vollzieht sich jedenfalls insoweit „heimlich", als der Vorbeifahrende regelmäßig nicht wissen kann, ob ein Trefferfall registriert wird und die Daten gespeichert sowie für weitere Zwecke genutzt werden. Unter Rechtsschutzerwägungen gestaltet sich die Lage dann anders, wenn die Fahrzeuge angehalten und die Betreffenden auf die vorausgegangenen Schritte aufmerksam gemacht werden (s. dazu näher BVerfG NJW 2008, 1505, 1509).

Sollen Informationen über Einzelfahrten zu einem Bewegungsprofil zusammengestellt werden, effektiviert der Kennzeichenabgleich nicht lediglich das bisherige polizeiliche Eingriffsinstrumentarium, „sondern stellt sich selbst als eine neuartige Eingriffsmöglichkeit mit potenziell hoher Persönlichkeitsrelevanz dar" (BVerfG NJW 2008, 1505, 1509). „Der Eingriff erhält dadurch eine veränderte Qualität mit gesteigerter Intensität und bedarf einer darauf abgestimmten Ermächtigung" (BVerfG NJW 2008, 1505, 1512). Anhand dieser Ausführungen des BVerfG wird deutlich, dass bei der Zulassung des Kennzeichenabgleichs zur Erstellung von Bewegungsbildern in besonderem Maße auf die Angemessenheit der Maßnahme geachtet werden muss.

Mit dem automatisierten Kennzeichenabgleich sollen gegenwärtige Gefahren abgewehrt sowie unmittelbar bevorstehende Straftaten verhindert werden. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich sowohl beim Schutz der öffentlichen

[8] So bezieht sich § 13 Abs. 2 Nr. 2 HSOG auf Verbindungspersonen, § 14 Abs. 1, 2 HSOG.

Prof. Dr. Annette Guckelberger 15
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

Sicherheit und Ordnung als auch bei der Strafverfolgung und damit letztlich auch bei der Straftatenverhütung um legitime Zwecke, die grundsätzlich ein hohes verfassungsrechtliches Gewicht haben (BVerfG NJW 2008, 1505, 1515). Der automatisierte Kennzeichenabgleich ist zur Erreichung der vom hessischen Gesetzgeber intendierten Zwecke geeignet (s. auch BVerfG NJW 2008, 1505, 1515). Auch wenn die Zahl der positiven Treffer gegenüber derjenigen der erfassten Kennzeichen deutlich zurückbleibt, ändert dies nichts daran, dass im Trefferfall die Durchführung weiterer auf die Zweckverfolgung bezogener Maßnahmen ermöglicht bzw. erleichtert wird. Sollte die vorgeschlagene Regelung zum Kennzeichenabgleich so verstanden werden, dass dieser prinzipiell ohne Wissen der Personen erfolgt, verhindert der Normgeber, dass bestimmte Personen dem Kennzeichenabgleich ausweichen, indem sie andere Örtlichkeiten benutzen. Die Heimlichkeit der Maßnahme erhöht ihre Geeignetheit zur Zweckerreichung. Aber auch wenn der Kennzeichenabgleich in bestimmten Situationen offen erfolgen würde, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass wegen möglicher Umgehungsstrategien der angestrebte Zweck überhaupt nicht erreicht werden könnte. Denn es ist nicht gesagt, dass mit dem ausgeschriebenen Fahrzeug nicht doch die betreffende Stelle passiert wird – sei es, weil die betreffende Person keine Kenntnis von der Ausschreibung des Fahrzeugs hat, sei es, weil sie sehenden Auges das Risiko der Erfassung eingeht oder weil sie auf die Nutzung bestimmter Örtlichkeiten angewiesen ist. Angesichts der besonderen Reichweite des automatisierten Kennzeichenabgleichs wird regelmäßig kein gleich geeignetes, aber weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung stehen (s. dazu BVerfG NJW 2008, 1505, 1515 bei Rn. 166; s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 63).

Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne darf die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zum Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen. In dem Spannungsverhältnis zwischen der staatlichen Pflicht zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner verfassungsrechtlichen Rechte obliegt es zunächst dem Gesetzgeber, in abstrakter Weise für einen entsprechenden Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu sorgen (BVerfG NJW 2006, 1939, 1941; NJW 2008, 1505, 1515).

aa. Kennzeichenabgleich zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

Beim Schutz von Leib und Leben handelt es sich um hochrangige Rechtsgüter. Da der automatisierte Kennzeichenabgleich nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr zugelassen wird, ist sichergestellt, dass nur bei aktuellen schwerwiegenden Gefahren in das informationelle Selbstbestimmungsrecht eingegriffen wird. Deshalb werden an dieser Alternative regelmäßig keine verfassungsrechtlichen Bedenken angemeldet (s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 68).

bb. Kennzeichenabgleich zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr bei Vorliegen der Voraussetzungen der Identitätsfeststellung

Auch nach der § 14 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 E-HSOG darf der Kennzeichenabgleich nur in engen Grenzen zur Anwendung kommen. Zwar wird im Unterschied zu Nummer 1 nicht das zu schützende Rechtsgut angegeben. Aus der Verweisung auf § 18 HSOG folgt jedoch, dass der Abgleich nur an bestimmten Orten vorgenommen werden darf. Bei Nr. 1a müssen tatsächliche Anhaltspunkte für die Begehung von Straftaten, das Antreffen von Personen ohne Aufenthaltstitel oder das Verbergen von Straftätern bestehen. Bloße Vermutungen, dass es sich um einen solchen Ort handelt, genügen nicht. Nr. 1b bezieht sich auf Orte, an denen der Prostitution nachgegangen wird. Mit der Norm möchte man ersichtlich gewissen Rechtsverstößen entgegenwirken. Da keine Eingrenzung hinsichtlich der Straftaten vorgenommen wird, muss es sich nach dem Gesetzestext nicht notwendigerweise um Orte handeln, an denen gerade mit gravierenden Straftaten zu rechnen ist. Teilweise wird jedoch in verfassungskonformer Einschränkung vertreten, dass die Identitätsfeststellung nur bei Straftaten mit erheblicher Bedeutung in Betracht komme (*Rachor*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, F Rn. 388). Da der Kennzeichenabgleich an die Voraussetzungen für die Identitätsfeststellung anknüpft, würde diese Einschränkung auch für diese polizeiliche Maßnahme gelten. Zusätzlich wird für den Kennzeichenabgleich das Vorliegen einer „gegenwärtigen" Gefahr verlangt, wodurch er in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt wird. Auch wird der Abgleich davon abhängig gemacht, dass er zur Abwehr der Gefahr „erforderlich" ist.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom März 2008 die Begrenzung des automatisierten Kennzeichenabgleichs auf Situationen angesprochen, in denen Umstände der konkreten Örtlichkeit oder dokumentierte Lageerkenntnisse über Kriminalitätsschwerpunkte einen Anknüpfungspunkt geben, der auf gesteigerte Risiken der Rechtsgutgefährdung oder -verletzung und zugleich auf eine hinreichende Wahr-

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

scheinlichkeit hinweist, dass diesen Risiken mit Hilfe der automatisierten Kennzeichenerfassung begegnet werden kann (BVerfG NJW 2008, 1505, 1516). Jedenfalls wenn mit dem Abgleich auf die Verhinderung der Verletzung erheblicher Rechtsgüter an bestimmten gefahrenträchtigen Orten abgezielt wird, dürfte die Angemessenheit der Maßnahme gewahrt sein. Soweit jedoch nicht die Begehung von Straftaten von besonderem Gewicht verlangt wird, unterliegt eine derartige Vorschrift nach Meinung von *Roßnagel*, a.a.O., S. 69 verfassungsrechtlichen Zweifeln.

Lässt man den Kennzeichenabgleich an Orten zu, an denen üblicherweise gehäuft bereits geringere Rechtsgutverletzungen vorkommen, hat dies eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Kennzeichenabgleichs zur Folge. Auch sind die Gründe für ein polizeiliches Eingreifen in diesem Fall weniger hoch wie bei der Abwehr einer Gefahr für Leib und Leben. Um die Angemessenheit der Maßnahme zu wahren, kommt es in dieser Situation auf die übrigen Parameter des Kennzeichenabgleichs an. Sofern der Abgleich landesrechtlich so ausgestaltet ist, dass es im Falle der Nichtübereinstimmung des Datenabgleichs schon gar nicht zu einem Grundrechtseingriff kommt, wird dadurch die Grundrechtsintensität der Maßnahme abgesenkt. Auch wenn nur die Abgleichung mit solchen polizeilichen Daten vorgenommen wird, die gerade dazu dienen, der infrage stehenden Rechtsgutverletzung entgegenzuwirken oder sich der Abgleichsdatenbestand auf Personen beschränkt, von denen derartige Rechtsgutverletzungen zu erwarten sind, wird die Grundrechtsintensität verringert. Möglicherweise lässt sich bereits durch die Offenheit des Abgleichs den jeweiligen Gefahren begegnen. Des Weiteren sollte man sich Gedanken machen, welche Folgemaßnahmen hier im Falle eines Treffers geboten sind, insbesondere, ob in sämtlichen Trefferfällen eine polizeiliche Datenverarbeitung geboten ist und ob man den Abgleich nicht noch zeitlich mehr beschränken könnte, indem er etwa von vornherein nur stichprobenartig vorgenommen wird. Gerade an Orten, die für die Begehung bestimmter Rechtsgutverletzungen typisch sind, wird oft zugleich eine gegenwärtige Gefahr zu bejahen sein, so dass sich die Zulässigkeit des Kennzeichenabgleichs im Ergebnis über einen längeren Zeitraum erstrecken kann.

Zwar wird auch bei den Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Nr. 3 HSOG nicht an eine bestimmte Straftat angeknüpft. Allerdings werden die Voraussetzungen der Identitätsfeststellung deutlich mehr eingegrenzt. Neben „tatsächlichen Anhaltspunkten" dafür, dass „in oder an dem Objekt" Straftaten begangen werden, durch die in oder

Prof. Dr. Annette Guckelberger 18
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

an diesen Objekten befindliche Personen oder die Objekte selbst unmittelbar gefährdet werden, und dies aufgrund der Gefährdungsanlage oder auf die Person bezogener Anhaltspunkte erforderlich ist, werden dem Anwendungsfeld des Kennzeichenabgleichs enge Grenzen gezogen, so dass grundsätzlich die Verhältnismäßigkeit gewahrt sein dürfte (s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 68).

Schließlich kann eine Identitätsfeststellung und damit auch ein Kennzeichenabgleich zur Verhütung einer in § 100a StPO genannten Straftat oder einer Straftat nach § 27 VersG in Betracht kommen. Im Grunde handelt es sich hier um eine Verweisung auf eine Bundesnorm. Dynamische Verweisungen auf das Bundesrecht sind nicht unbedenklich, da nie ganz auszuschließen ist, dass der Bund dem Inhalt der in Bezug genommenen Vorschriften doch einen anderen Inhalt gibt und damit die vom Landesgesetzgeber vorgenommene Austarierung der kollidierenden Rechtspositionen nicht mehr stimmig ist (s. zu den verfassungsrechtlichen Problemen der Gesetzgebungstechnik der Verweisung *Guckelberger* ZG 2004, 62 ff.). Im Falle einer statischen Verweisung ließe sich auf jeden Fall verhindern, dass die landesrechtliche Norm einen vom Landesgesetzgeber nicht gewollten Inhalt erhält. Der jetzige § 100a StPO bezieht sich auf bestimmte, dort näher umschriebene schwere Straftaten. § 27 VersG betrifft das Mitführen von Waffen. Da es dem Gesetzgeber auch in dieser Situation um die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für gewichtige Rechtsgüter geht, wird auch bei dieser Variante die Verhältnismäßigkeit bejaht (ebenso *Roßnagel*, a.a.O., S. 70).

cc. Kennzeichenabgleich zur Abwehr unmittelbar bevorstehender Straftaten

§ 14 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 E-HSOG ermächtigt zum Kennzeichenabgleich, wenn eine Person bzw. ein Fahrzeug nach § 17 ausgeschrieben wurde und die für die Ausschreibung relevante Begehung der Straftat unmittelbar bevorsteht. Vor allem durch das zuletzt genannte Merkmal wird der Anwendungsbereich des Kennzeichenabgleichs deutlich eingeschränkt. Die bloße Vermutung oder entfernt liegende Wahrscheinlichkeit, dass es zu der Straftat kommen könnte, reicht nicht aus. Der Kennzeichenabgleich darf nur bei solchen unmittelbar bevorstehenden Straftaten erfolgen, die gerade für die Ausschreibung relevant sind. Bei § 17 Abs. 2 Nr. 1 HSOG muss es sich um eine Straftat mit erheblicher Bedeutung handeln (s. die Umschreibung in § 13 Abs. 3 HSOG). Auch beim Verweis des § 17 Abs. 2 Nr. 2 HSOG auf § 15 Abs. 2 HSOG geht es um den Schutz von Leib, Leben oder Freiheit der Person bzw. Strafta-

Prof. Dr. Annette Guckelberger 19
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

ten von erheblicher Bedeutung. Weiterhin darf die Ausschreibung nur vorgenommen werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die aufgrund der Ausschreibung gemeldeten Erkenntnisse für die Verhütung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung erforderlich sind. Insgesamt geht es dem Gesetzgeber um den Schutz wichtiger Rechtsgüter. Dem stehen etwaige Beeinträchtigungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber. Angesichts des dem Gesetzgeber zustehenden Spielraums bei der Austarierung der kollidierenden Rechtsgüter dürfte die Zulassung des Kennzeichenabgleichs in derartigen Situationen grundsätzlich nicht zu beanstanden sein (so auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 70).

Nach der Neuregelung darf der Kennzeichenabgleich in den Fällen des § 14 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 E-HSOG zur Erstellung von Bewegungsbildern verwendet werden. Wie oben schon angesprochen, handelt es sich dabei für die Betroffenen um eine Maßnahme von besonderer Grundrechtsintensität. Insoweit ist der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der damit angestrebten Abwendung von Gefahren gegenüberzustellen, die einen Zusammenhang zu Straftaten von erheblicher Bedeutung bzw. den Schutz von Leib, Leben oder Freiheit der Person aufweisen. Die besondere Grundrechtsintensität resultiert daraus, dass in diesem Fall über eine längere Zeitspanne Erkenntnisse über das Verhalten einer Person gesammelt werden. Aus § 14 Abs. 5 E-HSOG lassen sich keine weiteren Grenzen für eine derartige Erstellung von Bewegungsbildern entnehmen. Allerdings dürfte die Voraussetzung für den Abgleich, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung der Straftat unmittelbar bevorsteht, zu einer zeitlichen Eingrenzung der Maßnahme und damit auch der für die Erstellung eines Bewegungsbilds in Betracht kommenden Treffer führen. Da die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung nach § 17 HSOG an besondere Anforderungen geknüpft wird (nur durch besondere Bedienstete, schriftlich, auf höchstens zwölf Monate befristen, spätestens nach drei Monaten überprüfen, Löschung, wenn Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, der Zweck erreicht ist oder nicht mehr erreicht werden kann), wird durch diese Anforderungen zugleich auch der Anwendungsbereich des Kennzeichenabgleichs zur Erstellung von Bewegungsbildern begrenzt. Da beim automatisierten Kennzeichenabgleich die Anzahl der Erkenntnisse über eine Person zunimmt, sollte der Normgeber sich darüber Gedanken machen, ob bei Beibehaltung seiner bisherigen Anforderungen an die polizeiliche Beobachtung, die nunmehr durch die Möglichkeit des Kennzeichenabgleichs intensi-

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

viert wird, noch die Verhältnismäßigkeit seiner gesetzlichen Ausgestaltung gegeben ist (so spricht auch das BVerfG NJW 2008, 1505, 1512 Rn. 136 von einer „darauf abgestimmten Eingriffsermächtigung"). Nur am Rande sei darauf verwiesen, dass an der polizeilichen Beobachtung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten verfassungsrechtliche Zweifel angemeldet werden, wenn die Beobachtung sich auf andere Personen als auf potenzielle Straftäter bezieht (*Petri*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, H Rn. 284).[9] Soweit von diesen Personen selbst keine Gefahr für die genannten Rechtsgüter ausgeht, lässt sich bei ihnen kaum die Erstellung eines detaillierten Bewegungsbildes rechtfertigen.

Angesichts der besonderen Grundrechtsintensität der Erstellung von Bewegungsbildern sollte klar geregelt werden, welche Daten (Ort, Fahrtrichtung) in Bezug auf welche Personen für das Bewegungsbild festgehalten werden dürfen. Denn in dieser Hinsicht stellt sich für mich die Frage, wie sich die angedachte Regelung zur Erstellung der Bewegungsbilder zu den allgemeinen Vorschriften über die Datenverarbeitung verhält. Da für die Erstellung von Bewegungsbildern die Heimlichkeit typisch ist, sollte man angesichts ihrer Grundrechtsintensität, insbesondere wenn diese sehr detailliert ausfallen, über etwaige Schutzvorkehrungen nachdenken. Grundsätzlich verlangt das BVerfG für heimliche staatliche Maßnahmen, die besonders geschützte Zonen der Privatheit berühren „oder eine besonders hohe Eingriffsintensität aufweisen", besondere Verfahrensvorkehrungen vorzusehen (s. zur Onlinedurchsuchung BVerfG NJW 2008, 822, 832; zur Kontostammabfrage insbesondere auch zu etwaigen Benachrichtigungspflichten BVerfG NJW 2007, 2464, 2471, 2473).

dd. Heimlichkeit der Kennzeichenerfassung

Sollte der Wille des hessischen Gesetzgebers vor allem dahin gehen, dass die Fahrzeugkennzeichen ohne Wissen der Personen erhoben werden, hat dies nach ständiger Rechtsprechung eine Erhöhung der Freiheitsbeeinträchtigung zur Folge. Die Heimlichkeit beeinträchtigt den Rechtsschutz und darüber hinaus die Gesellschaft insgesamt (BVerfG NJW 2008, 1505, 1508; s. auch *Roßnagel*, a.a.O., S. 75 f.). Ausnahmen von dem Prinzip der offenen Datenerhebung werden nur dann als zulässig erachtet, wenn eine offene Datenerhebung aus entsprechend gewichtigen Gründen des Allgemeininteresses ausscheidet, insbesondere durch die Offenheit die Erfüllung

[9] Die polizeiliche Beobachtung kann auch in Hessen Dritte erfassen, da § 17 Abs. 2 Nr. 1 auf § 15 Abs. 2 S. 1, 2 HSOG verweist.

Prof. Dr. Annette Guckelberger 21
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

der polizeilichen Aufgabe gefährdet würde (s. näher dazu *Petri*, in: Handbuch des Polizeirechts, H Rn. 166). Wenn verallgemeinernd gesagt werden könnte, dass bei den in § 14 Abs. 5 S. 1 E-HSOG geregelten Situationen die jeweilige Gefahrenlage sich regelmäßig allein bei Vornahme des Kennzeichenabgleichs in verdeckter Form abwehren lässt, d. h. durch einen offenen Datenabgleich der betreffenden Gefahr nicht wirksam begegnet werden könnte, könnte dies die Heimlichkeit rechtfertigen (s. auch zur Rechtfertigung bei heimlichen Maßnahmen BVerfG NJW 2008, 822, 830). Da der Kennzeichenabgleich jedoch in verschiedenen Situationen in Betracht kommen kann, wäre dem Normgeber, um verfassungsrechtlich auf der sicheren Seite zu stehen, eine differenzierende Regelung zu empfehlen, welche die Parameter benennt, wann von einem offenen Kennzeichenabgleich abgesehen werden darf (s. zu den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken von *Roßnagel*, a.a.O., S. 77 zu der brandenburgischen Regelung, die ebenfalls den Kennzeichenabgleich ohne Wissen der jeweiligen Personen gestattet). Diese Vorgehensweise ist auch deshalb sinnvoll, weil sich bei dem ausschließlich verdeckten Kennzeichenabgleich aus Rechtsschutzerwägungen die Frage nach sonstigen Vorkehrungen zum Schutz der Betroffenen stellt; s. dazu *Roßnagel*, a.a.O., S. 82).

ee. Datenverarbeitung und -löschung

Wie bereits angerissen, wäre zu überlegen, ob man die Anforderungen, unter denen die erhobenen Daten verarbeitet werden dürfen, nicht näher präzisieren sollte. Sofern der Kennzeichenabgleich die Erstellung von Bewegungsbildern ermöglichen soll, ergibt sich aus dem anvisierten Ziel die Notwendigkeit der Verarbeitung.

III. Zu §§ 15 Abs. 4, 15a Abs. 4 E-HSOG:

§ 15 Abs. 4 S. 1 HSOG ermächtigt die Polizeibehörden dazu, in oder aus Wohnungen ohne Kenntnis der betroffenen Person Daten zu erheben, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist. Nach Satz 2 unterliegen Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung einem Verwertungsverbot. Weil dies zum Schutz des absoluten Kernbereichs ungenügend ist, sollen die im Strafprozessrecht besonders geschützten Berufsgruppen (§ 53 StPO) künftig vom Anwendungsbereich von Maßnahmen nach § 15 Abs. 4 S. 1 HSOG ausgenommen werden. Ohne hier den Wortlaut des § 53 StPO im Detail zu wiederholen, gehören zu den zeugnisverweigerungsberechtigten Personen aus beruflichen Gründen Geistliche, der Verteidiger des Beschuldigten, Rechts-

Prof. Dr. Annette Guckelberger 22
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

anwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte, Apotheker und Hebammen, Berater für Fragen der Betäubungsmittelabhängigkeit, Abgeordnete und Personen, die bei der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken. Außerdem soll § 15 Abs. 4 HSOG ein neuer Satz hinzugefügt werden, wonach die entsprechende Maßnahme sofort zu unterbrechen ist, wenn erkennbar wird, dass durch sie Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Für bereits erlangte Informationen wird ein Verwertungsverbot statuiert.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BVerfG, dass dem Einzelnen aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde ein Kernbereich privater Lebensgestaltung zusteht, den der Staat absolut zu respektieren hat und in den auch nicht zum Schutze anderer Rechtsgüter eingegriffen werden darf (s. dazu BVerfGE 109, 279, 313). Es herrscht weitgehend Konsens, dass diese Aussagen des BVerfG zum Menschenwürdeschutz nicht nur für Lauschangriffe zu repressiven Zwecken, sondern gleichermaßen für solche aus präventiven Gründen gelten (s. nur *Ziekow/Guckelberger*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 13 Rn. 101; *Huber* ThürVBl 2005, 1, 3). Die Zuordnung eines Gesprächs zum unantastbaren Kernbereich hängt davon ab, ob es nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist. Insoweit sind die Besonderheiten des jeweiligen Falles maßgebend (BVerfGE 109, 279, 320). Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist ein gewichtiger Anhaltspunkt für die Menschenwürderelevanz des Gesprächsinhalts die Anwesenheit von Personen höchstpersönlichen Vertrauens. Zu § 53 StPO heißt es in der Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 109, 279, 322 f.):

„Jedoch erfolgt auch dieser Schutz nicht in allen Fällen des § 53 StPO um der Menschenwürde des Beschuldigten oder der Gesprächspartner willen. Diese Annahme trifft allerdings auf das seelsorgerliche Gespräch mit dem Geistlichen zu. .. Auch dem Gespräch mit dem Strafverteidiger kommt die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird. Arztgespräche können im Einzelfall dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein. Die Zeugnisverweigerungsrechte der Presseangehörigen und der Parlamentsabgeordneten weisen demgegenüber keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung auf. Sie werden um der Funktionsfähigkeit der Institution willen und nicht wegen des Persönlichkeitsschutzes des Beschuldigten gewährt."

Soweit die Herausnahme aller in § 53 StPO genannten Personen mit dem absolut zu schützenden Kernbereich privater Lebensgestaltung begründet wird, erweist sich diese Annahme nur in Teilen als zutreffend. Nach bisheriger Rechtsprechung ist das

Prof. Dr. Annette Guckelberger 23
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

Zwiegespräch mit dem Seelsorger absolut zu schützen. Auch die Herausnahme von Gesprächen mit dem Strafverteidiger aus den Überwachungsmaßnahmen ist notwendig, damit der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt des Strafverfahrens wird. Im Zuge der Novellierung der Strafprozessordnung durch das Gesetz vom 21.12.2007 (BGBl. I 3198) hat sich der Bundesgesetzgeber dafür entschieden, dass nur Ermittlungsmaßnahmen gegen eine in § 53 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 StPO genannte Person unzulässig sind, während bei Personen nach Abs. 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 ein relatives, an Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten anerkanntes Erhebungs- und Verwertungsverbot statuiert wird, bei dem die besondere Stellung dieser Personen im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen ist (§ 160a StPO n.F.). Diese differenzierende Regelung wird mit der obigen Rechtsprechung des BVerfG begründet, wonach nicht sämtliche Gespräche mit allen Zeugnisverweigerungsberechtigten einen Bezug zur unantastbaren Menschenwürde aufweisen. Vor allem an der Differenzierung zwischen Strafverteidigern, die absoluten Schutz genießen, und Anwälten, die nur relativ geschützt werden, werden im Moment von Teilen des Schrifttums Zweifel angemeldet: Unter anderem wird geltend gemacht, dass die Differenzierung zwischen Verteidigern und Rechtsanwälten nicht praktikabel sei (z. B. *Ignor* NJW 2007, 3404, 3405).

Wegen des absoluten Schutzes von Gesprächen mit Geistlichen und Strafverteidigern ist es nicht zu beanstanden, wenn hinsichtlich dieser Personen ein absolutes Erhebungsverbot statuiert wird. Bei anderen Rechtsanwälten ist, auch wenn Art. 1 Abs. 1 GG nicht einschlägig ist, bei der gesetzlichen Ausgestaltung zu berücksichtigen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandat und Anwalt jedenfalls den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Bürgers sowie des Art. 12 Abs. 1 GG genießt (*Fahr* DStR 2008, 375, 379; BVerfG NJW 1972, 2214, 2215; 2007, 2464, 2472). Erst jüngst entschied das BVerfG, dass die Strafverfolgungsbehörden bei der Anordnung einer Beschlagnahme wegen der herausgehobenen Bedeutung der Berufsausübung eines Rechtsanwalts für die Rechtspflege und für die Wahrung der Rechte der Mandaten besonders sorgfältig die Eingriffsvoraussetzungen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten müssten (BVerfG DVBl 2008, 841). Nach BVerfGE 110, 226, 252 müssen unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interesse unab-

Prof. Dr. Annette Guckelberger 24
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

hängig, frei und uneigennützig wahrnehmen. Wenn nur ein Teil der Anwälte generell von den Überwachungsmaßnahmen ausgenommen wird, muss sich der Gesetzgeber mit den daraus resultierenden Konsequenzen für das Vertrauensverhältnis von Anwalt und Mandant auseinandersetzen. Insbesondere muss er prüfen, ob sich durch andere relativierende Regelungen, wie sie etwa auf Bundesebene vorgesehen wurden, und die sofortige Verpflichtung zum Abbruch der Überwachungsmaßnahme, wenn die Zugehörigkeit des konkret geführten Gesprächs zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung erkennbar wird, in ausreichendem Maße Beeinträchtigungen dieses Vertrauensverhältnisses entgegenwirken lässt. Insoweit muss sich der Gesetzgeber anhand einer Abwägung der verschiedenen kollidierenden Güter für eine sinnvolle Regelung entscheiden. Außerhalb der einer Abwägung nicht zugänglichen Vorgaben des Art. 1 Abs. 1 GG verfügt er über einen Spielraum bei der Ausgleichung der Interessen.

Im Grunde genommen ist also für jede in § 53 StPO genannte Personengruppe zu ermitteln, ob Art. 1 Abs. 1 GG eine allgemeine Herausnahme aus der polizeilichen Befugnisnorm gebietet. Ansonsten ist zu prüfen, welche sonstigen verfassungsrechtlichen Normen für eine solche Exklusion sprechen, der dann die damit möglicherweise einhergehende Beeinträchtigung bei der Abwehr der gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegenüberzustellen sind. Auch wenn nicht jedes Gespräch mit einem Arzt einen Bezug zum unantastbaren Kernbereich aufweisen muss, dies aber bis auf seltene Ausnahmen doch der Fall sein sollte, kann sich eine pauschalisierende Regelung durchaus als sinnvoll erweisen (s. auch *Huber* ThürVBl 2005, 1, 5 f.; s. zum Vertrauensverhältnis in Bezug auf Ärzte BVerfG MedR 2006, 586, 587).

Die Zeugnisverweigerungsberechtigung bei Abgeordneten hat mit dem Schutz der Menschenwürde wenig zu tun. Im Vordergrund steht vielmehr der Schutz des den Abgeordneten verfassungsrechtlich garantierten Zeugnisverweigerungsrechts. Auf Bundesebene ist Art. 47 GG maßgeblich. Auf Landesebene berechtigt Art. 97 Abs. 1 HV die Mitglieder des hessischen oder eines anderen deutschen Landtags zur Zeugnisverweigerung über Personen, die ihnen in ihrer Eigenschaft als Abgeordnete Tatsachen anvertrauen oder denen sie in Ausübung ihrer Abgeordnetentätigkeit solche anvertraut haben, sowie über diese Tatsachen selbst. Auch in Beziehung auf Beschlagnahme von Schriftstücken werden sie den Personen gleichgestellt, die ein ge-

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

setzliches Zeugnisverweigerungsrecht haben. Beim ähnlich formulierten Art. 47 GG wird überwiegend davon ausgegangen, dass das Beschlagnahmeverbot nicht nur für die strafprozessuale, sondern auch die präventiv-polizeiliche Beschlagnahme gilt (*Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 47 Rn. 14). Mit dem Beschlagnahmeverbot möchte man einer Umgehung des vorangestellten Zeugnisverweigerungsrechts zuvorkommen (*Jarass/Pieroth*, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 47 Rn. 3; *Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 47 Rn. 10). Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, den in diesem Verbot sichtbar werdenden verfassungsrechtlichen Grundgedanken auf andere Maßnahmen zu übertragen. Dies ist auch der Grund, warum die Abgeordneten in den absoluten Schutz vermittelnden § 160a Abs. 1 StPO einbezogen wurden.

Nach der obigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weisen die Zeugnisverweigerungsrechte der Medienmitarbeiter keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung auf. Bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Verfassung derartigen Tätigkeiten wegen der hohen Bedeutung der Presse- und Rundfunkfreiheit einen besonderen institutionellen Schutz gewährt (BVerfGE 107, 299, 322; 109, 279, 323 f.). Hier obliegt es dem Gesetzgeber, für einen Ausgleich der verschiedenen Verfassungsgüter zu sorgen (s. dazu auch *Huber* ThürVBl 2005, 1, 6).

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird in den nachfolgenden Sätzen nunmehr explizit vorgesehen, dass die Maßnahme sofort abzubrechen ist, wenn erkennbar wird, dass durch sie Erkenntnisse aus dem Bereich privater Lebensgestaltung erlangt werden (BVerfGE 109, 279, 324, 328; BVerfG NJW 2007, 2753, 2757). Bereits erlangte Informationen aus diesem Kernbereich unterliegen einem Verwertungsverbot, von dem richtigerweise keinerlei Ausnahmen gestattet werden (BVerfGE 109, 279, 332; BVerfG NJW 2007, 2753, 2757; 2008, 822, 834).

Die soeben zu § 15 Abs. 4 E-HSOG dargestellten Erwägungen lassen sich sinngemäß auf den neu einzufügenden Abs. 4 bei § 15a HSOG übertragen, der die Datenerhebung durch Telekommunikationsüberwachung regelt.

IV. Zu § 26 Abs. 1 S. 1 E-HSOG:

Die Neuregelung des § 26 HSOG stellt eine Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur polizeilichen Rasterfahndung dar: Danach ist eine präventive polizeiliche Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbst-

Prof. Dr. Annette Guckelberger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

bestimmung 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 (BVerfG NJW 2006, 1339 ff.). Die vorgeschlagene Neuregelung knüpft an diese Rechtsprechung an. Die Rasterfahndung wird aber nicht nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit und Freiheit zugelassen, sondern auch „wenn gleichgewichtige Schäden für die Umwelt zu erwarten sind."

Da sich das Bundesverfassungsgericht nicht abschließend zu den Rechtsgütern geäußert hat, welche den mit einer Rasterfahndung verbundenen Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung legitimieren können, kann der Kreis der zu schützenden Rechtsgüter erweitert werden, sofern diese im Falle der Abwägung die Grundrechtsbeeinträchtigung überwiegen. In seiner Entscheidung zu den heimlichen Online-Durchsuchungen meinte das BVerfG, dass neben Leib, Leben und Freiheit der Person zu den überragend wichtigen Rechtsgütern solche Güter der Allgemeinheit gehören, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt, wozu etwa wesentliche Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen gehörten. Zum Schutz sonstiger Rechtsgüter, in denen eine existenzielle Bedrohungslage nicht vorliegt, ist eine staatliche Maßnahme grundsätzlich nicht angemessen, durch welche die Persönlichkeit einer weitgehenden Ausspähung durch die Behörden preisgegeben wird (BVerfG NJW 2008, 822, 831). Jedenfalls unter derartigen engen Voraussetzungen dürfte eine Rasterfahndung zulässig sein. Inwieweit auch andere Rechtsgüter eine Rasterfahnung legitimieren können, hängt davon ab, wieweit bei ihr die Grundrechtsintensität im Vergleich zu den Online-Durchsuchungen niedriger zu bewerten ist.

Die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Schutz der natürlichen Lebenslagen. Durch das Merkmal der „gleichgewichtigen Schäden" für die Umwelt soll auch bei dieser Variante sichergestellt werden, dass die Rasterfahndung nicht bereits bei jeder möglichen Beeinträchtigung der Umwelt zur Anwendung kommt, sondern nur wenn eine hochrangige Rechtsgutverletzung zur Debatte steht. Das Merkmal der „Gleichgewichtigkeit" wäre insoweit durch Auslegung und durch einen Blick auf die anderen genannten Rechtsgüter zu präzisieren. In Einzelfällen sind aber schon jetzt Streitigkeiten vorherzusehen, ob der jeweilige Umweltschaden

Prof. Dr. Annette Guckelberger 27
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität des Saarlandes

die Schwelle zur Gleichgewichtigkeit überschreiten wird. Der Gesetzgeber sollte sich deshalb Gedanken darüber machen, in welchen Fällen ein solcher gleichgewichtiger Schaden vorliegen würde und ob dieser nicht bereits über die anderen genannten Alternativen hinreichend abgedeckt werden könnte (mit einer Trinkwasserverseuchung gehen z. B. regelmäßig entsprechende Bedrohungen für die Gesundheit der Menschen einher). Nach dem BVerfG ist dem Gesetzgeber die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unter Bestimmtheitsaspekten nicht verwehrt, sofern die verbleibenden Ungewissheiten nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justitiabilität des Handelns der durch die Normen ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet sind (BVerfG NJW 2008, 822, 828 – in dieser Entscheidung hielt es die Formulierung, wenn Ermittlungsmaßnahmen einem Eingriff in Art. 10 GG „in Art und Schwere" gleichkommen, für zu unbestimmt, weil komplexe Bewertungen vorzunehmen sind, wann Ermittlungsmaßnahmen der Behörden gerade in dieses Grundrecht eingreifen). Die Normenklarheit würde auf jeden Fall durch die Angabe eines illustrierenden Beispiels erhöht.

Bei unbefangener Betrachtung stellt sich auch die Frage, warum die Regelung nicht so ausformuliert wurde, dass die Polizeibehörden zur Abwehr einer konkreten Gefahr für … gleichgewichtige Schäden für die Umwelt die Übermittlung von personenbezogenen Daten verlangen können. Dadurch würde eindeutig klargestellt, dass die Rasterfahndung entsprechend der Forderung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nur bei einer konkreten Gefahr zur Anwendung kommt, wenn im konkreten Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für diese Rechtsgüter eintreten wird (BVerfG NJW 2006, 1939, 1947; s. zur Online-Durchsuchung BVerfG NJW 2008, 822, 831).

Dr. Patrick Breyer

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

Zusammenfassung

1. Der am 06.05.2008 vorgelegte Entwurf eines HSOG-Änderungsgesetzes sieht eine Stärkung der Grundrechte der hessischen Bürgerinnen und Bürger in den Bereichen Wohnraumüberwachung, Telefonüberwachung und Rasterfahndung vor, jedoch eine empfindliche Einschränkung der Grundrechte hessischer Autofahrerinnen und Autofahrer.
2. Wegen des Missverhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag und zur Vermeidung des Risikos einer erneuten verfassungsgerichtlichen Aufhebung ist zu einem Verzicht auf die Wiedereinführung einer Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich zu raten. Soll gleichwohl versucht werden, eine solche Eingriffsermächtigung verfassungskonform wiedereinzuführen, so wäre die Entwurfsformulierung in einer Reihe von Punkten zu präzisieren und zu ergänzen.
3. Um die Befugnisse zur akustischen Wohnraumüberwachung und zur Telefonüberwachung verfassungskonform zu gestalten, muss der im Gesetzentwurf vorgesehene Kernbereichsschutz genauer geregelt werden und müssen verfahrensrechtliche Sicherungen eingeführt werden. Ein Formulierungsvorschlag wird unterbreitet. Wegen des Missverhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag ist allerdings zu einem Verzicht auf die Befugnis zur präventiven Wohnraumüberwachung zu raten.
4. Um die übrigen Eingriffsermächtigungen des HSOG verfassungskonform zu gestalten, sind allgemeine Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, zum Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse und zur verfahrensrechtlichen Absicherung bei verdeckten Datenerhebungen aufzunehmen. Ein Formulierungsvorschlag wird unterbreitet.
5. Um die Ermächtigung zur präventiven Rasterfahndung verfassungskonform zu gestalten, ist eine Änderung der Formulierung über den Gesetzantrag hinaus erforderlich. Wegen des Missverhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag der Maßnahme ist jedoch zu empfehlen, die Befugnis zur präventiven Rasterfahndung insgesamt aufzuheben.

Inhaltsverzeichnis

A. Kfz-Massenscanning (Nr. 1) ... 3
I. Zweckmäßigkeit ... 3
II. Vereinbarkeit mit der Verfassung ... 5
1. Datenerhebung ... 5
2. Vergleichsdatenbestand ... 6
3. Datenverwendung ... 6
4. Rechtsschutz ... 7
5. Vorschlag ... 7
6. Ausblick ... 7
III. Zusammenfassung ... 8
B. Wohnungsüberwachung (Nr. 2) ... 8
I. Zweckmäßigkeit ... 11
II. Verfassungsmäßigkeit ... 11
1. Anwendungsbereich (§ 15 Abs. 1 HSOG) ... 11
2. Schutz von Vertrauensverhältnissen (§ 15 Abs. 4 HSOG) ... 11
3. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei Wohnraumüberwachungen (§ 15 Abs. 4 HSOG) ... 12
4. Allgemeiner Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ... 17
III. Zusammenfassung ... 18
C. Telekommunikationsüberwachung (Nr. 3) ... 19
D. Rasterfahndung (Nr. 4) ... 20
I. Zweckmäßigkeit ... 21
II. Eingriffsschwelle ... 22
1. Gleichgewichtige Schäden für die Umwelt? ... 22
2. Tatsächliche Anhaltspunkte oder Tatsachen? ... 23
3. Gegenwärtige Gefahr ... 23
4. Formulierungsvorschlag ... 24
III. Richtervorbehalt ... 24
IV. Zusammenfassung ... 25

A. Kfz-Massenscanning (Nr. 1)

Geltende Regelung	Vorgesehene Neufassung
§ 14 HSOG - Datenerhebung und sonstige Datenverarbeitung an öffentlichen Orten und besonders gefährdeten öffentlichen Einrichtungen	
(5) (für nichtig erklärt)	(5) Die Polizeibehörden können die Kennzeichen von Fahrzeugen ohne Wissen der Person durch den offenen Einsatz technischer Mittel automatisiert erheben, wenn 1. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist, 2. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 oder 5 vorliegen oder 3. eine Person oder ein Fahrzeug nach § 17 ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht. Die erhobenen Daten können mit zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1 gespeicherten polizeilichen Daten automatisch abgeglichen werden. Bei Datenübereinstimmung sind unverzüglich Maßnahmen zur Klärung des Sachverhalts zu ergreifen. Die Erstellung von Bewegungsprofilen ist außer in Fällen des Satzes 1 Nr. 3 unzulässig. Bei Datenübereinstimmung können die Daten polizeilich verarbeitet und im Falle des Satzes 1 Nr. 3 zusammen mit den gewonnenen Erkenntnissen an die ausschreibende Stelle übermittelt werden. Anderenfalls sind sie unverzüglich zu löschen. Der flächendeckende stationäre Einsatz der technischen Mittel ist unzulässig.

I. Zweckmäßigkeit

Am 11. März 2008 hat das Bundesverfassungsgericht den in § 14 Abs. 5 HSOG vorgesehenen verdachtslosen Abgleich von Kfz-Kennzeichen mit polizeilichen Fahndungsdateien für verfassungswidrig erklärt und die Regelung aufgehoben. Der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 06.05.2008 sieht in Ziff. 1 die Wiedereinführung einer Ermächtigung zur Vornahme eines Kfz-Massenabgleichs vor. Im Gegensatz zu dem übrigen Inhalt des Gesetzentwurfs handelt es sich dabei nicht um eine Stärkung der Bürgerrechte oder eine verfassungsrechtlich gebotene Korrektur, sondern um eine Einschränkung der Grundrechte der Autofahrer.

Bevor die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Regelung mit dem Grundgesetz untersucht wird, wird zunächst erörtert, ob die Wiedereinführung einer Ermächtigung zum elektronischen Massenabgleich von Kfz-Kennzeichen zweckmäßig ist. Dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsgrenzen mit Urteil

vom 11. März 2008 formuliert hat, enthebt nicht von der Frage, ob die Grundrechtsbeschränkung zweckmäßig ist oder nicht. Diese Beurteilung ist den Vertretern des Volkes im Landtag vorbehalten.

Die Anfang 2005 in Hessen beschlossene Polizeirechtsnovelle erlaubte der Polizei erstmals, Kraftfahrzeugkennzeichen auf beliebigen Straßen automatisch zu erfassen und mit Fahndungsdaten abzugleichen. Moderne Kennzeichenlesegeräte sind in der Lage, jede Stunde tausende von Kennzeichen vorbeifahrender Fahrzeuge zu erkennen, abzugleichen und gegebenenfalls zu speichern. Praktische Erfahrungen mit dem Instrument des Kfz-Kennzeichenscannings sind aus einer Reihe von Ländern bekannt:

Am intensivsten wird der Kfz-Massenabgleich in Bayern praktiziert, wo 35 Scanner im Dauerbetrieb 5 Mio. Fahrzeuge pro Monat abgleichen. Die gemeldete Trefferquote liegt bei 0,03%, während der Abgleich zu 99,97% ohne Ergebnis bleibt. Gemeldet werden überwiegend säumige Versicherungszahler (40%), Fahrzeuge mit verlorenem oder gestohlenem Kennzeichen (20%), Ausschreibungen von Personen zur Beobachtung oder Festnahme (15%) und sonstige Ausschreibungen einschließlich Ausschreibungen gestohlener Pkw (25%). Aus den Abgleichsstatistiken lässt sich nicht ablesen, inwieweit infolge von Meldungen auch konkrete Erfolge erzielt wurden. Bayern vermeldete nach sechsmonatiger Anwendung des Instruments die Sicherstellung von insgesamt vier gestohlenen Fahrzeugen.[1] Im Übrigen konnte eine wegen Mordes verdächtige Person gestellt werden. Da dies zwei Tage nach dem Mord geschah, hätte hierzu allerdings auch eine zeitlich begrenzte, gezielte Suche nach dem entsprechenden Kennzeichen genügt, anstelle einen dauerhaften, allgemeinen Abgleich mit dem gesamten Fahndungsbestand vorzunehmen.

Hessen kaufte von einer Wiesbadener Firma neun Lesegeräte für rund 300.000 Euro.[2] Die Trefferquote lag auch in Hessen bei 0,03%.[3] Nicht selten wurden gesuchte Fahrzeuge allerdings nicht gemeldet oder wurden nicht gesuchte Fahrzeuge gemeldet. Versuche der Hessischen Polizeischule haben ergeben, dass die Fehlerquote der Technik in der Praxis bei bis zu 40% liegt.[4] Im Durchschnitt gab es 30 Meldungen pro Monat, davon 20 säumige Versicherungszahler, sechs Fahrzeuge mit verlorenem oder gestohlenem Kennzeichen und vier Ausschreibungen von Personen zur Beobachtung oder Festnahme.[5] An tatsächlichen Erfolgen wurde die Aufdeckung gewerbsmäßiger Diebstähle in zwei Fällen mitgeteilt. In beiden Fällen waren die Fahrzeuge allerdings aus anderem Grund zur Fahndung ausgeschrieben, so dass es sich letztlich um Zufallsfunde handelte.

In Schleswig-Holstein wurden für 50.000 Euro zwei Lesegeräte angeschafft.[6] Über mehrere Monate hinweg wurden 131.000 Kennzeichen abgeglichen, jedoch nur 26 säumige Versicherungszahler ermittelt. Gestohlene Fahrzeuge wurden keine gemeldet oder sichergestellt.

In Mecklenburg-Vorpommern wurde ausschließlich während der Proteste gegen den G8-Gipfel in Heiligendamm ein Kfz-Abgleich mit polizeilichen Störerdateien vorgenommen.[7] Dies führte zu vier Treffermeldungen. Die betroffenen Fahrzeuge wurden jedoch weder angehalten, noch wurden sonstige Folgemaßnahmen ergriffen.

Brandenburg verfügt über eine gesetzliche Ermächtigung, an welche der vorliegende hessische Gesetzentwurf angelehnt ist. Die brandenburgische Norm läuft Ende 2008 aus.[8] Von ihr ist im Jahr 2007 dreimal Gebrauch gemacht worden, und zwar stets im Vorfeld von grundrechtlich geschützten Versammlungen. Keiner der drei Anwendungsfälle hatte die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr oder unmittelbar bevor

1 Pressemitteilung Nr. 80/04 vom 03.03.2004, www.stmi.bayern.de.

2 hr3-Bericht vom 25.01.2007, http://snipurl.com/22v48.

3 Stellungnahme der Staatskanzlei vom 31.05.2008, http://snipurl.com/22v4u, 8.

4 Polizeirat Bernd Ricker, zitiert im hr3-Bericht vom 25.01.2007, http://snipurl.com/22q72.

5 a.a.O. (Fn. 3).

6 Zum Folgenden: Pressemitteilung des Innenministeriums vom 11.03.2008, http://snipurl.com/22v5f.

7 Zum Folgenden: Berichte des Landesdatenschutzbeauftragten vom 25.06.2007 und vom 04.09.2007, www.lfd.m-v.de.

8 Art. 5 des Vierten Gesetzes zur Änderung des Brandenburgischen Polizeigesetzes, GVBl. I/2006, 188.

stehenden Straftat zum Gegenstand; die brandenburgische Polizei war vielmehr allgemein der Meinung, dass es zu Gefahren kommen könnte. In keinem Fall wurde nach konkreten Personen gesucht, sondern es erfolgte ein allgemeiner Abgleich mit polizeilichen Dateien. Das gesetzliche Ziel, eine Gefahr für Leib oder Leben abzuwenden, wurde in keinem der Anwendungsfälle erreicht.

Weitere Länder wie Rheinland-Pfalz verfügen über Ermächtigungen zum Kfz-Kennzeichenabgleich, haben jedoch noch nie davon Gebrauch gemacht. Etwa die Hälfte der Bundesländer hat ihre Polizei von vornherein nie zur Anwendung dieser Maßnahme ermächtigt.

Bremen hat seine Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich am 05.06.2008 ersatzlos aufgehoben, und zwar mit den Stimmen von SPD, Grünen, FDP und Linke. Zur Begründung der Aufhebung heißt es, es bestehe kein Bedarf nach dem Instrument.[9]

Der schleswig-holsteinische Innenminister erklärte nach der Nichtigerklärung der Regelung seines Landes durch das Bundesverfassungsgericht, er werde keine Ermächtigung zum Kfz-Massenscanning mehr auf den Weg bringen. Die Maßnahme weise nach den gewonnenen Erfahrungen „ein Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag“ auf und „binde Personal, das an anderen Stellen sinnvoller für operative Polizeiarbeit eingesetzt werden könne“.[10]

Nach den aufgezeigten Erfahrungen ist dieser Einschätzung beizutreten und zu einem Verzicht auf das Instrument eines Massenabgleichs zugunsten gezielter polizeilicher Arbeit zu raten. Es ist kein Fall bekannt, in dem die hier vorgeschlagene Regelung tatsächlich zum Ziel geführt hätte, in dem also mithilfe eines Kfz-Massenabgleichs eine gegenwärtige Gefahr oder unmittelbar bevor stehende Straftat abgewehrt worden wäre. Die durch den Verzicht auf die Befugnis gesparten finanziellen Mittel können etwa auf die Finanzierung von Kriminalpräventionsarbeit verwandt werden. Projekte zur Kriminalprävention können die Delinquenzquote nachweislich um 30% senken, während eine Auswirkung von Kfz-Massenabgleichen auf die Kriminalitätsrate und damit die Sicherheit der Bürger nicht festzustellen ist.

II. Vereinbarkeit mit der Verfassung

Entscheidet sich der Landtag gleichwohl für die Wiedereinführung einer Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich, so muss sich seine Regelung innerhalb des verfassungsrechtlich zulässigen Rahmens bewegen. Grenzen setzt insbesondere das Grundrecht der Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 beschreibt die von der Verfassung gezogenen Grenzen einer gesetzlichen Ermächtigung zum Kfz-Massenscanning detailliert. Die nunmehr für Hessen vorgeschlagene Regelung genügt nicht allen verfassungsrechtlichen Anforderungen. Zwar ist die Regelung in Anlehnung an die brandenburgische Ermächtigung formuliert (§ 36a bbgPolG). Die hessische Entwurfsbegründung irrt aber, wenn sie davon ausgeht, die brandenburgische Regelung sei „vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als verfassungskonform bewertet“ worden. Die hierzu in Bezug genommenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts beziehen sich ausdrücklich nur auf die Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot.[11] Nicht entschieden hat das Gericht über die Vereinbarkeit der brandenburgischen Regelung mit dem Gebot der Normenklarheit. Die insoweit vom Bundesverfassungsgericht dargelegten Anforderungen erfüllen die brandenburgische Regelung und die hessische Entwurfsregelung nicht.

1. Datenerhebung

So muss eine gesetzliche Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich regeln, welche Daten im Einzelnen erhoben werden dürfen (Abs. 157 des Urteils). Namentlich ist festzulegen, ob und gegebenenfalls welche weiteren Informationen neben der Ziffern- und Zeichenfolge des Kennzeichens selbst erhoben werden

9 Drs. 17/358, http://www.bremische-buergerschaft.de/drucksachen/190/4421_1.pdf.

10 a.a.O. (Fn. 6).

11 BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11. März 2008, Absatz-Nr. 183.

dürfen (Abs. 158 des Urteils). Eine präzise Regelung der zu erhebenden Daten fehlt gegenwärtig in dem hessischen Entwurf.

Tatsächlich arbeitet die zurzeit eingesetzte Kennzeichen-Lesetechnik mit der Aufnahme eines Videobildes, auf dem nicht nur das Kennzeichen, sondern auch das Fahrzeug und möglicherweise dessen Insassen erkennbar sind. Außerdem werden auch Ort und Zeit der Erfassung sowie die Fahrtrichtung erhoben, ohne dass dies gesetzlich geregelt wäre (Abs. 159 des Urteils). Das Bundesverfassungsgerichts weist darauf hin, dass das Anhalten eines Fahrzeugs eine Bildaufnahme desselben und insbesondere dessen Innenraums nicht erfordert (Abs. 160 des Urteils). Da die eingesetzte Technik ohnehin das im Bild befindliche Kennzeichen erkennt, obliegt es den Herstellern, ihre Geräte so umzuprogrammieren, dass das Videobild mit Ausnahme des Kennzeichens geschwärzt wird.

Der bayerische Landtag hat seine Ermächtigung zum Kfz-Massenscanning nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts neu geregelt, um präzise die zu erhebenden Daten zu bestimmen. In der neugefassten Regelung heißt es (§ 33 Abs. 2 bayPAG):

> *Darüber hinaus kann die Polizei [...] Kennzeichen von Kraftfahrzeugen sowie Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung erfassen.*

Diese verfassungsrechtlich gebotene Klarstellung fehlt dem hessischen Entwurf.

Ferner fehlt dem hessischen Entwurf eine Regelung der Frage, an welchen Orten zur Vornahme des Kfz-Kennzeichenscannings ermächtigt werden soll. Auf Privatgrundstücken soll die Maßnahme wohl nicht zugelassen werden, so dass eine Beschränkung der Befugnis auf öffentliche Straßen und Plätze vorzunehmen ist. Auch die beiden Normen, die dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorlagen, waren auf den öffentlichen Verkehrsraum beschränkt, so dass hiervon nicht abgewichen werden sollte.

2. Vergleichsdatenbestand

Der Gesetzgeber muss klarstellen, ob er für den Abgleich die Verwendung unvollständiger Vergleichsdaten („Jokersuche“) zulassen will oder nicht (vgl. Abs. 176 des Urteils). Die hessische Neuregelung soll dies zwar wohl nicht zulassen. Das Gebot der Normenklarheit gebietet aber eine ausdrückliche Regelung der Frage.

3. Datenverwendung

Bereichsspezifisch und präzise geregelt werden muss drittens der weitere Umgang mit den erhobenen und den durch Abgleich gewonnenen Daten. Unter anderem muss dem Wortlaut der Norm eindeutig zu entnehmen sein, ob und inwieweit der Einsatz des Kfz-Massenscannings der Erstellung von Bewegungsbildern im Rahmen einer polizeilichen Beobachtung oder längerfristigen Observation dienen soll und darf (Abs. 105 des Urteils).

Diese Anforderungen erfüllt die hessische Entwurfsfassung nicht. Zu unbestimmt ist die Formulierung des hessischen Entwurfs:

> *Bei Datenübereinstimmung sind unverzüglich Maßnahmen zur Klärung des Sachverhalts zu ergreifen. Die Erstellung von Bewegungsprofilen ist außer in Fällen des Satzes 1 Nr. 3 unzulässig. Bei Datenübereinstimmung können die Daten polizeilich verarbeitet und im Falle des Satzes 1 Nr. 3 zusammen mit den gewonnenen Erkenntnissen an die ausschreibende Stelle übermittelt werden.*

Diese Formulierung wird dem Gebot der Normenklarheit und der Zweckbindung nicht gerecht. Die Verwendung der gewonnenen Informationen darf nur zu dem Zweck zugelassen werden, zu dem die jeweilige Kontrolle eingerichtet worden ist (Zweckbindung, Abs. 177 des Urteils). Die allgemeinen Zweckbindungsvorschriften der Polizeigesetze, die vielfach durchbrochen sind, werden der Eingriffsintensität des Kfz-Massenabgleichs nicht gerecht. Um die Zweckbindung länger gespeicherter Daten zu gewährleisten, muss der Zweck der Speicherung festgehalten werden. Entfällt der Zweck der zugrunde liegenden Fahndungsausschreibung, müssen auch die dazu erhobenen Daten gelöscht werden (Abs. 177 des Urteils).

4. Rechtsschutz

Weil die hessische Regelung schon das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzte, musste das Bundesverfassungsgericht über die Vereinbarkeit mit Artikel 19 Abs. 4 GG – dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes – noch nicht entscheiden. Aus anderen Urteilen sind die daraus abzuleitenden Anforderungen aber bekannt.[12]

Die Betroffenen müssen danach von dem Kfz-Massenabgleich in Kenntnis gesetzt werden, damit sie sich gegen unzulässige Kontrollen zur Wehr setzen können. Dazu sind entsprechende Hinweisschilder erforderlich, die hinter der Kontrollstelle aufgestellt werden können, um den Zweck der Maßnahme nicht zu gefährden. Die bloß offene Datenerhebung genügt nicht, weil die Betroffenen die entsprechenden Geräte von bloßen Geschwindigkeitsmessungen nicht unterscheiden können. Eine nachträgliche individuelle Benachrichtigung der Betroffenen wird regelmäßig nicht zu leisten sein.

Die hessische Entwurfsregelung sieht keine ausreichende Information der Betroffenen vor.

5. Vorschlag

Die genannten verfassungsrechtlichen Anforderungen dürften zu erfüllen sein, wenn die im Gesetzentwurf vorgeschlagene Neuregelung wie folgt umformuliert wird:

> *1. § 14 Abs. 5 erhält folgende Fassung:*
>
> *„(5) Die Polizeibehörden können auf öffentlichen Straßen und Plätzen die Kennzeichen von Fahrzeugen sowie Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung durch den offenen Einsatz technischer Mittel automatisiert erheben, wenn*
>
> *1. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist,*
>
> *2. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1, 3 oder 5 vorliegen oder*
>
> *3. eine Person oder ein Fahrzeug nach § 17 ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht.*
>
> *Die erhobenen Daten sind mit zur Abwehr der Gefahr nach Satz 1 gespeicherten vollständigen Fahrzeugkennzeichen unverzüglich automatisch abzugleichen. Bleibt der Abgleich ohne Ergebnis, so sind die erhobenen Daten unverzüglich automatisch zu löschen. Bei Datenübereinstimmung dürfen die Daten ausschließlich zu dem Zweck, zu dem sie erhoben worden sind, genutzt werden; der Zweck der Datenerhebung ist festzuhalten. Sind die Daten zu dem Zweck, zu dem sie erhoben worden sind, nicht mehr erforderlich, sind sie unverzüglich zu löschen. Die Erstellung von Bewegungsprofilen ist außer in Fällen des Satzes 1 Nr. 3 unzulässig. Der flächendeckende stationäre Einsatz der technischen Mittel ist unzulässig. Der Umstand des Abgleichs und die verantwortliche Stelle sind für die Betroffenen durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen.“*

Die vorgeschlagene Fassung regelt bereichsspezifisch und präzise das „Programm“, welches im Falle eines Kfz-Kennzeichenabgleichs zu durchlaufen ist.

6. Ausblick

Auch wenn die genannten Punkte beachtet werden, verbleibt ein Restrisiko, dass die Wiedereinführung des Kfz-Massenscanning erneut gegen das Grundgesetz verstoßen könnte. Die Neuregelung könnte wiederum auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand kommen, zumal bereits gegen die Vorgängerregelung Verfassungsbeschwerde erhoben worden war. Gegen die bayerische Neuregelung[13] sowie die Ermächtigung Niedersachsens[14] sind zwischenzeitlich bereits wieder Verfahren anhängig. Die Verfassungsbe-

12 Vgl. *BVerfGE* 100, 313 (397 f.) = NJW 2000, 55 (67); *BVerfGE* 109, 279 (366) = NJW 2004, 999 (1015 f.).

13 http://www.daten-speicherung.de/index.php/klagen-gegen-kfz-massenabgleich-in-bayern-und-niedersachsen/.

14 Az. 1 BvR 1443/08 des Bundesverfassungsgerichts.

schwerde gegen die niedersächsische Regelung hat das Bundesverfassungsgericht bereits sämtlichen Landtagen zur Stellungnahme übersandt.[15] Es ist daher auch aus Gründen der gesetzgeberischen Vorsicht zu empfehlen, auf eine Wiedereinführung des Kfz-Massenabgleichs zum jetzigen Zeitpunkt zu verzichten, zumal eine hessische Ermächtigung bereits einmal aufgehoben worden ist.

III. Zusammenfassung

Die Wiedereinführung einer Befugnis zum Kfz-Massenscanning stellt die einzige im Gesetzentwurf vorgesehene Freiheitsverkürzung im Vergleich zu der bestehenden Rechtslage dar. Wegen des Missverhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag und zur Vermeidung des Risikos einer erneuten verfassungsgerichtlichen Aufhebung ist zu einem Verzicht auf die Wiedereinführung einer solchen Befugnis zu raten. Soll hingegen versucht werden, eine solche Eingriffsermächtigung verfassungskonform wiedereinzuführen, so wäre die Entwurfsformulierung in verschiedenen Punkten zu präzisieren und zu ergänzen.

B. Wohnungsüberwachung (Nr. 2)

Geltende Regelung	Vorgesehene Neufassung
§ 15 HSOG - Datenerhebung durch Observation und Einsatz technischer Mittel	
(1) Im Sinne dieser Bestimmung ist 1. Observation die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person länger als vierundzwanzig Stunden innerhalb einer Woche oder über den Zeitraum einer Woche hinaus, 2. Einsatz technischer Mittel ihre für die betroffene Person nicht erkennbare Anwendung, insbesondere zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen sowie zum Abhören oder Aufzeichnen des gesprochenen Wortes.	(unverändert)
(2) Die Polizeibehörden können durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel personenbezogene Daten erheben 1. auch über andere als die in den §§ 6 und 7 genannten Personen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist, 2. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat mit erheblicher Bedeutung begehen werden, 3. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit Personen in Verbindung stehen, die Straftaten der in Nr. 2 genannten Art begehen werden, und die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist,	(unverändert)

15 Schreiben des Bundesverfassungsgerichts vom 17.06.2008, http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV14-1914.pdf.

4. über die in § 13 Abs. 2 Nr. 3 genannten Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Maßnahme zum Schutz der gefährdeten Person rechtfertigen. Die Datenerhebung durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel ist nur zulässig, wenn andere Maßnahmen mit Ausnahme der in den §§ 15a, 16 und 17 genannten erheblich weniger Erfolg versprechen würden oder die polizeiliche Aufgabenerfüllung mit Hilfe anderer Maßnahmen wesentlich erschwert würde. Im Rahmen der Aufgabenerfüllung können personenbezogene Daten auch über dritte Personen erhoben werden, soweit dies unerlässlich ist, um die Datenerhebung nach Satz 1 durchführen zu können.	
(3) Außer bei Gefahr im Verzug erfolgt die Anordnung der Observation oder des Einsatzes technischer Mittel durch die Behördenleitung oder eine von dieser beauftragte Bedienstete oder einen von dieser beauftragten Bediensteten, soweit nach Abs. 5 nicht eine richterliche Anordnung erforderlich ist. Für eine Observation über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten ist die Zustimmung des Ministeriums des Innern oder einer von ihm benannten Stelle erforderlich.	(unverändert)
(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[16] gilt entsprechend, soweit die Datenerhebung nicht mit technischen Mitteln erfolgt.	(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 abzubrechen. Bereits erlangte Informationen unterliegen einem Verwertungsverbot. § 38 Abs. 7 gilt entsprechend, soweit die Datenerhebung nicht mit technischen Mitteln erfolgt.
(5) Maßnahmen nach Abs. 4 sowie das Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes durch den Einsatz technischer Mittel dürfen außer bei Gefahr im Verzug nur durch richterliche Anordnung getroffen werden. Für das Verfahren gilt § 39 Abs. 1 mit der Maßgabe, dass, soweit es	(unverändert)

16 § 38 Abs. 7 lautet: „Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie andere Räume und Grundstücke, die der Öffentlichkeit zugänglich sind oder zugänglich waren und den Anwesenden zum weiteren Aufenthalt zur Verfügung stehen, dürfen zum Zwecke der Gefahrenabwehr während der Arbeits-, Geschäfts- oder Aufenthaltszeit betreten werden."

sich nicht um Maßnahmen nach Abs. 4 handelt, das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Polizeibehörde ihren Sitz hat. Die Anordnung ergeht schriftlich. Sie muss die Personen, gegen die sich die Maßnahmen richten sollen, so genau bezeichnen, wie dies nach den zur Zeit der Anordnung vorhandenen Erkenntnissen möglich ist. Art und Dauer der Maßnahmen sind festzulegen. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen und, soweit möglich, räumlich zu begrenzen. Eine dreimalige Verlängerung um jeweils höchstens drei weitere Monate ist zulässig, soweit die Voraussetzungen fortbestehen. Hat die Polizeibehörde bei Gefahr im Verzug die Anordnung getroffen, so beantragt sie unverzüglich die richterliche Bestätigung der Anordnung. Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen richterlich bestätigt wird.	
(6) Abs. 2 bis Abs. 5 gelten nicht für das Abhören und Aufzeichnen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben einer bei einem polizeilichen Einsatz tätigen Person geschieht. Das Abhören und Aufzeichnen in oder aus Wohnungen ordnet die Polizeibehörde an. Erlangte Erkenntnisse auf Grund von Anordnungen nach Satz 2 dürfen anderweitig nur verarbeitet werden, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist und wenn zuvor die Rechtmäßigkeit der Maßnahme richterlich festgestellt worden ist; bei Gefahr im Verzug ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen, § 39 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Für Zwecke der Strafverfolgung dürfen die Erkenntnisse auf Grund von Anordnungen nach Satz 2 nach Maßgabe des § 161 Abs. 2 der Strafprozessordnung verarbeitet werden.	(unverändert)
(7) Die Befugnis der Gefahrenabwehr- und der Polizeibehörden, bestimmte Mittel zur Überwachung der Einhaltung der Straßenverkehrsvorschriften zu verwenden, bleibt unberührt.	(unverändert)
(8) Die Landesregierung unterrichtet den Landtag jährlich über die nach Abs. 4 und Abs. 6 Satz 3 und 4 getroffenen Maßnahmen. Die parlamentarische Kontrolle wird auf der Grundlage dieses Berichts von einer parlamentarischen Kontrollkommission ausgeübt. § 20 Abs. 2 bis 4, § 21 sowie § 22 Abs. 4 des Gesetzes über das Landesamt für Verfassungsschutz vom 19. Dezember 1990 (GVBl. I S. 753), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. April 2002 (GVBl. I S. 82), in der jeweils geltenden Fassung gelten entsprechend.	(unverändert)

I. Zweckmäßigkeit

Zu begrüßen ist die vorgeschlagene Neufassung der Ermächtigung zur Wohnungsüberwachung insoweit, als sie einen verbesserten Schutz von Berufsgeheimnisträgern und des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vorsieht.

Der Gesetzentwurf äußert sich jedoch nicht zu der Frage, ob die Überwachung von Wohnungen überhaupt erforderlich ist, soweit sie nicht schon in der Strafprozessordnung gestattet ist. Die Strafprozessordnung deckt den Bereich begangener Straftaten, versuchter Straftaten (§ 22 StGB), geplanter Verbrechen (§ 30 StGB) und terroristischer Gruppierungen (§ 129a StGB) bereits ab. Jenseits dieses Bereichs ist die praktische Relevanz einer Überwachung der Wohnung, die den letzten und intimsten Rückzugsraum des Menschen bildet, nicht dargetan. Auf die Möglichkeit, mit seinen engsten Familienmitgliedern oder dem eigenen Ehepartner absolut vertraulich zu sprechen, ist der Mensch angewiesen. Es ist kein Fall bekannt, in dem eine Wohnungsüberwachung – außerhalb des Anwendungsbereichs der Strafprozessordnung – jemals zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich gewesen wäre.

Vor diesem Hintergrund sollte auf die Ermächtigung zur präventiven Überwachung von Wohnungen insgesamt verzichtet werden. Bei Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben verbleibt ohnehin – wie auch die Polizeibehörden einräumen – kaum noch ein praktisches Anwendungsfeld für Wohnungsüberwachungen.

II. Verfassungsmäßigkeit

Falls der Gesetzgeber die Befugnis zur Wohnraumüberwachung nicht aufhebt, muss er sie jedenfalls verfassungskonform ausgestalten. Dies gelingt weder der bestehenden Regelung noch der vorgeschlagenen Neufassung.

1. Anwendungsbereich (§ 15 Abs. 1 HSOG)

Nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Normenklarheit in Einklang stehen dürfte die Definition des „Einsatzes technischer Mittel“ in § 15 Abs. 1 S. 2 HSOG. Durch Verwendung des Wortes „insbesondere“ fehlt es letztlich an einer abschließenden Regelung der Mittel, zu deren Einsatz ermächtigt wird. Der bisherige Wortlaut würde sogar die verdeckte Datenerhebung aus Privatcomputern abdecken (Online-Durchsuchung), obwohl die verfassungsrechtlichen Anforderungen insoweit offensichtlich nicht erfüllt sind.

§ 15 Abs. 1 HSOG muss daher verfassungskonform neugefasst werden. Die folgende Formulierung dürfte dem Gebot der Normenklarheit genügen:

> *(1) Im Sinne dieser Bestimmung ist*
>
> *1. Observation die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person länger als vierundzwanzig Stunden innerhalb einer Woche oder über den Zeitraum einer Woche hinaus,*
>
> *2. Einsatz technischer Mittel ihre für die betroffene Person nicht erkennbare <u>Anwendung zur</u> Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen sowie zum Abhören oder Aufzeichnen des gesprochenen Wortes.*

2. Schutz von Vertrauensverhältnissen (§ 15 Abs. 4 HSOG)

Der Gesetzentwurf soll in einer sprachlich nicht ganz geglückten Weise Räume von Berufsgeheimnisträgern von einer Überwachung ausnehmen. Diese Ausnahme für alle Vertrauensberufe ist zu begrüßen, zumal keine Erkenntnisse vorliegen, nach denen die Überwachung eines Berufsgeheimnisträgers jemals zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich gewesen wäre.

Eine sprachlich bessere Fassung könnte wie folgt lauten:

> *In oder aus Wohnungen sowie Arbeits-, Betriebs und Geschäftsräumen mit Ausnahme <u>von Räumen</u> der in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsgeheimnisträger können die Polizeibehör-*

den ohne Kenntnis der betroffenen Personen Daten nur erheben, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist.

Der vorgesehene Schutz von Berufsgeheimnisträgern greift allerdings nicht ein für andere Maßnahmen als die der Wohnraumüberwachung. Der Mandant eines Strafverteidigers oder der Patient eines Arztes möchten nicht nur in den Praxisräumen vertraulich kommunizieren können – was auch nicht immer möglich ist. Ihnen muss vielmehr eine umfassend vertrauliche Kontaktaufnahme und –abwicklung garantiert werden, sei es per Telekommunikation, sei es in einem Café oder während eines Spaziergangs.

Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, den Schutz von Berufsgeheimnisträgern für alle Datenerhebungen zu gewährleisten, wie dies auch der Bundesgesetzgeber mit § 160a StPO anerkannt hat und wie es in § 20u BKAG-E für den Bereich der Gefahrenabwehr durch das Bundeskriminalamt allgemein vorgesehen ist. Die genannten Normen gewährleisten allerdings – vielfach kritisiert – inhaltlich keinen ausreichenden Schutz, weil ihre Voraussetzungen oftmals nicht überprüfbar sind und weil sie eine sachlich nicht gerechtfertigte Schlechterstellung bestimmter Geheimnisträger vorsehen.

Es wird daher vorgeschlagen, die folgende Regelung als § 43b in das HSOG aufzunehmen. Änderungen gegenüber § 20u BKAG-E sind unterstrichen.

§ 43b – Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen

(1) Maßnahmen nach diesem Gesetz, die sich gegen eine in § 53 oder § 53a der Strafprozessordnung genannte Person richten und Erkenntnisse erbringen könnten, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, sind unzulässig. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist zu dokumentieren. Die Sätze 2 bis 3 gelten entsprechend, wenn durch eine Maßnahme, die sich nicht gegen eine in § 53 oder § 53a der Strafprozessordnung genannte Person richtet, von einer dort genannten Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte.

(2) Absatz 1 gilt nicht, sofern aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person für die Gefahr verantwortlich ist.

Die vorgeschlagene Formulierung sichert – entsprechend der Intention des hessischen Gesetzentwurfs – einen einheitlichen Schutz für alle professionellen Vertrauensbeziehungen. Dass schon die Möglichkeit eines Eingriffs in das besondere Vertrauensverhältnis den Eingriff ausschließt, wenn der Geheimnisträger nicht selbst Störer ist, sichert einen effektiven Schutz der Vertrauensbeziehung. Der Begriff der „Verwertung“ in § 20u BKAG-E ist für den Bereich der Gefahrenabwehr nicht definiert und zu unbestimmt. Das hier vorgeschlagene „Verwendungsverbot“ schließt entsprechend der datenschutzrechtlichen Terminologie jede Speicherung, Übermittlung oder Nutzung der Daten aus.

3. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei Wohnraumüberwachungen (§ 15 Abs. 4 HSOG)

Der hessische Vorschlag ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, weil er den zum Schutz der Würde jedes Menschen gebotenen Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht ausreichend vor staatlichen Übergriffen schützt.

Mit Urteil vom 03.03.2004 hat das Bundesverfassungsgericht ausführlich die Anforderungen aufgezeigt, die eine Ermächtigung zum Überwachen von Wohnräumen erfüllen muss. In einer späteren Entscheidung hat das Gericht festgestellt, dass § 100c Abs. 4, 6 und 7 der Strafprozessordnung die Erfordernisse des Urteils erfüllt.[17] Es bietet sich daher eine Anlehnung an diese Vorschriften an. In § 20h BKAG-E hat die Bundesregierung eine Ermächtigung zur präventiven Wohnraumüberwachung entworfen, deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz jedoch vielfach verneint wird und noch nicht verfassungsgerichtlich geprüft ist; dieser Entwurf kann daher nicht als Orientierung dienen.

17 BVerfG, 2 BvR 543/06 vom 11.5.2007.

Für Hessen wird danach empfohlen, die Wohnungsüberwachung aus § 15 auszugliedern und in Anlehnung an die §§ 100c, 100d StPO als neue §§ 15a, 15b HSOG zu regeln. Der bisherige § 15a wird zu § 15c HSOG. Als § 15d HSOG sollten die verfahrensrechtlichen Sicherungen entsprechend § 101 StPO geregelt werden.

Inhaltlich wird die folgende Formulierung vorgeschlagen, die den grundrechtlichen Anforderungen genügen dürfte:

§ 15 - Datenerhebung durch Observation und Einsatz technischer Mittel

(1) Im Sinne dieser Bestimmung ist

1. Observation die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person länger als vierundzwanzig Stunden innerhalb einer Woche oder über den Zeitraum einer Woche hinaus,

2. Einsatz technischer Mittel ihre für die betroffene Person nicht erkennbare Anwendung zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen sowie zum Abhören oder Aufzeichnen des gesprochenen Wortes.

(2) Die Polizeibehörden können durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel personenbezogene Daten erheben

1. auch über andere als die in den §§ 6 und 7 genannten Personen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist,

2. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat mit erheblicher Bedeutung begehen werden,

3. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit Personen in Verbindung stehen, die Straftaten der in Nr. 2 genannten Art begehen werden, und die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist,

4. über die in § 13 Abs. 2 Nr. 3 genannten Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Maßnahme zum Schutz der gefährdeten Person rechtfertigen.

Die Datenerhebung durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel ist nur zulässig, wenn andere Maßnahmen mit Ausnahme der in den §§ 15a, 16 und 17 genannten erheblich weniger Erfolg versprechen würden oder die polizeiliche Aufgabenerfüllung mit Hilfe anderer Maßnahmen wesentlich erschwert würde. Im Rahmen der Aufgabenerfüllung können personenbezogene Daten auch über dritte Personen erhoben werden, soweit dies unerlässlich ist, um die Datenerhebung nach Satz 1 durchführen zu können.

(3) Außer bei Gefahr im Verzug erfolgt die Anordnung der Observation oder des Einsatzes technischer Mittel durch die Behördenleitung oder eine von dieser beauftragte Bedienstete oder einen von dieser beauftragten Bediensteten, soweit nach Abs. 5 nicht eine richterliche Anordnung erforderlich ist. Für eine Observation über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten ist die Zustimmung des Ministeriums des Innern oder einer von ihm benannten Stelle erforderlich.

(4) Das Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes durch den Einsatz technischer Mittel darf außer bei Gefahr im Verzug nur durch richterliche Anordnung getroffen werden. Für das Verfahren gilt § 39 Abs. 1 mit der Maßgabe, dass das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Polizeibehörde ihren Sitz hat. Die Anordnung ergeht schriftlich. Sie muss die Personen, gegen die sich die Maßnahmen richten sollen, so genau bezeichnen, wie dies nach den zur Zeit der Anordnung vorhandenen Erkenntnissen möglich ist. Art und Dauer der Maßnahmen sind festzulegen. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen und, soweit möglich, räumlich zu begrenzen. Eine dreimalige Verlängerung um jeweils höchstens drei weitere Monate ist zulässig, soweit die Voraussetzungen fortbestehen. Hat die Polizeibehörde bei Gefahr im Verzug die Anordnung getroffen, so beantragt sie unverzüglich die richterliche Bestätigung der Anordnung. Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen richterlich bestätigt wird.

(5) Die Befugnis der Gefahrenabwehr- und der Polizeibehörden, bestimmte Mittel zur Überwachung der Einhaltung der Straßenverkehrsvorschriften zu verwenden, bleibt unberührt.

§ 15a - Besondere Bestimmungen über den Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen

(1) Die Polizeibehörden dürfen nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen

1. das nichtöffentlich gesprochene Wort einer Person abhören und aufzeichnen, die nach § 6 oder § 7 verantwortlich ist, und

2. Lichtbilder und Bildaufzeichnungen über diese Person herstellen,

soweit dies zur Abwehr der Gefahr unerlässlich ist. § 38 Abs. 7 gilt entsprechend, soweit die Datenerhebung nicht mit technischen Mitteln erfolgt.

(2) Die Maßnahme darf sich nur gegen die in Absatz 1 genannte Person richten und nur in deren Wohnung durchgeführt werden. In Wohnungen anderer Personen ist die Maßnahme nur zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass

1. sich eine in Absatz 1 genannte Person dort aufhält und

2. die Maßnahme in der Wohnung dieser Person allein nicht zur Abwehr der Gefahr nach Absatz 1 führen wird.

(3) Die Maßnahme darf nur durchgeführt werden, solange aufgrund konkreter Anhaltspunkte wahrscheinlich ist, dass die Zielperson anwesend ist und verfahrensrelevante Gespräche oder Verhaltensweisen der Zielperson erfasst werden.[18] Die Maßnahme darf auch durchgeführt werden, wenn andere Personen unvermeidbar betroffen werden. Die Maßnahme hat zu unterbleiben, wenn sich die Zielperson allein oder ausschließlich mit Familienangehörigen oder sonstigen engsten Vertrauten in der Wohnung aufhält und es keine konkreten Anhaltspunkte für eine Mitverantwortlichkeit (§ 6 oder § 7) dieser Personen gibt.[19]

(4) Die Maßnahme nach Absatz 1 darf nur angeordnet und durchgeführt 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 und Verhaltensweisen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden.[20] Die Maßnahme ist unverzüglich zu unterbrechen, wenn sich während der Überwachung tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Inhalte, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden.[21] Während der Datenerhebung ist dies ständig zu kontrollieren.[22] Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme nach Absatz 1 erlangt worden sind, dürfen nicht verwendet werden.[23] Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen.[24] Die Tatsachen der Erfassung der Daten und der Löschung sind zu dokumentieren. Die Dokumentation darf ausschließlich zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme verwendet werden.[25] Sie ist zu löschen, wenn sie für diesen Zweck nicht mehr erforderlich ist. Ist eine Maßnahme nach Satz 1 unterbrochen worden, so darf sie unter den in Satz 1 genannten Voraussetzungen fortge-

18 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 149, 259, 263 ff.

19 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 138, 172, 175.

20 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 139.

21 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 152, 179.

22 Ebenso § 186a Abs. 2 S. 2 LVwG-SH.

23 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 152, 180 ff.

24 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 152.

25 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 187 und 350. Danach dienen die der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes des Betroffenen. Die Verwendung der Daten darf daher nicht auf Kontrollen der Datenschutzbehörden beschränkt werden (entgegen § 100c StPO).

führt werden. Im Zweifel ist über die Unterbrechung oder Fortführung der Maßnahme unverzüglich eine Entscheidung des anordnenden Gerichts herbeizuführen.

(5) Außer bei Gefahr im Verzug ist die Verwendung von Daten, die durch eine Maßnahme nach Absatz 1 erlangt worden sind, erst zulässig, nachdem die Verwendbarkeit der Daten von dem anordnenden Gericht überprüft worden ist.[26]

§ 15b - Verfahren des Einsatzes technischer Mittel in oder aus Wohnungen

(1) Maßnahmen nach § 15a dürfen nur auf Antrag des Leiters der Polizeibehörde oder seines Vertreters durch die in § 74a Abs. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes genannte Kammer des Landgerichts angeordnet werden, in deren Bezirk die Polizeibehörde ihren Sitz hat. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch den Vorsitzenden getroffen werden. Dessen Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Werktagen von der Strafkammer bestätigt wird. Die Anordnung ist auf höchstens einen Monat zu befristen.[27] *Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als einen Monat ist zulässig, soweit die Voraussetzungen unter Berücksichtigung der gewonnenen Ermittlungsergebnisse fortbestehen. Ist die Dauer der Anordnung auf insgesamt sechs Monate verlängert worden, so entscheidet über weitere Verlängerungen das Oberlandesgericht.*

(2) Die Anordnung ergeht schriftlich. In der Anordnung sind anzugeben:

1. soweit möglich, der Name und die Anschrift der Person, gegen den sich die Maßnahme richtet,

2. die Gefahr, zu deren Abwehr die Maßnahme angeordnet wird,

3. die zu überwachende Wohnung oder die zu überwachenden Wohnräume,

4. Art, Umfang und Dauer der Maßnahme,

5. die Art der durch die Maßnahme zu erhebenden Informationen und ihre Bedeutung für das Verfahren,

6. erforderlichenfalls Regelungen zu Art und Weise des Vollzugs der Maßnahme.[28]

(3) In der Begründung der Anordnung oder Verlängerung sind deren Voraussetzungen und die wesentlichen Abwägungsgesichtspunkte darzulegen. Insbesondere sind einzelfallbezogen anzugeben:

1. die bestimmten Tatsachen, aus denen sich das Bestehen der abzuwehrenden Gefahr ergibt,

2. die wesentlichen Erwägungen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme,

3. die tatsächlichen Anhaltspunkte im Sinne des § 15a Abs. 3 Satz 1.

(4) Das anordnende Gericht ist über den Verlauf und die Ergebnisse der Maßnahme zu unterrichten. Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, so hat das Gericht den Abbruch der Maßnahme anzuordnen, sofern der Abbruch nicht bereits durch die Staatsanwaltschaft veranlasst wurde. Die Anordnung des Abbruchs der Maßnahme kann auch durch den Vorsitzenden erfolgen.

(5) Personenbezogene Daten aus einer Wohnraumüberwachung dürfen für andere Zwecke nur nach folgenden Maßgaben verwendet werden:

1. Die Verwendung der durch eine Maßnahme nach § 15a erlangten personenbezogenen Daten zur Abwehr einer anderen Gefahr ist zulässig, wenn die Maßnahme zu diesem Zweck nach § 15a hätte angeordnet werden dürfen.[29]

2. Die durch eine Maßnahme nach § 15a erlangten verwendbaren personenbezogenen Daten dürfen in Strafverfahren ohne Einwilligung der insoweit überwachten Personen nur zur Aufklä-

26 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 194.

27 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 281.

28 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 278.

29 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 338.

rung einer Straftat, auf Grund derer die Maßnahme nach § 100c der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dürfen, verwendet werden.[30]

Sind die Daten für den anderen Zweck oder für eine vorgerichtliche oder gerichtliche Überprüfung der getroffenen Maßnahmen nicht mehr erforderlich, so sind Aufzeichnungen über diese Daten unverzüglich zu löschen. Die Daten sind mit einem Hinweis auf diese Löschungspflicht und auf die Art ihrer Gewinnung zu versehen. Die Löschung ist aktenkundig zu machen. Soweit die Löschung lediglich für eine etwaige vorgerichtliche oder gerichtliche Überprüfung zurückgestellt ist, dürfen die Daten nur für diesen Zweck verwendet werden; für eine Verwendung zu anderen Zwecken sind sie zu sperren.

(6) Die Landesregierung unterrichtet den Landtag jährlich über die nach § 15a getroffenen Maßnahmen. Die parlamentarische Kontrolle wird auf der Grundlage dieses Berichts von einer parlamentarischen Kontrollkommission ausgeübt. § 20 Abs. 2 bis 4, § 21 sowie § 22 Abs. 4 des Gesetzes über das Landesamt für Verfassungsschutz vom 19. Dezember 1990 (GVBl. I S. 753), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. April 2002 (GVBl. I S. 82), in der jeweils geltenden Fassung gelten entsprechend.

§ 15a – Datenerhebung durch Telekommunikationsüberwachung

(wird zu § 15c)

§ 15d – Kennzeichnung, Löschung

(1) Personenbezogene Daten, die durch Maßnahmen nach § 15, § 15a oder § 15c erhoben wurden, sind entsprechend zu kennzeichnen.[31] *Nach einer Übermittlung an eine andere Stelle ist die Kennzeichnung durch diese aufrechtzuerhalten.*

(2) Sind die durch die Maßnahme nach Absatz 1 erlangten personenbezogenen Daten für den Zweck ihrer Erhebung, für eine Benachrichtigung Betroffener und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich, so sind sie unverzüglich zu löschen. Die Löschung ist aktenkundig zu machen. Soweit die Löschung lediglich für eine Benachrichtigung Betroffener oder eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme zurückgestellt ist, dürfen die Daten ohne Einwilligung der Betroffenen nur zu diesem Zweck verwendet werden; sie sind entsprechend zu sperren.

Soweit diese Vorschläge nicht lediglich die in Fußnoten gekennzeichneten verfassungsrechtlichen Vorgaben umsetzen, sind sie wie folgt zu erläutern:

§ 15 Abs. 6 HSOG, der zur Datenerhebung zwecks Eigensicherung ermächtigen soll, ist mit der Verfassung nicht vereinbar und sollte insgesamt aufgehoben werden. Erstens ist ein Abhören und Aufzeichnen zum Schutz von Polizeibeamte schon nicht geeignet. Diese Maßnahme dient vielmehr in Wahrheit der Vorsorge für eine mögliche spätere Strafverfolgung etwaiger Angreifer; hierfür ist der Landesgesetzgeber aber nicht zuständig. Zweitens will § 15 Abs. 6 HSOG die uneingeschränkte Verwendung gewonnener Erkenntnisse zu Strafverfolgungszwecken zulassen, was aber nur dort mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen ist, wo die Überwachung zur Verfolgung der jeweiligen Straftat hätte angeordnet werden dürfen. So ist eine Datenerhebung aus Wohnungen nicht zur Verfolgung eines Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte oder einer Körperverletzung zulässig (§ 100c StPO). § 15 Abs. 6 HSOG ist daher – selbst wenn der Landesgesetzgeber zuständig wäre – zur strafrechtlichen Verfolgung von Angriffen auf Polizeibeamte nicht geeignet. Er kann aus diesem Grund auch keine abschreckende Wirkung entfalten. Drittens erklärt § 15 Abs. 6 die gesamten Vorschriften des § 15 Abs. 2-5 HSOG für unanwendbar, darunter etwa die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Dies ist klar verfassungswidrig.

Der vorgeschlagene § 15a Abs. 1 (Wohnraumüberwachung) ist in Anlehnung an den BKAG-Entwurf der Bundesregierung formuliert worden. Die bisherige Formulierung des § 15 Abs. 4 HSOG suggeriert, dass

30 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 338.

31 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 328.

die Vorschrift auf eine Datenerhebung mit Wissen des Betroffenen keine Anwendung finde. Dies ist mit den Art. 13, 1 GG nicht vereinbar. Diese Grundrechte gelten auch dann, wenn die betroffene Person von ihrer Überwachung Kenntnis hat. Der vorgeschlagene § 15a Abs. 1 stellt dies klar.

Der vorgeschlagene § 15a Abs. 1 erlaubt die Wohnraumüberwachung nur im Fall von Personen, von denen die abzuwehrende Gefahr ausgeht. Die bisherige Formulierung des § 15 Abs. 4 HSOG schränkt die Personen, die im Wege der Wohnraumüberwachung ausgeforscht werden dürfen, nicht ein. Nach § 15 Abs. 2 HSOG soll daher in weitem Umfang die Beobachtung von Personen zulässig sein, von denen die dringende Gefahr nicht ausgeht. Dies ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot nicht vereinbar und auch in § 20h BKAG-E nicht so vorgesehen. Soweit der BKAG-Entwurf auch die Vorbereitung von Straftaten genügen lassen will (§ 20h Abs. 1 S. 1 Nr. 1b BKAG-E), kann dies jedenfalls auf die hessische Regelung nicht übertragen werden, weil eine Vorbereitungshandlung noch keine gegenwärtige Gefahr begründet. Soweit der BKAG-E auch die Überwachung von Kontakt- und Begleitpersonen, die für die Gefahr nicht verantwortlich sind, zulassen will (§ 20h Abs. 1 S. 1 Nr. 1c BKAG-E), ist dies zur Abwehr der Gefahr nicht erforderlich, solange der Störer abwesend ist, weil in dieser Zeit keine Nachrichten an ihn weiter gegeben werden können. Mit Beschluss vom 25.4.2001 hat das Bundesverfassungsgericht nur eine polizeiliche Ermächtigung zur Wohnraumüberwachung unbeanstandet gelassen, die eine Überwachung der Wohnungen von Kontakt- und Begleitpersonen nicht erlaubte.[32] Daran sollte eine vorsichtige und grundrechtsschonende Gesetzgebung festhalten.

§ 15a Abs. 3-5 setzt verfassungsrechtliche Vorgaben zum Kernbereichsschutz um.

In § 15b Abs. 1 wird vorgeschlagen, die Entscheidung über eine Wohnraumüberwachung der Strafkammer zu übertragen, die auch für entsprechende strafprozessuale Maßnahmen zuständig ist. Diese Strafkammer ist besonders sachkundig, während das bisher zuständige Amtsgericht nur selten über entsprechende Anordnungen zu entscheiden haben wird. Ein wesentliches Ziel der Neuregelung verdeckter Ermittlungsmaßnahmen durch den Bundesgesetzgeber war, die gerichtlichen Entscheidungen auf Schwerpunktgerichte zu konzentrieren. Dies ist bei den Landgerichten gewährleistet. Die entsprechende Kammer verfügt auch über einen Eildienst, so dass – wie auch im strafprozessualen Bereich – auf eine rein polizeiliche Eilkompetenz verzichtet werden sollte. Dabei ist zu bedenken, dass die geheime staatliche Überwachung einer Privatwohnung an die Grenze des verfassungsrechtlich Tragbaren geht und, wenn überhaupt, nur unter den größtmöglichen Sicherungen und Vorkehrungen zugelassen werden sollte. Aus diesem Grund ist auch die Anordnungsdauer derjenigen anzupassen, die in § 100d StPO und § 20h Abs. 4 BKAG-E vorgesehen ist (ein Monat statt drei Monate wie in § 15 Abs. 4 HSOG vorgesehen).

Die verfassungsrechtlich begründeten Pflichten zur Kennzeichnung und Löschung in dem vorgeschlagenen § 15d orientieren sich an dem neuen § 101 StPO. Eine Benachrichtigungspflicht ist bereits in § 29 Abs. 6 HSOG vorgesehen und braucht daher nicht geregelt zu werden. Die allgemeine Löschungsvorschrift des § 27 genügt für verdeckte Maßnahmen nicht, weil sie eine zu weitgehende Durchbrechung der Zweckbindung vorsieht. Sie geht davon aus, dass erhobene Daten „für die speichernde Stelle zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben [...], zur Strafverfolgung oder zur Strafvollstreckung“ aufbewahrt werden dürfen. Dies ist aber jedenfalls bei Maßnahmen, für die besondere Anordnungsvoraussetzungen gelten, nicht der Fall. Denn dem Bundesverfassungsgericht zufolge darf eine Zweckänderung nur zugelassen werden, wenn die Daten auch zu dem neuen Zweck hätten erhoben werden dürfen.[33] Entsprechend § 101 StPO ist daher eine besondere Löschungsregelung erforderlich.

4. Allgemeiner Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Die vorgeschlagene Lösung gewährleistet den verfassungsrechtlich vorgegebenen Kernbereichsschutz und die verfahrensrechtlichen Sicherungen allerdings nur für den Bereich der Wohnraumüberwachung. Verfassungsrechtlich geboten ist es jedoch, entsprechend § 29 Abs. 6 des brandenburgischen Polizeigesetzes eine allgemeine Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu schaffen.

32 BVerfG, 1 BvR 1104/92 vom 25.4.2001, Abs. 68.

33 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Abs. 338.

Durch Aufnahme einer solchen allgemeinen Regelung kann vermieden werden, dass das HSOG mit jeder Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über weitere Ermittlungsmaßnahmen nachgebessert werden muss. Einen Kernbereichsschutz hat das Gericht bisher zwar bisher nur für die Wohnraum- und Telefonüberwachung für erforderlich bezeichnet. Da der Schutz aber aus Art. 1 GG abgeleitet wird, ist er für alle staatlichen Maßnahmen vorzusehen. So können etwa bei einer Durchsuchung Tagebücher oder intime Fotos aufgefunden werden, die ebenso zu schützen sind wie entsprechende Erkenntnisse im Rahmen einer Wohnraumüberwachung.

Zur vollständigen Gewährleistung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung wird die Einführung einer zusätzlichen Norm vorgeschlagen, die wie folgt formuliert werden könnte:

> ***§ 43c – Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung; Kennzeichnung und Löschung bei verdeckter Datenerhebung***
>
> *(1) Eine Maßnahme der Beobachtung oder Aufzeichnung sowie eine sonstige Erhebung personenbezogener Daten hat zu unterbleiben, wenn die Erfassung von Umständen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, zu befürchten ist. Eine Maßnahme der Beobachtung oder Aufzeichnung ist unverzüglich abzubrechen, wenn sich während ihrer Durchführung tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Umstände, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsachen der Erfassung der Daten und der Löschung sind zu dokumentieren. Die Dokumentation darf ausschließlich zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme verwendet werden. Sie ist zu löschen, wenn sie für diesen Zweck nicht mehr erforderlich ist. Ist eine Maßnahme nach Satz 1 unterbrochen worden, so darf sie unter den in Satz 1 genannten Voraussetzungen fortgeführt werden.*
>
> *(2) Verdeckt erhobene personenbezogene Daten sind nach der Art ihrer Erhebung zu kennzeichnen. Nach einer Übermittlung an eine andere Stelle ist die Kennzeichnung durch diese aufrechtzuerhalten.*
>
> *(3) Sind die durch eine Maßnahme nach Absatz 2 erlangten personenbezogenen Daten für den Zweck ihrer Erhebung, für eine Benachrichtigung Betroffener und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich, so sind sie unverzüglich zu löschen. Die Löschung ist aktenkundig zu machen. Soweit die Löschung lediglich für eine Benachrichtigung Betroffener oder eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme zurückgestellt ist, dürfen die Daten ohne Einwilligung der Betroffenen nur zu diesem Zweck verwendet werden; sie sind entsprechend zu sperren.*

III. Zusammenfassung

Um die akustische Wohnraumüberwachung verfassungskonform zu gestalten, muss der im Gesetzentwurf vorgesehene Kernbereichsschutz genauer geregelt werden und müssen verfahrensrechtliche Sicherungen eingeführt werden. Ein Formulierungsvorschlag ist unterbreitet worden. Wegen des Missverhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag ist allerdings zu einem Verzicht auf die Befugnis zur präventiven Wohnraumüberwachung zu raten.

Um die übrigen Eingriffsermächtigungen des HSOG verfassungskonform zu gestalten, sind allgemeine Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, zum Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse und zur verfahrensrechtlichen Absicherung bei verdeckten Datenerhebungen aufzunehmen. Formulierungsvorschläge sind unterbreitet worden.

C. Telekommunikationsüberwachung (Nr. 3)

Geltende Regelung	Vorgesehene Neufassung
§ 15a HSOG - Datenerhebung durch Telekommunikationsüberwachung	
(1) Die Polizeibehörden können von einem Dienstanbieter, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, verlangen, dass er die Kenntnisnahme des Inhalts der Telekommunikation ermöglicht und die näheren Umstände der Telekommunikation einschließlich des Standorts aktiv geschalteter nicht ortsfester Telekommunikationsanlagen übermittelt, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist.	(unverändert)
(2) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 können die Polizeibehörden auch Auskunft über die Telekommunikation in einem zurückliegenden oder einem zukünftigen Zeitraum sowie über Inhalte verlangen, die innerhalb des Telekommunikationsnetzes in Speichereinrichtungen abgelegt sind.	(unverändert)
(3) Die Polizeibehörden können technische Mittel zur Ermittlung des Standortes eines aktiv geschalteten Mobilfunkendgerätes und zur Ermittlung der Geräte- und Kartennummern einsetzen, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person unerlässlich ist.	(unverändert)
	(4) Die Maßnahmen dürfen sich nicht gegen die in § 53 Strafprozessordnung genannten Berufsgeheimnisträger 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.
(4) Die Maßnahmen bedürfen außer bei Gefahr im Verzug der richterlichen Anordnung. Für das Verfahren gilt § 39 Abs. 1 mit der Maßgabe, dass das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Polizeibehörde ihren Sitz hat. Die Anordnung muss Namen und Anschrift der Person, gegen die sie sich richtet, oder die Rufnummer oder eine andere Kennung ihres Telekommunikationsanschlusses oder ihres Telekommunikationsgeräts enthalten. § 15 Abs. 5 Satz 3 und 5 bis 9 gilt entsprechend.	(wird zu Abs. 5)
(5) Soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Tatsachen ergeben, die einen anderen Sachverhalt betreffen, dürfen die durch die Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten nur verarbeitet werden, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person uner-	(wird zu Abs. 6)

lässlich ist. Bundesrechtliche Übermittlungspflichten bleiben unberührt.	
(6) § 17 Abs. 1 und 3 des Artikel 10-Gesetzes vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254, 2298), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2836), gilt entsprechend.	(wird zu Abs. 7)

Zu begrüßen ist, dass der Vorschlag zur Neuregelung der Ermächtigung zur Telefonüberwachung einen Schutz von Berufsgeheimnisträgern und einen Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vorsieht.

Satz 1 des Änderungsvorschlags bezieht jedoch die Hilfspersonen nach § 53a StPO nicht ein, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre (anders etwa § 20u BKAG-E). Auch sind die verfassungsrechtlich geforderten Dokumentationspflichten nicht vorgesehen (siehe § 101 StPO). Es wird daher empfohlen, eine allgemeine Regelung zum Schutz von Vertrauensverhältnissen einzuführen, wie sie auf Seite 11 oben entworfen worden ist. Diese gilt dann auch für die Telekommunikationsüberwachung.

Satz 2 des Änderungsvorschlags regelt einen Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, allerdings eher rudimentär und ohne die gebotenen verfahrensrechtlichen Sicherungen. Um dies zu beheben, wird empfohlen, die auf Seite 12 oben vorgeschlagenen Kernbereichsregelungen für die Wohnraumüberwachung für entsprechend anwendbar zu erklären[34].

Satz 3 des Änderungsvorschlags ist missverständlich, weil von einer „Verwertung“ erlangter Erkenntnisse die Rede ist. Wie bereits ausgeführt, kann dieser Begriff nur im Kontext der Strafverfolgung Verwendung finden und ist jedenfalls im präventiven Bereich zu unbestimmt. Stattdessen ist der datenschutzrechtlich definierte Begriff der „Verwendung“ zu benutzen.

D. Rasterfahndung (Nr. 4)

Geltende Regelung	Vorgesehene Neufassung
§ 26 HSOG – Besondere Formen des Datenabgleichs	
(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	(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. Rechtsvorschriften über ein Berufs- oder besonderes Amtsgeheimnis bleiben unberührt.

34 So etwa § 186a LVwG-SH.

Weise nicht möglich ist. Rechtsvorschriften über ein Berufs- oder besonderes Amtsgeheimnis bleiben unberührt.	
(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.	(unverändert)
(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.	(unverändert)
(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.	(unverändert)
(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.	(unverändert)

I. Zweckmäßigkeit

Zu begrüßen ist der Vorschlag zur Neufassung des § 26 HSOG insoweit, als er höhere Anforderungen an die Durchführung einer Rasterfahndung stellen soll als sie bisher vorgesehen sind.

Der Gesetzentwurf äußert sich jedoch nicht zu der Frage, ob die Durchführung von Rasterfahndungen überhaupt fachlich erforderlich ist, soweit sie nicht schon nach der Strafprozessordnung möglich sind. Die Strafprozessordnung deckt den Bereich begangener Straftaten, versuchter Straftaten (§ 22 StGB), geplanter Verbrechen (§ 30 StGB) und terroristischer Gruppierungen (§ 129a StGB) bereits ab. Jenseits dieses Bereichs ist die praktische Relevanz einer Rasterfahndung, bei der Daten tausender unverdächtiger Bürger aus den verschiedensten Lebensbereichen zusammen geführt werden, nicht dargetan. Bei Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben verbleibt kaum ein Anwendungsfeld für Rasterfahndungen.

Die Effektivität des Instruments der Rasterfahndung ist in einer empirischen Studie des Max-Planck-Instituts aus dem Jahr 2007 untersucht worden.[35] Untersucht wurden 27 Verfahren aus dem Jahr 2002, in denen 31 Rasterfahndungen durchgeführt worden waren. Im Ergebnis führten nur 13 Prozent der Rasterfahndungen zur Ermittlung der gesuchten Person. Erfolgreich war also nur eine von sieben Rasterfahndungen. In 58 Prozent der Fälle wurde Ansätzen für weitere Ermittlungen nachgegangen, die aber nicht zur Aufklärung der Tat beitrugen. Zu weiteren 13 Prozent waren keine Angaben zu den Ergebnissen möglich, und 16 Prozent der Maßnahmen zeitigten keinerlei Ergebnisse. Der Autor der Untersuchung stellte ferner fest, dass in fast zwei Dritteln der Fälle selbst Personen, gegen die weitere Ermittlungen durchgeführt wurden, nie von der Maßnahme benachrichtigt wurden.

Die genannte Studie hatte Rasterfahndungen zur strafprozessualen Suche nach Verdächtigen zum Gegenstand. Auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr ist demgegenüber kein einziger Fall bekannt, in dem eine Rasterfahndung zur Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit geführt hätte.

Demgegenüber binden Rasterfahndungen erhebliche Ressourcen, insbesondere Personal. Es ist sehr aufwändig, alle „ausgerasterten“ Personen zu überprüfen, zumal es sich oftmals um hunderte von Personen handelt. Während der bundesweiten Rasterfahndung nach „Schläfern“ im Jahr 2002 klagten Polizeibeamte verbreitet, dass sie durch die Rasterfahndung voll ausgelastet seien und für Ermittlungsarbeit keine Zeit mehr hätten. Es ist sicherheitspolitisch verfehlt, gezielte polizeiliche Ermittlungen wegen tatsächlich begangener Straftaten zu unterlassen und stattdessen den kaum erfolgversprechenden Versuch zu unternehmen, im Wege einer aufwändigen präventiven Rasterfahndung Ermittlungsansätze erst zu gewinnen.

Vor diesem Hintergrund sollte auf die Ermächtigung zur Vornahme von Rasterfahndungen insgesamt verzichtet und § 26 aufgehoben werden. Dass die Befugnis zur Rasterfahndung verzichtbar ist, zeigen die genannten Erfahrungen sowie der Umstand, dass derartige Befugnisse in unseren europäischen Partnerstaaten nicht bestehen. Auch Niedersachsen, Bremen und Schleswig-Holstein haben erst zur Durchführung der – rechtswidrigen und erfolglosen – „Schläfersuche“ im Jahr 2002 entsprechende Befugnisse eingeführt, die sie danach nicht mehr benötigt haben. Die Rasterfahndung weist nach den gewonnenen Erfahrungen damit ein Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag auf und bindet Personal, das an anderen Stellen sinnvoller für operative Polizeiarbeit eingesetzt werden kann.

II. Eingriffsschwelle

Entscheidet sich der Gesetzgeber gleichwohl für die Beibehaltung einer Ermächtigung zur Rasterfahndung, so ist sie verfassungskonform auszugestalten. Der vorliegende Vorschlag erfüllt die verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

1. Gleichgewichtige Schäden für die Umwelt?

Die im vorliegenden Gesetzentwurf vorgeschlagene Neufassung des § 26 Abs. 1 verstößt insofern gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot und das Gebot der Normenklarheit, als eine Rasterfahndung auch zur Abwehr „gleichgewichtiger Schäden für die Umwelt“ zugelassen werden soll. In Erfüllung des Gebots der Normenklarheit müsste der Gesetzgeber präzise bestimmen, was er unter „gleichgewichtigen Schäden für die Umwelt“ versteht, zumal bei einem derart tiefgreifenden Grundrechtseingriff wie der Rasterfahndung. Der Begriff der „gleichgewichtigen Schäden“ ist mit Gesetzentwurf vom 12.03.2002 eingeführt worden, dessen Begründung[36] den Terminus aber auch nicht definiert oder Anwendungsfälle nennt. Dem Verfasser ist kein Rechtsgut bekannt, das den übrigen genannten gleichwertig wäre. Für den Gesetzgeber folgt aus dem Gebot der Normenklarheit jedenfalls die Anforderung, die Voraussetzungen des Grundrechtseingriffs selbst und präzise zu bestimmen; der Begriff „gleichgewichtiger Schäden für die Umwelt“ genügt dem nicht.

35 Pehl, Die Implementation der Rasterfahndung (2007), zusammengefasst in Max Planck Forschung 4/07, http://www.magazin-dt.mpg.de/bilderBerichteDokumente/multimedial/mpForschung/2007/heft04/pdf20.pdf, 68 ff.

36 LT-Drs. 15/3755.

Daneben dehnt der Begriff der „gleichgewichtigen Schäden“ den Anwendungsbereich der Rasterfahndung unverhältnismäßig weit aus. Sowohl das nordrhein-westfälische Gesetz wie auch das diesbezügliche Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 04.04.2006 hatten eine Ermächtigung zur Rasterfahndung nur „zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person“ zum Gegenstand. Nur für diese Rechtsgüter hat das Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Ermächtigung als „noch“ verhältnismäßig befunden.[37] Die Verwendung des Begriffs „noch“ durch das Bundesverfassungsgericht zeigt, dass eine Ausweitung auf weitere Rechtsgüter nicht mehr verhältnismäßig ist.

Soweit der Begriff „gleichgewichtiger Schäden“ aus anderen Gesetzen übernommen worden sein mag, ändert dies nichts an seiner Unvereinbarkeit mit der Verfassung. Es ist daran zu erinnern, dass der Landtag auch im Fall des Kfz-Kennzeichenscannings schlecht beraten war, die Norm eines anderen Landes ohne eigene Prüfung in § 14 Abs. 5 HSOG zu übernehmen.

2. Tatsächliche Anhaltspunkte oder Tatsachen?

Anders als § 26 in seiner ursprünglichen Fassung will die Neufassung des Jahres 2002 sowie der jetzige Vorschlag eine Rasterfahndung bereits zulassen, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte“ für die Annahme einer Gefahr vorliegen. Dies ist mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung unvereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 04.04.2006 eindeutig festgestellt: „*Die für die Feststellung einer konkreten Gefahr erforderliche Wahrscheinlichkeitsprognose muss sich auf Tatsachen beziehen.*“[38] Dies ist sogar im Leitsatz des Urteils festgehalten worden. Der vorliegende Entwurf muss folglich auch in diesem Punkt geändert werden, wenn die Regelung vor der Verfassung Bestand haben soll.

3. Gegenwärtige Gefahr

Über die Erfüllung der genannten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen hinaus ist für die Wiedereinführung des Merkmals einer „gegenwärtigen“ Gefahr als Voraussetzung einer Rasterfahndung zu plädieren, und zwar vor dem folgenden Hintergrund:

Die vom Bundeskriminalamt koordinierte bundesweite Rasterfahndung nach „terroristischen Schläfern“ war im Jahr 2002 zunächst von den hessischen Gerichten rechtskräftig angelehnt worden.[39] Um ihre Durchführung gleichwohl zu ermöglichen, hat die Landtagsmehrheit mit Gesetz vom 6. September 2002 (GVBl. I S. 546) die Voraussetzung der gegenwärtigen Gefahr für wichtige Rechtsgüter und auch den Richtervorbehalt in § 26 fallen gelassen. Das Landeskriminalamt hat die Rasterfahndung daraufhin durchgeführt.

Diese Rasterfahndung war jedoch rechts- und verfassungswidrig, wie sich aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 04.04.2006 ergibt.[40] Es bestanden keine konkreten Anhaltspunkte für die Planung eines terroristischen Anschlags in Deutschland – zumal in diesem Fall bereits die Strafprozessordnung einschlägig gewesen wäre. Die rechtswidrige Suche nach sogenannten terroristischen „Schläfern“ blieb auch durchweg ergebnislos. Stattdessen entfaltete die nach bestimmten Kriterien durchgeführte Rasterfahndung eine stigmatisierende Wirkung auf diejenigen, die die entsprechenden Kriterien erfüllten und etwa muslimischen Glaubens waren. Mit Rasterfahndungen ist stets das Risiko verbunden, Vorurteile zu reproduzieren und die betroffenen Bevölkerungsgruppen in der öffentlichen Wahrnehmung zu stigmatisieren.[41] Zudem werden bei einer Rasterfahndung große Teile der ganzen Bevölkerung durchsiebt. Die anschließenden Ermittlungsmaßnahmen haben fast durchweg unschuldige und ungefährliche Bürger zum Gegenstand. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge gab es bei keiner der ausgesiebten Personen „auch

37 BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Abs. 87 ff.

38 BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Abs. 145; ebenso Abs. 158, 160, 161.

39 Zuletzt OLG Frankfurt, 20 W 55/02 vom 21.2.2002.

40 BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006.

41 BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Abs. 112.

nur ansatzweise konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es sich gerade bei ihnen um so genannte Schläfer handeln könnte oder sie mit solchen in Kontakt stehen würden."[42] Von solchen Eingriffen ins Blaue hinein können schließlich Einschüchterungseffekte ausgehen, die von der Ausübung von Grundrechten abschrecken.[43]

Der Autor der Studie des Max-Planck-Instituts weist darauf hin, dass die allgemeine Suche nach terroristischen „Schläfern" ohnehin „von vornherein zum Scheitern verurteilt" sei. Da es sich nicht um eine gezielte Suche handele, sei es nicht möglich, ein ausreichend genaues Suchprofil zu bilden.[44]

Sowohl aus Gründen der Effektivität wie auch des Grundrechtsschutzes sollte die Rasterfahndung daher zumindest wieder auf die gezielte Suche nach dem Verursacher einer gegenwärtigen Gefahr für hochrangige Rechtsgüter beschränkt werden, wenn sie nicht insgesamt aufgehoben wird.

4. Formulierungsvorschlag

Um die verfassungsrechtlichen Anforderungen zu wahren, kann der frühere Wortlaut des § 26 Abs. 1 HSOG wieder hergestellt werden:

> *(1) Die Polizeibehörden können von öffentlichen Stellen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person die Übermittlung von automatisiert gespeicherten personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen zum Zwecke des Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß dies zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist. Rechtsvorschriften über ein Berufs- oder besonderes Amtsgeheimnis bleiben unberührt.*

Bereits darauf hingewiesen worden ist allerdings, dass eine Rasterfahndung auch unter diesen Voraussetzungen kaum jemals erfolgreich sein wird. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat dazu ausgeführt:[45]

> *Danach bedarf es hier keiner endgültigen Entscheidung der Frage, ob die Datenübermittlung zum Zwecke der Rasterfahndung zur Abwehr einer „gegenwärtigen" Gefahr erforderlich ist. Daran bestehen allerdings erhebliche Zweifel, zumal bereits die Eignung der Rasterfahndung zur Abwehr einer „gegenwärtigen" Gefahr sehr fraglich ist und die praktische Bedeutung der Rasterfahndung als gering eingeschätzt wird (Lisken/Denninger/Bäumler aaO J 199, 200 = S. 780, 781 und J Rn. 717 = S. 894).*

Vorzugswürdig wäre es daher, die praktisch untaugliche Befugnis zur präventiven Rasterfahndung insgesamt aufzuheben.

III. Richtervorbehalt

Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Beibehaltung der Befugnis, so ist außerdem für die Wiederherstellung des Richtervorbehalts zu plädieren.

§ 26 Abs. 4 lautete ursprünglich:

> *(4) Die Maßnahme bedarf außer bei Gefahr im Verzug der richterlichen Anordnung. Für das Verfahren gilt § 39 Abs, 1 mit der Maßgabe, daß das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Polizeibehörde ihren Sitz hat. Die Anordnung muß die zur Übermittlung verpflichtete Person sowie alle benötigten Daten und Merkmale bezeichnen. Haben die Polizeibehörden bei Gefahr im Verzug die Anordnung getroffen, so beantragen sie unverzüglich die richterliche Bestätigung der Anordnung. Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn nicht binnen drei Tagen eine richterliche*

42 BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Abs. 117.

43 BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Abs. 117.

44 Pehl, Max Planck Forschung 4/07, 71.

45 OLG Frankfurt, 20 W 55/02 vom 21.2.2002; ähnlich BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Abs. 143.

Bestätigung erfolgt. Die oder der Datenschutzbeauftragte ist durch die Polizeibehörde zu unterrichten.

Durch das Erfordernis einer richterlichen Anordnung konnten die hessischen Gerichte nach dem 11. September 2001 zunächst die Durchführung der rechtswidrigen Rasterfahndung verhindern. Nachdem der Landtag das Erfordernis einer richterlichen Anordnung aufgehoben hatte, wurde die Rasterfahndung durchgeführt, obwohl es weiterhin an der Voraussetzung einer konkreten Gefahr fehlte. Dies macht deutlich, dass die Wiedereinführung des Richtervorbehalts notwendig ist, um künftig zu gewährleisten, dass rechtswidrige Rasterfahndungen unterbleiben.

Ob der Richtervorbehalt auch von Verfassungs wegen gefordert ist, hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden. Seine Entscheidung vom 04.04.2006 betrifft § 31 des nordrhein-westfälischen Polizeigesetzes, der eine richterliche Anordnung erfordert. Es entspricht daher auch den Grundsätzen einer vorsichtigen Gesetzgebung, die hessische Norm derjenigen anzugleichen, die vor dem Bundesverfassungsgericht Bestand hatte.

IV. Zusammenfassung

Um § 26 HSOG verfassungskonform zu gestalten, ist eine Änderung der Formulierung über den Gesetzantrag hinaus erforderlich. Wegen des Missverhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag ist jedoch zu empfehlen, die Befugnis zur präventiven Rasterfahndung insgesamt aufzuheben.

12. August 2008