

Rechtsgrundlagen im Polizei- und Ordnungsrecht in bezug auf personenbezogene Daten

Copyright by Rolf Schmidt – Oktober 2003

1. Einführung

Das Polizei- und Ordnungsrecht greift in erheblichem Maße in die Rechtssphäre (**Freiheitsgrundrechte**) des betroffenen Bürgers ein und stellt damit eine der schärfsten Formen der **Eingriffsverwaltung** dar. Aufgrund der damit verbundenen außerordentlichen Grundrechtsrelevanz gilt für diesen Bereich des administrativen Handelns die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – d.h. **Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes** (Art. 20 III GG) – **uneingeschränkt**. Die Verwaltung darf nur in einer bestimmten Weise tätig werden, wenn sie dazu durch Gesetz ermächtigt ist. Die polizeilichen Vorschriften zur Gefahrenabwehraufgabe – sog. Aufgabenzuweisungsnormen¹ – stellen *keine* derartigen Rechtsgrundlagen dar. Sie berechtigen die Polizei- und Ordnungsbehörden *nicht* zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Individuums. Dafür sind sog. **Befugnisnormen** erforderlich. Nur sie werden dem Gesetzesvorbehalt gerecht.

Beispiel: Landwirt L ist u.a. Halter mehrerer Rinder. Als bei einem Tier BSE festgestellt wird, ordnet die zuständige Veterinärbehörde durch Verfügung die Tötung aller Tiere an. Aufgrund des vermehrten Auftretens von BSE könne nicht ausgeschlossen werden, daß auch andere Tiere des Hofes infiziert seien. Ebensowenig könne eine Übertragung des Virus auf den Menschen ausgeschlossen werden.

Da vorliegend durch die Tötungsanordnung in das durch Art. 14 GG geschützte Rechtsgut *Eigentum* des B eingegriffen wird, bedarf es nach dem zu oben Gesagten einer Eingriffsermächtigung (Rechtsgrundlage).

In der Regel findet im Gefahrenabwehrrecht eine Dreiteilung der Eingriffsermächtigung statt:

1. **Spezialgesetzliche** Eingriffsermächtigung (etwa nach dem Versammlungsgesetz)
2. Polizeigesetzliche **Standardmaßnahme** (etwa Ingewahrsamnahme oder Platzverweis)
3. Polizeigesetzliche **Befugnisgeneralklausel** (von der Polizei festzulegende Maßnahme, um eine im einzelnen Fall bestehende konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren)

2. Spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung

Vor allem im Polizei- und Ordnungsrecht leitet sich die Zuständigkeit der handelnden Behörde aus (dem Normgefüge) der einschlägigen Rechtsgrundlage ab. Darüber hinaus sind an die spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen i.d.R. **besondere Eingriffsvoraussetzungen** geknüpft. Daher entfalten Spezialermächtigungen oftmals eine **Sperrwirkung** gegenüber allgemeinen Rechtsgrundlagen. Bevor also Fragen der

¹ Vgl. § 1 I, IV MPEPolG; **Bund:** § 1 BGG; **BW:** § 1 PolG; **Bay:** Art. 2 I, IV PAG; **Berl:** § 1 I, II, III ASOG; **Bran:** § 1 I, IV PolG; **Brem:** § 1 I, IV PolG; **Hamb:** § 1 3 I, II a SOG; **Hess:** § 1 I, II, IV SOG; **Nds:** § 1 I, V GefAG; **MeckVor:** §§ 2, 7 I Nr. 3, 4 SOG; **NRW:** § 1 I, IV PolG; **RhIPfl:** § 1 I, II POG; **Saarl:** § 1 PolG; **Sachs:** § 1 II PolG; **SachsAnn:** § 1 I, III SOG; **SchlHolst:** §§ 163, 168 I Nr. 3 LVwG; **Thür:** § 2 I, IV PAG.

(formellen und materiellen) Rechtmäßigkeit der fraglichen Maßnahme behandelt werden können, muß zunächst die **Rechtsgrundlage** ermittelt und in der Falllösung benannt werden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei der Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage ist auch im Polizei- und Ordnungsrecht der (allgemeine) Grundsatz zu beachten, daß die speziellen Rechtsgrundlagen den allgemeinen vorgehen. Bei der Bestimmung der einschlägigen Rechtsgrundlage kann ein Klausurschwerpunkt darin liegen, von mehreren in Frage kommenden Normen die speziellen zunächst exakt zu subsumieren, um dann im Ergebnis die betreffende Maßnahme auf die allgemeine Befugnisgeneralklausel zu stützen (negative Evidenz durch gezielte Retardation).

Die einschlägige Rechtsgrundlage kann sich aus einem förmlichen Gesetz, aber auch aus einer Rechtsverordnung (des Bundes oder eines Landes) ergeben. Sie ist nach dem **betroffenen Personenkreis** und/oder dem **betroffenen Sachgebiet** zu bestimmen.

Im obigen **Beispiel** stützt sich die Tötungsanordnung auf § 18 i.V.m. § 24 I TierseuchenG. Dieses Gesetz ist anwendbar, da Rinder vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfaßt sind, § 1 II Nr. 2 TierseuchenG. Ob die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen, ist eine Frage der (materiellen) Rechtmäßigkeitsprüfung (dazu später). Ein Rückgriff auf das allgemeine POR ist grds. ausgeschlossen.

Weitere spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen sind § 24 I **BWassStrG**, § 29 I S. 2 III **LuftVG**, §§ 17, 20, 24, 25 **BImSchG**, §§ 4 I, 5, 15-17, 19 **GastG**, § 3 **VereinsG**, §§ 24a, 25, 33a I S. 3, II, 33d I S. 2, III, IV, 33e, 51 **GewO**, § 16 **InfSchG**, § 4 **StVG**, §§ 44 II, 45 I-III, **StVO**, §§ 3, 12 II, 17 I, 3 **StVZO**, §§ 5, 13, 15 **VersG**.

3. Präventivpolizeiliche Standardmaßnahmen

a. Anwendungsvorrang vor der Befugnisgeneralklausel

Geht es um Eingriffe in besonders grundrechtssensiblen Bereichen wie **Durchsuchen** von **Personen, Wohnungen** oder **Sachen, Ingewahrsamnahme, Platzverweisung, Sicherstellung, Identitätsfeststellung** oder **erkennungsdienstliche Maßnahmen**, aber auch **Datenerhebung, -speicherung und -verwertung**, stellt der im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verankerte Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes strenge Anforderungen an das zu Grundrechtseingriffen ermächtigende Gesetz. Die Polizeigesetze der Länder haben Eingriffe in diesen Bereichen daher nicht über eine Befugnisgeneralklausel zu legitimieren versucht, sondern über spezielle, inhaltlich sowohl auf Tatbestandsseite als auch auf Rechtsfolgeseite differenzierte Befugnisnormen, die ihren Anwendungsbereich abschließend regeln und folgerichtig der Anwendung der Generalklausel als Eingriffsermächtigung vorgehen. Soweit die Polizeigesetze also bestimmte typisierte polizeiliche Maßnahmen spezialgesetzlich normiert haben, sind hierfür getroffenen Regelungen abschließend. Das hat zur Folge, daß insoweit **nicht mehr auf die Befugnisgeneralklausel zurückgegriffen werden kann**. Die Standardmaßnahmen stehen nach dem einschlägigen Landesrecht der (*Vollzugs-*) *Polizei* zur Verfügung. Die *Ordnungsbehörden* dürfen nur in einigen Bundesländern von ihnen Gebrauch machen.

Standardmaßnahmen sind gesetzlich geregelte Gefahrenabwehrmaßnahmen, die in bestimmten Erscheinungsformen immer wiederkehren, die sich also typologisch erfassen lassen (*typische* Polizeimaßnahmen).

Im Vergleich zur Befugnisgeneralklausel ist der Befugnisrahmen für die Behörde hier erweitert oder verengt. Verengungen setzen insbesondere bei der Intensität und der zeitlichen Nähe einer möglichen Schädigung an. So ist insbesondere oft von „**gegenwärtiger**“ oder „**drohender**“ **Gefahr** (für die öffentliche Sicherheit) die Rede.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Auch wenn die Vorschriften der Polizeigesetze, die die Standardmaßnahmen betreffen, ihrem Wortlaut nach nicht durchgängig das Vorliegen einer Gefahr (für die öffentliche Sicherheit) voraussetzen, so muß das Erfordernis einer Gefahr aufgrund des Charakters der Standardmaßnahmen als Gefahren-abwehrmaßnahmen doch stets angenommen werden.

b. Rechtsnatur und Einteilung der Standardmaßnahmen

aa.) Hinsichtlich der **Rechtsnatur** kommen den Standardmaßnahmen nach strittiger, aber überzeugender Auffassung² ein **Doppelcharakter** zu:

- ⇒ Zum einen sind sie in fast allen Fällen³ **Verwaltungsakte**, die - nicht anders als die auf die Befugnisgeneralklausel gestützten Maßnahmen - auf ein Gebot (z.B. Vorladung), ein Verbot (z.B. Platzverweis) oder auf eine Duldung (z.B. Gewahrsam) gerichtet sind. Das für die Annahme eines Verwaltungsakts konstitutive Element der Regelung liegt in der **Anordnung** derartiger Maßnahmen gegenüber dem Betroffenen, der hierdurch zu einem Handeln oder Dulden verpflichtet wird.
- ⇒ Zum anderen liegt in den meisten Standardmaßnahmen ein tatsächliches Element (ein **Realakt**), nämlich die **tatsächliche Durchführung (Vollziehung)** der Maßnahme.⁴ Diese tatsächliche Durchführung (Vollziehung) der Maßnahme darf nicht mit einer Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung (etwa der unmittelbare Zwang) verwechselt werden. **Durchführung der Standardmaßnahme und Verwaltungsvollstreckung sind verschiedene Maßnahmen!** Diese Erkenntnis ist wichtig für den Rechtsschutz und unabdingbar für den richtigen Klausuraufbau.

Beispiel: Bei der *Anordnung* der **Durchsuchung**⁵, mit welcher der Betroffene zur Duldung der Durchsuchungshandlung verpflichtet wird, handelt es sich um einen Verwaltungsakt. Davon zu unterscheiden ist die tatsächliche Vornahme der *Durchsuchungshandlung*. Diese stellt das tatsächliche Element der Standardmaßnahme dar und darf nicht mit einer Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung gleichgesetzt werden. Für den Rechtsschutz gilt daher folgendes: Obwohl dogmatisch zwischen der *Anordnung* der Durchsuchung und deren *Durchführung* zu trennen ist, handelt es sich bei der Durchsuchung um einen einheitlichen Vorgang (die Durchführung der Maßnahme ist nur Mittel zum Zweck). Bei der Frage des Rechtsschutzes ist auf das re-

² Vgl. nur *Schenke*, POR, Rn 77; *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh § 42 Rn 35. **Anders Drews/Wacke/Vogel/Martens**, § 12 12c und *Schwabe*, NJW **1983**, 369 ff., die bei Standardmaßnahmen ausschließlich von **Realakten** ausgehen. Zu beachten ist allerdings, daß ein Realakt nicht vollstreckt werden kann. Folgt man also der Gegenauffassung und weigert sich der Betroffene, der Aufforderung nachzukommen, muß die Polizei zur Vollstreckung systemwidrig auf die (vollstreckungsfähige) Befugnisgeneralklausel mit ihren häufig abweichenden Tatbestandsvoraussetzungen zurückgreifen, die dann als vollstreckbare Grundverfügung fungiert. Das systemwidrige Zurückgreifen auf die Befugnisgeneralklausel vermeidet man aber, indem man mit der h.M. in den Standardmaßnahmen nicht nur einen Realakt, sondern gleichzeitig auch einen Verwaltungsakt auf Duldung der Maßnahme sieht.

³ Außer im Fall der Observation.

⁴ Etwas anderes gilt für die Vorladung. Diese besteht nur aus der Anordnung, daß der Betroffene auf der Dienststelle zu erscheinen hat.

⁵ Vgl. § 17 MEPolG; **Bund:** § 43 BGSOG; **BW:** § 29 PolG; **Bay:** Art. 21 PAG; **Berl:** § 34 ASOG; **Bran:** § 21 PolG; **Brem:** § 19 PolG; **Hamb:** § 15 SOG; **Hess:** § 36 SOG; **MeckVor:** §§ 53 f. SOG; **Nds:** § 22 GefAG; **NRW:** § 39 PolG; **RhPfl:** § 18 POG; **Saarl:** § 17 PolG; **Sachs:** § 23 PolG; **SachsAnh:** § 41 LSA; **SchlHolst:** § 202 f. LVwG; **Thür:** § 23 PAG.

gelnde Element abzustellen. Daher ist eine **Anfechtungsklage** bzw., da sich die Durchsuchung bereits vor Klageerhebung erledigt haben wird, eine **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO statthaft.

Gegenbeispiel: Werden bei einer Durchsuchung Sachen gefunden, von denen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht, muß die Polizei die Möglichkeit haben, diese Sachen sicherzustellen und zu verwahren. Die Standardmaßnahme **Sicherstellung (Beschlagnahme)**⁶ erfolgt durch *Anordnung* (regelndes Element) und deren Vollzug durch *Ansichnahme* der Sache (reales Element). Sofern der Betroffene die Sache freiwillig herausgibt, ist lediglich die Rechtmäßigkeit der Sicherstellung als einheitlicher Vorgang zu überprüfen. Dies geschieht im Rahmen einer **Anfechtungsklage**, sofern sich das regelnde Element der Sicherstellung noch nicht erledigt hat (ansonsten ist die **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage** gem. § 113 I S. 4 VwGO analog statthaft). Mußte die Polizei dagegen die Sache dem Betroffenen (gewaltsam) wegnehmen, um sie sicherstellen zu können, ist das nicht als Ausführungshandlung der Anordnung zu werten, sondern als Zwangsmaßnahme (**unmittelbarer Zwang**). Das hat den Grund, daß die Standardmaßnahme Sicherstellung zwar das Ansichnehmen der Sache umfaßt, nicht aber das gewaltsame Besitzergreifen.

Die Anwendung unmittelbaren Zwangs im **gestreckten Verwaltungsvollstreckungsverfahren** ist nach wohl h.M. ein **Realakt**, weil sie lediglich ein tatsächliches Moment aufweise.⁷ Nach regelmäßig erfolgtem Vollzug („Erledigung“) wäre insofern ein in einer **allgemeinen Leistungsklage** eingebetteter Folgenbeseitigungsanspruch zu prüfen. Geht man dagegen davon aus, daß mit der Anwendung des Zwangsmittels zugleich die konkludente Verfügung, das Zwangsmittel zu dulden, einhergeht⁸, ist die **Anfechtungsklage** bzw. die **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage** statthaft.

Schwierig ist auch die Beurteilung der Rechtsnatur von Zwangsmitteln im **Sofortvollzug**. Während sie bisher überwiegend als **Verwaltungsakte** angesehen wurden, stellen sie nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung (wie die Zwangsmittel im gestreckten Verfahren) **Realakte** dar. Eine Entscheidung kann aber letztlich aufgrund der Regelung des § 18 II BundesVwVG (der als allgemeiner Rechtsgedanke auch auf Landesebene zu beachten ist) dahinstehen. Diese Vorschrift bestimmt nämlich, daß gegen Zwangsmittel, die ohne vorausgehenden Verwaltungsakt, also im Sofortvollzug, angewendet werden, *die* Rechtsmittel zulässig sind, die gegen Verwaltungsakte allgemein gegeben sind. Zwangsmittel im Sofortvollzug müssen daher grundsätzlich mit **Anfechtungswiderspruch** oder **Anfechtungsklage** angegriffen werden. Ist jedoch bereits eine Erledigung i.S.d. § 113 I S. 4 VwGO eingetreten, ist die **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO i.V.m. dem Annexantrag gemäß § 113 I S. 2 VwGO einschlägig.

Weiterführender Hinweis: Nach der neuesten Rechtsprechung des BVerfG kommt es bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme nicht (mehr) auf die Rechtmäßigkeit der der Vollstreckungsmaßnahme zugrunde liegenden Grundverfügung an. Es besteht somit **kein Rechtmäßigkeitszusammenhang zwischen der Primärmaßnahme und der Vollstreckungsmaßnahme**, oder – an-

⁶ Vgl. §§ 21 f. MEPolG; **Bund:** § 27 BGSG; **BW:** §§ 32 f. PolG; **Bay:** Art. 25 f. PAG; **Berl:** §§ 38 f. ASOG; **Bran:** §§ 25 f. PolG; **Brem:** §§ 23 f. PolG; **Hamb:** § 14 SOG; **Hess:** §§ 40 f. SOG; **MeckVor:** §§ 61-63 SOG; **Nds:** §§ 26 f. GefAG; **NRW:** §§ 43-45 PolG; **RhIPfl:** §§ 22 f. POG; **Saarl:** §§ 21 f. PolG; **Sachs:** §§ 26-29 PolG; **SachsAnh:** §§ 45 f. SOG; **SchlHolst:** §§ 210-212 LVwG; **Thür:** §§ 27 f. PAG.

⁷ *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh § 42 Rn 33; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 35 Rn 67; *Schenke*, POR, Rn 572; *Erichsen/Rauschenberg*, Jura **1998**, 31, 40; *Schoch*, JuS **1995**, 307, 311; unklar, aber wohl ebenfalls von einem Realakt ausgehend *Knemeyer*, POR, Rn 364.

⁸ So BVerfGE **26**, 161, 164 (Schwabinger Krawalle); *Hufen*, VerwProzR, § 14 Rn 23, **offengelassen** von *Werner*, JA **2000**, 902, 904 f.

ders ausgedrückt – die Rechtswidrigkeit der Grundverfügung stellt kein Vollstreckungshindernis dar.⁹ Das folgt aus dem Umstand, daß auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt wirksam ist (vgl. § 43 II VwVfG) und daß es hinsichtlich der Vollstreckung nur auf die Wirksamkeit der Grundverfügung ankommt (vgl. § 6 I BundesVwVG). Die Verwaltung darf also auch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt vollstrecken, solange dieser nur wirksam ist. Für den Rechtsschutz bedeutet dies, daß soweit der Kläger ausdrücklich nur die Zwangsmaßnahme (diese stellt nach der hier vertretenen Auffassung einen Verwaltungsakt dar) angreift, nicht auch die Rechtmäßigkeit der Primärverfügung geprüft zu werden braucht. Die Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme ist demzufolge nur rein vollstreckungsrechtlich zu prüfen. Das kann zu dem Ergebnis führen, daß die fragliche Vollstreckungsmaßnahme rechtmäßig ist, obwohl die ihr zugrunde liegende Primärmaßnahme rechtswidrig ist bzw. war. Das ist aus rechtsstaatlicher Sicht grds. unproblematisch, da der Bürger ja gerade gegen einzelne Vollstreckungsmaßnahmen gerichtlich (ggf. nach § 80 V VwGO) vorgehen kann. Bedenken bestehen lediglich dann, wenn der Grundverwaltungsakt so kurzfristig vollstreckt würde, daß die zwischenzeitliche Anrufung des Gerichts im Verfahren nach § 80 V VwGO nicht in Betracht käme (irreversibler Vollzug vor Unanfechtbarkeit). Sofern sich die Primärmaßnahme also noch nicht erledigt hat (und somit noch wirksam ist) wird der Kläger daher regelmäßig versuchen, auch die Wirksamkeit der Grundverfügung zu beseitigen. Das kann er nur, indem er gleichzeitig Anfechtungsklage gegen die Grundverfügung erhebt. Kommt dann das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Grundverfügung rechtswidrig ist, hebt es diese gem. § 113 I S. 1 VwGO auf, wodurch deren Wirksamkeit entfällt (§ 43 II VwVfG). Im Verfahren nach § 80 V VwGO ordnet es die aufschiebende Wirkung (des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage) an. Damit entfällt gleichzeitig die Grundlage für die Vollstreckungsmaßnahme. In der Klausur muß also stets genau das Klagebegehren untersucht werden. Kommt der Kläger nur über die Aufhebung der (noch nicht erledigten) Grundverfügung bzw. über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu seinem Ziel, wird anzunehmen sein, daß er auch eine Anfechtungsklage gegen die Grundverfügung erheben bzw. einen Antrag nach § 80 V VwGO stellen will. Nötigenfalls muß der Richter über § 86 II VwGO eine Erweiterung des Klagegegenstandes anregen. In diesem Fall wären in kumulativer Klagenhäufung (§ 44 VwGO) sowohl die Grundverfügung als auch die Zwangsmaßnahme zu prüfen. Vgl. dazu ausführlich.

Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen gewinnen bei den Standardmaßnahmen dann eine selbständige Bedeutung, wenn beispielsweise in Abwesenheit des Rechtsinhabers eine Sache durchsucht oder sichergestellt wird. Hier liegt, weil der Verwaltungsakt mangels Bekanntgabe an den Betroffenen nicht wirksam werden kann (§§ 41, 43 VwVfG), im Zeitpunkt des Vollzugs noch kein Verwaltungsakt vor. Gleichwohl ist der Vollzug möglich. Es handelt sich dann um eine unmittelbare Ausführung bzw. um einen Sofortvollzug.¹⁰

⁹ Die Grundverfügung muß nur wirksam sein, vgl. BVerfG NVwZ **1999**, 290, 292; OVG Münster NVwZ **2001**, 231; OVG Hamburg NordÖR **2002**, 469, 470; *Schenke*, POR, Rn 540; *Werner*, JA **2000**, 902, 904; **a.A.** *Jahn*, JA **2000**, 79, 86, und *Knemeyer*, POR, Rn 358, allerdings ohne Beachtung von BVerfG NJW **1999**, 290, 292.

¹⁰ *Götz*, POR, Rn 278; **a.A.** *Würtenberger*, POR, Rn 114; *Robbers*, Schlichtes Verwaltungshandeln, in: DÖV **1987**, 272, 275, bei denen die Standardmaßnahme in diesem Fall zu einem „Realakt eigener Art“ wird.

bb.) Nach ihrem **Regelungsbereich** lassen sich die Standardmaßnahmen grob gliedern in

- ⇒ **Maßnahmen der Informationsbeschaffung** und **-verwertung** (hierzu zählen die Maßnahmen der Datenbeschaffung, -speicherung, -übermittlung sowie die Rasterfahndung),
- ⇒ **Einschränkungen der räumlichen Bewegungsfreiheit** (Platzverweisung, Aufenthaltsverbot, Wohnungsverweisung, Ingewahrsamnahme) und
- ⇒ **Durchsuchung von Personen und Sachen** einschließlich der **Sicherstellung**.

c. Maßnahmen der Informationsbeschaffung und -verwertung

aa. Einführung

a.) Die Gefahrenabwehrbehörden, insbesondere die Polizei im Bereich der Gefahrenvorsorge, waren schon seit jeher darauf angewiesen, für ihre Arbeit personenbezogene Daten zu erheben, zu speichern und zu verarbeiten. Denn es steht außer Frage, daß der Erfolg einer jeden polizeilichen Arbeit maßgeblich von den verfügbaren Informationen bestimmt ist. Informationsbeschaffung ist ein integraler Bestandteil der polizeilichen Arbeit. Alle Polizeigesetze enthielten demgemäß schon immer Bestimmungen über die Informationsbeschaffung, heute zumeist unter der Überschrift „**Datenerhebung und -verarbeitung**“ zusammengefaßt. Diese Bestimmungen beziehen sich ihrem Wortlaut nach auf **personenbezogene Daten**.¹¹ Zwar enthalten die Polizeigesetze i.d.R. keine Erläuterung, was unter „personenbezogenen Daten“ zu verstehen ist, zur Begriffsbestimmung kann aber auf die Legaldefinition der Datenschutzgesetze zurückgegriffen werden, wonach unter personenbezogenen Daten „**Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person**“ zu verstehen sind (vgl. nur § 3 IV BDatSchG).

b.) Daten können mit Hilfe von **elektronischen Datenverarbeitungsanlagen** (EDV), aber auch auf **jede andere Art** wie bspw. mit Hilfe von **Bild- und Tonträgern erhoben, verwertet und gespeichert** werden. Daher kommt es letztlich auf die Art des Datenträgers nicht an.

c.) Soweit die Informationsbeschaffung nicht schon auf „klassischen“ Standardbefugnissen wie Identitätsfeststellung, erkennungsdienstliche Maßnahmen, Vorladung beruht, wurde lange Zeit hierfür die Generalklausel als ausreichende Ermächtigung angesehen. Zum Teil wurde die Informationsbeschaffung und -verwertung noch nicht einmal als Grundrechtseingriff angesehen, so daß es auch nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nicht geboten schien, sie gesetzlich zu regeln. Gestützt wurden sie deshalb häufig nur auf interne Dienstvorschriften. Seit dem **Volkszählungsurteil** des BVerfG¹² hat sich jedoch die Rechtsauffassung durchgesetzt, daß jede Erhebung von personenbezogenen Daten grundsätzlich einen Eingriff in das

¹¹ Vgl. § 8a MEPolG; **BW:** §§ 19 ff. PolG; **Bay:** Art. 30 ff. PAG; **Berl:** §§ 18 f. ASOG; **Bran:** §§ 29-36 PolG; **Brem:** §§ 27 ff. PolG; **Hamb:** §§ 2 ff. DVPolG; **Hess:** §§ 12 ff. SOG; **MeckVor:** §§ 25 ff. SOG; **Nds:** §§ 30 ff. GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. § 9 ff. PolG; **RhLPfl:** §§ 25a-g POG; **Saarl:** §§ 25 ff. PolG; **Sachs:** §§ 35 ff. PolG; **SachsAnh:** §§ 14 ff. SOG; **SchlHolst:** §§ 177 ff. LVwG; **Thür:** §§ 31 ff. PAG. Spezialvorschriften für die Sicherstellung, die wegen ihres abschließenden Charakters einen Rückgriff auf das allgemeine POR ausschließen, finden sich in den Landespressgesetzen.

¹² BVerfGE 65, 1 ff.

Grundrecht auf **informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) darstellt. Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt nämlich gerade unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Der einzelne soll selbst bestimmen können, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.¹³

Zwar muß der Bürger Einschränkungen dieses Grundrechts aus Gründen des überwiegenden Allgemeininteresses hinnehmen, diese Beschränkungen bedürfen aber einer **gesetzlichen Grundlage**, aus der sich die **Voraussetzungen** und der **Umfang** der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der **Normklarheit** und **Bestimmtheit** entspricht. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber bei der Normierung der Eingriffsvoraussetzungen den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu beachten. Des weiteren hat er angesichts der Gefährdungen durch die Nutzung der EDV auch **organisatorische** und **verfahrensrechtliche** Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.¹⁴ Deshalb haben die Landesparlamente den gesetzlichen Katalog der materiellrechtlichen wie verfahrenstechnischen Regelungen zur Informationsbeschaffung und -verwertung erheblich erweitert und nicht mehr die Befugnisgeneralklausel als ausreichend angesehen. Daher umfassen sie nun Handlungen, bei denen die Verfasser des Musterentwurfs noch nicht erwogen hatten, für sie eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zu schaffen, wie z.B. die **Befragung** eines Passanten, ob er wisse, wem ein falsch geparktes Fahrzeug gehöre (vgl. unten „Befragung“). Auch andere, sehr einschneidend in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen eingreifende, in der Polizeipraxis schon längere Zeit übliche Fahndungsmethoden wie **Rasterfahndung** und gezielte Ausforschung durch langfristige **Observation** sind nun gesetzlich normiert. Dabei enthalten die gesetzlichen Regelungen – um die grundrechtlichen Vorgaben und Grenzen zu wahren – eine genaue Beschreibung der Eingriffsvoraussetzungen und der Rechtsfolge. Zu beachten ist jedoch, daß die – in ihrem Anwendungsbereich nicht immer auf den ersten Blick überschaubaren – Neuregelungen der einzelnen Polizeigesetze inhaltlich nicht selten divergieren und auch in ihren Strukturen nur teilweise übereinstimmen. Deshalb müssen die jeweiligen Bestimmungen des Bundeslandes unabhängig von dem Studium dieses Buches – das sich in diesem Zusammenhang nur auf allgemeine Ausführungen beschränken kann – eingehend durchgearbeitet werden.

bb. Allgemeine Regeln der Datenerhebung; Ausweispflicht von Bediensteten

a.) Nach den Bestimmungen der Polizeigesetze ist eine Datenerhebung grundsätzlich **offen**, d.h. für denjenigen, bei dem und über den sie erfolgt, erkennbar durchzuführen, damit der Betroffene weiß, über welche Daten die Behörde verfügt.¹⁵ Denn nur so wird er in die Lage versetzt, eventuelle rechtswidrige Eingriffe in sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mit Rechtsschritten abzuwehren. Zur offenen Datenerhebung gehört daher die grundsätzliche **Information des Betroffenen** über deren Rechtsgrundlage und das Ausmaß der Auskunftspflicht oder deren Freiwilligkeit, soweit dies nicht unangemessen ist oder der Zweck der Erhebung

¹³ Vgl. ausführlich *R. Schmidt*, Grundrechte, 4. Aufl. **2003**, S. 121 ff.

¹⁴ BVerfGE **65**, 1, 44.

¹⁵ Vgl. **BW**: § 19 II PolG; **Bay**: Art. 30 III PAG; **Berl**: § 18 II S. 1 ASOG; **Bran**: § 29 III PolG; **Brem**: § 27 II S. 1 PolG; **Hamb**: § 2 III DVPolG; **Hess**: § 13 VII SOG; **MeckVor**: § 26 II SOG; **Nds**: § 12 GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. § 9 IV PolG; **RhIPfl**: § 25a II POG; **Saarl**: § 25 III PolG; **Sachs**: § 37 V S. 1 PolG; **SachsAnh**: § 15 VI SOG; **SchlHolst**: § 178 II LVwG; **Thür**: § 31 III PAG.

dadurch erheblich erschwert oder gefährdet würde.¹⁶ Eine **Ausweispflicht** (Legitimationspflicht) von Polizeibeamten ist nur in einigen Polizeigesetzen ausdrücklich vorsehen.

b.) Die **verdeckte** Datenerhebung, also die Datenerhebung unter Verschleierung der Zugehörigkeit des handelnden Bediensteten zur Polizei oder Ordnungsbehörde bis zum Abschluß der Maßnahme („verdeckter Ermittler“), ist demgegenüber nur ausnahmsweise zulässig. Denn hier ist der Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung besonders deutlich und die rechtliche Abwehr des Eingriffs für den Betroffenen erheblich erschwert, i.d.R. sogar unmöglich. Vielmehr ist dieser auf repressiven Rechtsschutz (Fortsetzungsfeststellungsklage) angewiesen. Daher versteht es sich von selbst, daß die gesetzlichen Bestimmungen, die zur verdeckten Datenerhebung ermächtigen, die Eingriffsvoraussetzungen enger umschreiben müssen, um nicht mit Art. 1 I i.V.m. 2 I GG zu kollidieren.

c.) Selbstverständlich **nicht** zulässig ist die Erhebung personenbezogener Daten „**auf Vorrat**“, also zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken. Denn hier ist kein Allgemeininteresse ersichtlich, das den Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen könnte.

d.) Personenbezogene Daten sind grundsätzlich **beim Betroffenen zu erheben**. Sie können nach den einschlägigen Bestimmungen der Polizeigesetze auch bei Behörden, öffentlichen Stellen oder bei Dritten („anderen“) erhoben werden, wenn die Datenerhebung beim Betroffenen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist oder wenn die Erfüllung der polizeilichen Aufgaben gefährdet würde. Diese Formulierung erinnert an die Voraussetzungen, die seit jeher für die Inanspruchnahme eines Nichtstörers einzuhalten sind.¹⁷

cc. Einzelne Befugnisse

Zu den Befugnissen hinsichtlich der Datenerhebung und -verarbeitung gehören vor allem **Videoüberwachung, Befragung, Beobachtung, Observation**, der **verdeckte Einsatz technischer Mittel**, die Kooperation mit **Vertrauenspersonen** sowie der Einsatz **verdeckt ermittelnder Personen**.¹⁸ Die parlamentarische Überwachung derartiger Maßnahmen sowie datenschutzrechtliche Regularien sind durch entsprechende Vorschriften gewährleistet.¹⁹ Die Beantwortung der Frage nach dem **Rechtsschutz** gegen Maßnahmen, die der Datenerhebung dienen, richtet sich nach deren Rechtsnatur. Werden durch solche Maßnahmen Rechte und Pflichten für den

¹⁶ Vgl. **BW:** § 19 III PolG; **Bay:** Art. 30 IV PAG; **Berl:** § 18 V ASOG; **Bran:** § 29 IV S. 1 PolG; **Brem:** § 27 I PolG; **Hamb:** § 2 IV DVPolG; **Hess:** § 13 VIII SOG; **MeckVor:** § 26 III SOG; **Nds:** § 12 V GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. § 9 VI PolG; **Saarl:** § 25 V PolG; **Sachs:** § 37 II S. 3 PolG; **SachsAnh:** § 15 VII SOG; **SchHolst:** § 178 III LVwG; **Thür:** § 31 IV S. 1 PAG.

¹⁷ Vgl. **Bund:** § 20 BGG; § 6 MEPolG; **Bay:** Art. 10 PAG, Art. 9 III LStVG; **Berl:** § 16 ASOG; **BW:** § 9 PolG; **Bran:** § 7 PolG, § 18 OBG; **Brem:** § 7 PolG; **Hamb:** § 10 SOG; **Hess:** § 9 SOG; **MeckVor:** § 71 SOG; **Nds:** § 8 GefAG; **NRW:** § 6 PolG, § 19 OBG; **RhIPfl:** § 7 POG; **SchHolst:** § 220 LVwG; **Saarl:** § 6 PolG; **Sachs:** § 7 PolG; **SachsAnh:** § 10 SOG; **Thür:** § 10 PAG, § 13 OBG

¹⁸ Einzelheiten sind den zitierten Befugnisnormen zu entnehmen. Diese sind (aus rechtsstaatlichen) Gründen derart detailliert formuliert, daß sich nähere Erläuterungen lediglich auf die Wiedergabe des Gesetzestextes beschränken würden. Darauf ist vorliegend verzichtet worden. Zur problematischen *Speicherung* personenbezogener Daten für präventivpolizeiliche Zwecke vgl. *Hohnstädter*, NJW **2003**, 490.

¹⁹ Das BVerfG konnte mit Kammerbeschluß v. 25.04.2001 die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Datenerhebung zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung offenlassen, da es eine diesbezügliche Verfassungsbeschwerde wegen angeblich nicht genügender Begründung nicht zur Entscheidung annahm (vgl. BVerfG NVwZ **2001**, 1261, 1262).

Betroffenen begründet, enthalten sie rechtsverbindliche Regelungen und sind daher als **Verwaltungsakte** zu qualifizieren. Rechtsschutz bieten die Anfechtungsklage bzw. bei Erledigung die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO. Fehlt jedoch eine Rechtsfolgenanordnung, weil die Maßnahme nur auf Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolgs gerichtet ist, oder fehlt die für die Bejahung eines Verwaltungsakts erforderliche Bekanntgabe, liegt ein **Realakt** vor. Daher sind z.B. Datenerhebungsmaßnahmen, die zunächst ohne Kenntnis des Betroffenen durchgeführt werden (etwa heimliche Überwachungsmaßnahmen, insb. Observation und Lauschangriff²⁰), mit der allgemeinen Leistungsklage bzw. Feststellungsklage anzugreifen. Auch wenn in diesen Fällen der Betroffene nachträglich informiert wird, wird aus der Maßnahme nicht im nachhinein ein Verwaltungsakt.

a.) Videoüberwachung an öffentlichen Orten

Zwecks Abschreckung potentieller Täter sowie zur Stärkung des Sicherheitsgefühls von Personen, die sich an „Angstorten“ bedroht fühlen, ermöglichen nun einige Polizeigesetze²¹ der Polizei, öffentlich zugängliche Orte, an denen vermehrt Straftaten begangen werden oder bei denen aufgrund der örtlichen Verhältnisse die Begehung von Straftaten besonders zu erwarten sind, mittels Bildübertragung und -aufzeichnung offen und erkennbar zu beobachten (sog. **Videoüberwachung**; auch Datenerhebung durch **offenen Einsatz optisch-technischer Mittel** genannt). Diese Befugnis ist nicht ganz unumstritten, weil sie an keine Gefahr anknüpft, sondern lediglich der allgemeinen **Vorsorge** dient. Zwar wird teilweise die Grundrechtsrelevanz derartiger Maßnahmen in Frage gestellt²²; Kritiker befürchten aber, daß die Maßnahmen nicht der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten bzw. der Gefahrenabwehr dienen, sondern lediglich zu einer Verdrängung der Kriminalität in bislang nicht oder nur gering betroffene Bereiche führen. Darüber hinaus bestehe die latente **Gefahr für die informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) der Bürger, da hier teilweise eine flächendeckende Überwachung stattfindet.²³

Noch problematischer wäre es, wenn der (eilige) Landesgesetzgeber **eine präventivpolizeiliche Überwachung der Telekommunikation** gesetzlich ermöglichen würde (die bislang in den Polizeigesetzen enthaltenen Befugnisnormen zur Überwachung und Aufzeichnung des in der Wohnung nichtöffentlich gesprochenen Wortes eröffnen insoweit nicht die Befugnis zu präventiven Telefonabhörmaßnahmen). **Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit** einer solchen (hypothetischen) Befugnisnorm bestünden allein schon angesichts der (ausschließlichen) Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes (vgl. Art. 73 Nr. 7 GG; insbesondere umfaßt Art. 13 IV GG nicht die Telekommunikationsüberwachung; hier ist Art. 10 GG einschlägig). Auch in materieller Hinsicht wäre der Eingriff in das bereits genannte Recht auf informationelle Selbstbestimmung kaum zu rechtfertigen.

²⁰ Zum Lauschangriff vgl. ausführlich *R. Schmidt*, Grundrechte, 4. Aufl. **2003**, S. 371 ff.

²¹ Vgl. etwa §§ 11 I Nr. 4, 29 III **BremPolG**, § 21 III **BWPolG**; § 14 **HessSOG**, § 32 III **MeckVorSOG**; § 38 **SächsPolG**, § 15a **NRWPolG**.

²² VG Karlsruhe NVwZ **2002**, 117.

²³ Vgl. zur Kritik *Göddecke*, NVwZ **2002**, 181, 182; *Roggan*, NVwZ **2001**, 134 ff.; *Vahle*, NVwZ **2001**, 165 f.; *Dolderer*, NVwZ **2001**, 130 ff.; *Maske*, NVwZ **2001**, 1248 ff. Das VG Karlsruhe NVwZ **2002**, 117, 118, erhebt keine Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit des § 21 III BWPolG.

b.) Befragung

Eine geradezu klassische Form der polizeilichen Informationsgewinnung stellt die Befragung von Personen dar. Sämtliche Polizeigesetze sehen sie vor.

Die Befugnisnormen über die **Befragung** gewähren den Polizei- und Ordnungsbehörden die ausdrückliche Befugnis, zu präventiven Zwecken **jede Person** zu „befragen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sie sachdienliche Angaben machen kann, die für die Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind“.

Zwar ist nach dieser – sehr weiten – Formulierung als Tatbestandsvoraussetzung nicht zwingend das Vorliegen einer Gefahr (für die öffentliche Sicherheit) gefordert, allerdings muß das Erfordernis einer Gefahr aufgrund des Charakters der Standardmaßnahmen als Gefahrenabwehrmaßnahmen doch stets angenommen werden. Zum anderen wird das weitreichende Fragerecht dadurch relativiert, daß diesem eine sehr eingeschränkte Beantwortungspflicht gegenübersteht. Der Befragte braucht nach den Bestimmungen der meisten Polizeigesetze grundsätzlich nur **Angaben zur Person** zu machen (insbesondere Name, Geburtsdatum und -ort, Wohnanschrift, Staatsangehörigkeit)²⁴, wodurch den bereits in allen Polizeigesetzen seit jeher enthaltenen „klassischen“ Vorschriften über die **Identitätsfeststellung** praktisch eine **Parallelvorschrift** zur Seite gestellt wird. Zumeist unterscheidet sich die Befragung von der Identitätsfeststellung nur hinsichtlich der Mittel zur Durchsetzung: Während bei einer Befragung nur das **Anhalten** (also das Untersagen der Fortbewegung für kurze Zeit) zulässig ist, schließt die Befugnis zur Identitätsfeststellung auch das Recht ein, eine Person **festzuhalten**, sie nach Gegenständen, die der Identitätsfeststellung dienen, zu **durchsuchen** und ultimativ (d.h. unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips) **zur Polizeiwache zu verbringen**, was das Recht der Fortbewegungsfreiheit gem. Art. 2 II S. 2, 104 II GG (kurzfristige **Freiheitsentziehung**) einschränkt.

Angaben zur Sache müssen meist nur unter engen Voraussetzungen gemacht werden, und zwar regelmäßig nur dann, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte erforderlich ist. In entsprechender Anwendung der §§ 52 I, 53, 53a und 55 StPO wird dem Befragten nach den Bestimmungen der meisten Polizeigesetze aber ein **Auskunftsverweigerungsrecht** eingeräumt, soweit er durch die Auskunft sich selbst oder einen Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat. oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden oder ihm aufgrund seines Berufes ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.

Weigert sich der Befragte, die erforderlichen Angaben zu machen, kommt zur Durchsetzung des Auskunftsbegehrens von den möglichen Zwangsmitteln des Verwaltungszwangs nur das **Zwangsgeld** in Betracht.

Das **strafprozessuale** Gegenstück zur Befragung stellt die **Vernehmung des Beschuldigten** nach §§ 163 I i.V.m. 163a I, IV, V StPO dar. Diese setzt (in Abgrenzung zur präventivpolizeilichen Befragung) den **Anfangsverdacht** einer verfolgbaren Straftat (§ 152 II StPO) voraus und darf von jedem Polizeibeamten angeordnet und vorgenommen werden. Vernommen werden können Verdächtige bzw. Beschuldigte, Zeugen und Sachverständige.

²⁴ Eine über die Angaben zur Person hinausgehende Auskunftspflicht besteht nur in gesetzlich geregelten Fällen, in erster Linie bei Vorliegen des § 138 StGB (Nichtanzeige bestimmter drohender schwerer Straftaten) oder § 323c StGB (unterlassene Hilfeleistung). Sie wird allerdings über den unscharfen Gesetzeswortlaut hinaus insbesondere dann angenommen, wenn der Befragte ohnehin ordnungspflichtig ist.

Allerdings besteht vor der *Polizei* außer in den Fällen des § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten) keine Aussagepflicht, nur die Pflicht zur Angabe der eigenen Personalien. Von großer rechtsstaatlicher und praktischer Bedeutung sind die **Belehrungs- und Hinweispflichten** der §§ 136 und 163a IV StPO, deren Nichtbeachtung zu Verwertungsverboten führt.

c.) Identitätsfeststellung

Die **Identitätsfeststellung**²⁵ (Eingriffsobjekt: Art. 2 II S. 2, 104 GG) dient der Feststellung der Personalien einer unbekannt Person oder der Prüfung, ob eine bestimmte Person mit einer gesuchten identisch ist²⁶ (zum Begriff der Identität vgl. § 111 OWiG).

aa. Als Gefahrenabwehrmaßnahme eignet sich die Identitätsfeststellung insofern, als durch die **Aufdeckung der Anonymität** bevorstehende Straftaten verhindert werden sollen. Sie enthält eine Ermächtigung zur Personalienfeststellung für verschiedenartige, alternativ angelegte Tatbestände:

- (1) zur Abwehr einer Gefahr,
- (2) für die sog. verrufenen oder gefährlichen Orte und
- (3) für gefährdete Objekte.²⁷

Der erstgenannte Tatbestand setzt grundsätzlich eine **konkrete Gefahr** und die **Störereigenschaft** des Adressaten bzw. einen **polizeilichen Notstand** voraus. Die anderen Tatbestände setzen keine Gefahr und keinen konkreten Verdacht gegen eine zu überprüfende Person voraus. Diese braucht daher auch weder polizei- noch notstandspflichtig zu sein. So genügt schon der Aufenthalt der Person an einem Ort, an dem tatsächliche Anhaltspunkte einen Gefahrenverdacht rechtfertigen, wie das an sog. verrufenen oder gefährdeten Orten (z.B. Treffpunkte für Kriminelle, Drogenumschlagplätze, Bordelle, illegale Glücksspiele usw.) der Fall ist. Hier kann die Polizei eine **Razzia**, also eine planmäßige Überprüfung der Identität eines größeren Personenkreises, vornehmen. Bei den gefährdeten Objekten (wie z.B. Verkehrs- und Versorgungsanlagen, öffentliche Verkehrsmittel, Amtsgebäude, Militäranlagen, aber auch Sportgroßveranstaltungen wie Fußballweltmeisterschaft²⁸ usw.) besteht die Befugnis zur Identitätsfeststellung, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß an diesen Objekten Straftaten verübt werden sollen, durch die diese Objekte selbst oder Personen, die sich darin oder in unmittelbarer Nähe befinden, gefährdet sind.²⁹

Die Befugnis zur Identitätsfeststellung beinhaltet nicht nur das Recht, eine Person **anzuhalten**, zu **befragen** und sich die Personalien vorlegen zu lassen (**Sistierung**), sondern bei Verweigerung diese auch **festzuhalten**, sie nach Gegenständen, die der Identitätsfeststellung dienen, zu **durchsuchen** und ultimativ (d.h. unter Wahrung des

²⁵ Vgl. § 9 MEPolG; **Bund**: § 23 BGG; **BW**: § 26 PolG; **Bay**: Art. 13 PAG; **Berl**: §§ 21 f. ASOG; **Bran**: §§ 12, 14 PolG; **Brem**: § 11 PolG; **Hamb**: § 12 SOG, § 4 DatPolG; **Hess**: § 18 I SOG; **MeckVor**: §§ 29 f. SOG; **Nds**: § 13 GefAG; **NRW**: §§ 12 f. PolG; **RhLPfl**: § 10 POG; **SchlHolst**: §§ 181 f. LVwG; **Saarl**: § 9 PolG; **Sachs**: § 19 PolG; **SachsAnh**: § 20 SOG; **Thür**: § 14 PAG.

²⁶ Zur Rechtmäßigkeit der Feststellung der Identität und Durchsicherung von Personen, die der rechtstextremistischen Szene zugeordnet werden VG Frankfurt/M NVwZ **1998**, 770.

²⁷ Vgl. dazu *Möller*, NVwZ **2000**, 382, 383.

²⁸ Vgl. dazu *Nolte*, NVwZ **2001**, 147, 151 f.

²⁹ Dies ist seit langem allgemeiner Konsens und wurde nun durch eine Ergänzung des Bremischen Polizeigesetzes (vgl. § 11 Nr. 4) für das Bundesland Bremen gesetzlich normiert (vgl. ausführlich *Göddeke*, NVwZ **2001**, 1232).

Verhältnismäßigkeitsprinzips) **zur Polizeidienststelle zu verbringen**, was das Recht der Fortbewegungsfreiheit gem. Art. 2 II S. 2, 104 II GG (kurzfristige **Freiheitsentziehung**) einschränkt. Zur Abgrenzung zur Befragung vgl. oben.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Identitätsfeststellung umfaßt also verschiedene Maßnahmen: Das Anhalten der betreffenden Person, die Aufforderung zur Offenlegung der Personalien und ggf. das Durchsuchen nach Gegenständen, die der Identitätsfeststellung dienen, sowie ultimativ das Verbringen auf die Dienststelle. Bei der Frage nach dem Rechtsschutz ist daher entscheidend, welche Rechtsnatur diesen Maßnahmen zukommt (vgl. dazu bereits ausführlich die Einführung zu den Standardmaßnahmen).

- ⇒ Bezüglich des **Anhaltens** gilt, daß dieses nur Mittel zum Zweck und demzufolge keine Maßnahme des Verwaltungszwangs darstellt. Der Betroffene kann daher unproblematisch (bei eingetretener Erledigung vor Klageerhebung) Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO gegen die Identitätsfeststellung erheben.
- ⇒ Im Prinzip dasselbe gilt für das **Durchsuchen** der Person nach Gegenständen, die der Identitätsfeststellung dienen. Auch diese Maßnahme stellt lediglich den Durchführungsakt der Standardmaßnahme *Identitätsfeststellung* dar (insbesondere ist sie nicht mit der eigenständigen Standardmaßnahme *Durchsuchung von Personen* zu verwechseln). Der Betroffene kann hier ebenfalls (bei eingetretener Erledigung vor Klageerhebung) Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO gegen die Identitätsfeststellung erheben.
- ⇒ Problematisch ist dagegen das **Verbringen auf die Dienststelle**. Grundsätzlich ist auch das Verbringen auf die Dienststelle die Ausführungshandlung (das reale Element) der Sicherstellung und demzufolge keine Maßnahme des Verwaltungszwangs.³⁰ Etwas anderes gilt aber, wenn der Betroffene sich weigerte, mit der Polizei mitzukommen und die Polizei den Betroffenen unter Anwendung körperlichen Zwangs mit auf die Dienststelle nehmen müßte. Hier wäre dann von einem unmittelbaren Zwang auszugehen, was dazu führt, daß in der Fallbearbeitung (je nach Fallfrage) sowohl die Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme als auch die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung geprüft werden müßte.

Beispiel: Um die bei einer Demonstration befürchteten Ausschreitungen und Straftaten i.S.v. § 27 VersG zu verhindern, richtet die Polizei auf einer Ausfallstraße eine **Kontrollstelle** (Fahndungsstelle) ein, um Vorbeifahrende zu kontrollieren. K passiert mit seinem Kfz die Stelle und wird kontrolliert. Als er sich nach entsprechender Aufforderung weigert, seine Personalien offenzulegen, wird er von Polizeihauptwachmeister X durchsucht. Nachdem keine Hinweise auf die Identität gefunden werden, fordert X den K auf, mit auf die Polizeidienststelle zu kommen. Als K sich weigert mitzukommen, wird er nach ordnungsgemäßer Androhung und Festsetzung eines Zwangsmittels zwangsweise zur Dienststelle verbracht. Sind die Maßnahmen rechtmäßig?

Vorbemerkung: Da es nach der neuesten Rechtsprechung des BVerfG nicht auf die Rechtmäßigkeit einer Grundverfügung ankommt (keine Konnexität zwischen Primärmaßnahme und Vollstreckungsmaßnahme)³¹, muß – soweit der Kläger ausdrücklich nur die Zwangsmaßnahme angreift – auch nicht die Rechtmäßigkeit der Primärverfü-

³⁰ Vgl. dazu *Schenke*, POR, Rn 119 ff. Unklar *Knemeyer*, POR, Rn 165 i.V.m. Rn 173.

³¹ Die Grundverfügung muß nur wirksam sein, vgl. BVerfG NVwZ **1999**, 290, 292; OVG Münster NVwZ **2001**, 231; *Schenke*, POR, Rn 540; *Werner*, JA **2000**, 902, 904; **a.A.** *Knemeyer*, POR, Rn 358 (dem jedoch offensichtlich BVerfG NVwZ **1999**, 290, 292 unbekannt ist).

gung geprüft werden. Die Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme ist demzufolge nur rein vollstreckungsrechtlich zu prüfen. Das kann zu dem Ergebnis führen, daß trotz rechtswidriger Grundverfügung eine rechtmäßige Vollstreckung vorliegt. Dieser Umstand wurde zwar bereits genannt, soll aber aufgrund der Relevanz noch einmal verdeutlicht werden. Sofern sich die Grundverfügung noch nicht erledigt hat, also noch wirksam ist, wird der Kläger daher regelmäßig versuchen, die Wirksamkeit der Grundverfügung zu beseitigen. Das kann er nur, indem er gleichzeitig Anfechtungsklage gegen die Grundverfügung erhebt. Kommt dann das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Grundverfügung rechtswidrig ist, hebt es diese gem. § 113 I S. 1 VwGO auf, wodurch deren Wirksamkeit entfällt (§ 43 II VwVfG). Damit entfällt gleichzeitig die Grundlage für die Vollstreckungsmaßnahme. In der Klausur muß also stets genau das Klagebegehren untersucht werden. Kommt der Kläger nur über die (zusätzliche) Aufhebung der Grundverfügung zu seinem Ziel, wird anzunehmen sein, daß er auch eine Anfechtungsklage gegen die (noch nicht erledigte) Grundverfügung erheben will. Nötigenfalls muß der Richter über § 86 VwGO eine Erweiterung des Klagegegenstandes anregen. In diesem Fall wären in kumulativer Klagenhäufung (§ 44 VwGO) sowohl die Grundverfügung als auch die Zwangsmaßnahme zu prüfen. Die Prüfung der Grundverfügung erfolgt dann unstreitig im Rahmen einer **Anfechtungsklage**. Bezüglich der Vollstreckungsmaßnahme ist ebenfalls die **Anfechtungsklage** statthaft, sofern in der Vollstreckungsmaßnahme eine gleichzeitige konkludente Duldungsverfügung gesehen wird. Geht man indes nur von einem Realakt aus, ist die **allgemeine Leistungsklage** statthaft.

Hat sich die Grundverfügung dagegen bereits erledigt, so ist sie nicht mehr wirksam und muß auch nicht mehr angefochten werden, um die Grundlage für die anschließende Vollstreckungsmaßnahme zu vernichten. Der Kläger kann aber die Rechtswidrigkeit der Grundverfügung mit Hilfe einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO feststellen lassen. Allerdings genügt es auch, wenn der Kläger lediglich die Vollstreckungsmaßnahme angreift. Sofern man in der Vollstreckungsmaßnahme einen Verwaltungsakt sieht, ist (bei ebenfalls eingetretener Erledigung) die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO statthaft. Sieht man in der Zwangsanwendung lediglich einen Realakt, so ist die allgemeine Leistungsklage statthaft.

Vorliegend wendet sich K ausdrücklich gegen alle Maßnahmen, so daß die Prüfung auf jeden Fall folgendermaßen aufgebaut werden sollte:

1. Aufforderung zur Offenlegung der Personalien

Als Rechtsgrundlage für die Aufforderung zur Offenlegung der Personalien fungiert die landesrechtliche Vorschrift über die Identitätsfeststellung.

Da Ausschreitungen und Straftaten i.S.v. § 27 VersG befürchtet werden, liegt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor. Auch konnte die Polizei im Rahmen der hier behandelten und auf den vorliegenden Fall anwendbaren Standardmaßnahme den K anhalten, ihn nach seinen Personalien befragen und den ggf. ausgehändigten Personalausweis prüfen (die Pflicht zur Vorlage des Personalausweises ergibt sich aus § 1 PersonalausweisG). Die Identitätsfeststellung durch Anhalten und Aushändigenlassen des Personalausweises ist auch geeignet, erforderlich und angemessen zur Verhinderung von Ausschreitungen und Straftaten i.S.v. § 27 VersG.

2. Durchsuchung

Die Befugnis zur Identitätsfeststellung umschließt nicht nur das Recht, eine Person anzuhalten und festzuhalten sondern sie auch nach Gegenständen, die der Identitätsfeststellung dienen, zu durchsuchen (vgl. nur § 11 II Nr. 6 BremPolG). Da auch sonst keine Rechtsfehler ersichtlich sind, war die Durchsuchung des K rechtmäßig.

3. Verbringen zur Polizeidienststelle

Fraglich ist aber die Befugnis zur Verbringung auf die Dienststelle. Ausdrücklich ist diese Befugnis in den meisten die Identitätsfeststellung regelnden Normen nicht enthalten.³² Die Polizei kann aber zur Feststellung der Identität den Betroffenen „festhalten“. Dieses Festhalten kann unter dem Aspekt der effektiven Gefahrenabwehr auch die Verbringung auf die Dienststelle bedeuten.³³ Sollte sich der Betroffene aber weigern, mit zur Dienststelle zu kommen, und muß die Polizei Gewalt anwenden, ist das juristisch als unmittelbarer Zwang zu sehen.

a. Als Rechtsgrundlage für das Verbringen auf die Dienststelle kommt die verwaltungsvollstreckungsrechtliche Vorschrift über den unmittelbaren Zwang³⁴ in Betracht.

b. An der Zuständigkeit der handelnden Behörde bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist *die* Behörde für den Verwaltungszwang zuständig, die den Grundverwaltungsakt erlassen hat (Grundsatz der Selbstvollstreckung). Auch sofern K nicht angehört worden sein sollte, so konnte die **Anhörung** – unabhängig von der Frage, ob eine Zwangsmaßnahme Verwaltungsaktcharakter hat – gem. § 28 II Nr. 5 VwVfG unterbleiben.

c. Die Verbringung auf die Dienststelle müßte aber auch **materiell rechtmäßig** sein. Das ist zunächst der Fall, wenn die vier **allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen** erfüllt sind.

aa. Materielle Vollstreckbarkeit: Der zu vollstreckende Verwaltungsakt muß einen vollstreckbaren Titel haben. Das ist bei einer Identitätsfeststellung der Fall.

bb. Formelle Vollstreckbarkeit: Die Grundverfügung muß entweder **unanfechtbar** sein oder ein noch nicht rechtskräftig beschiedener Rechtsbehelf darf **keine aufschiebende Wirkung** haben. Vorliegend ist die Identitätsfeststellung noch nicht bestandskräftig, also noch anfechtbar. Allerdings hätte ein gegen die Identitätsfeststellung gerichteter Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung, da die Durchsetzung dieser Maßnahme unaufschiebbar war (§ 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO).

cc. Wirksamkeit der Grundverfügung: Die Sicherstellungsanordnung muß **wirksam** sein. Wirksam ist ein Verwaltungsakt, solange er nicht *nichtig* ist, nicht *zurückgenommen*, *widerrufen*, oder *anderweitig aufgehoben* wurde oder sich *durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt* hat (vgl. § 43 II, III, 44 VwVfG). Vorliegend würde das Verwaltungsgericht aufgrund der Rechtmäßigkeit der Identitätsfeststellung diese nicht aufheben, so daß die Wirksamkeit der Grundverfügung vorliegt.

d. Des weiteren müßte auch das **konkrete Vollstreckungsverfahren rechtmäßig** sein. Das ist zunächst der Fall, wenn die Behörde das richtige Zwangsmittel gewählt hat. Vorliegend hat sich die Behörde für die (zwangsweise) Mitnahme des K auf die Dienststelle, mithin für eine Maßnahme des unmittelbaren Zwangs entschieden. Ein anderes Zwangsmittel (Ersatzvornahme, Zwangsgeld) kam nicht in Betracht. Die Auswahl des Zwangsmittels war somit nicht fehlerhaft. Dieses wurde auch ordnungsgemäß angedroht und festgesetzt.

³² Vgl. aber § 11 II Nr. 8 BremPolG.

³³ Vgl. *Honnacker/Beinhofer*, PAG, 17. Aufl. 1999, Art. 13 Rn 14.

³⁴ **Bund:** § 12 VwVG, § 2 UZwG; §§ 33 ff. MEPolG; **BW:** §§ 49 II, 50-54 VwVG; **Bay:** Art. 58, 60-69 PAG; **Brand:** §§ 58, 60-69 PolG; **Brem:** §§ 40-47 PolG; **Hamb:** § 17-26 SOG; **Hess:** § 52, 54-63 SOG; **Meck-Vor:** §§ 90, 101-113 SOG; **Nds:** §§ 69, 71-79 GefAG; **NRW:** §§ 55, 57-66 PolG; **RhLPf:** § 65 LVwVG; **Saar:** §§ 49, 51-58 PolG; **Sachs:** §§ 30-34 POG; **SachsAnh:** § 58, 60-68 SOG; **SchlHolst:** §§ 239, 250-260 LVwG; **Thür:** §§ 56, 58-67 PAG.

e. Schließlich durfte die Zwangsmaßnahme nur dann ergehen, wenn die Polizei den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** beachtet hat. Daran besteht aber kein Zweifel.

f. **Ergebnis:** Die gegen K getroffenen Maßnahmen waren daher rechtmäßig.

bb. Einige neuere Polizeigesetze und das BGSg lassen Polizeikontrollen, Identitätsfeststellungen und ggf. das Verbringen auf die Polizeidienststelle auch **ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr** zu.³⁵ Das betrifft insbesondere Polizeikontrollen im **Grenzgebiet**, auf **Autobahnen** und anderen Durchgangsstraßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität sowie in den Verkehrsmitteln und -einrichtungen des internationalen Verkehrs und ist in erster Linie eine Folge der Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen der Europäischen Union (Schengener Abkommen).³⁶ Teilweise wird an diesen Regelungen Kritik geäußert. Insbesondere seien sie hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „andere Durchgangsstraßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität“ zu unbestimmt und damit bezüglich des Rechtsstaatsprinzips fragwürdig.³⁷

Aus diesem Grund hat auch das Parlament des Bundeslandes Bremen bei der Novellierung des Bremischen Polizeigesetzes im Jahre 2001 darauf verzichtet, die Durchführung verdachtsloser Personenkontrollen ohne Vorliegen einer Störung oder einer konkreten Gefahr aufzunehmen.³⁸

cc. Zum **Rechtsschutz:** Die Identitätsfeststellung ist ein **Verwaltungsakt**. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Maßnahme kann daher – wegen regelmäßig vorliegender Erledigung – mit Hilfe der **Fortsetzungsfeststellungsklage**, ggf. analog § 113 I S. 4 VwGO, überprüft werden. Sollte die Identitätsfeststellung mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt worden sein, so ist gegen die **Anwendung der Zwangsmaßnahme** entweder die Anfechtungsklage bzw. (bei deren Erledigung) die **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO oder die **allgemeine Leistungsklage** statthaft, je nachdem, ob man in der Anwendung des Zwangsmittels einen Verwaltungsakt oder lediglich einen Realakt sieht.

d.) Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen

aa.) Die meisten Polizeigesetze enthalten auch Bestimmungen hinsichtlich der Datenerhebung (insbesondere in Form von Bild- oder Tonaufzeichnungen) im Zusammenhang mit **öffentlichen Veranstaltungen** oder **Ansammlungen**, bei denen die Teilnehmer zwar den gleichen, nicht aber einen gemeinsamen Zweck verfolgen und

³⁵ Vgl. **Bund:** §§ 22 I a, 23 I Nrn. 2-4 BGSg, **Bay:** Art. 13 I Nr. 5 PAG, **BW:** § 26 I Nr. 6 PolG, **Berl:** § 18 VI S. 1 ASOG, **MeckVor:** § 29 I S. 2 Nr. 5 SOG, **Nds:** § 12 VI GefAG, **Sachs:** § 19 I S. 1 Nr. 5 PolG, **Thür:** § 14 I Nr. 5 PolG. Zur polizeilichen Befugnis zur Personenkontrolle unter Entfernung vom konkreten Gefahrerfordernis: **Bund:** §§ 22, 23 BGSg, **Bay:** Art. 13 PAG, **BW:** § 26 PolG, **Berl:** § 21 ASOG, **Bran:** § 12 PolG, **Brem:** § 11 PolG, **Hess:** § 18 SOG, **MeckVor:** § 29 SOG, **Nds:** § 12 GefAG, **NRW:** § 12 PolG, **RhLPfl:** § 10 POG, **Saar:** § 9 PolG, **Sachs:** § 19 PolG, **SachsAnh:** § 14 III SOG, **SchlHolst:** § 181 VG, **Thür:** § 14 PolG.

³⁶ Vgl. dazu jüngst SachsAnhVerfG NVwZ **2002**, 1370 ff.

³⁷ Vgl. *Möllers*, NVwZ **2000**, 382, 384 ff.; *Herrnkind*, KJ **2000**, 188; *Götz*, NVwZ **1998**, 679, 683 f.; *Schmid*, LKV **1998**, 477 ff.; *Schwabe*, NVwZ **1998**, 709. Das VerfG MeckVor hat die Regelung des § 29 I S. 2 Nr. 5 MVSOG für teilweise verfassungswidrig erklärt (LKV **2000**, 149). Das VerfG SachsAnh hat eine gegen § 14 III SachsAnhSOG gerichtete Verfassungsbeschwerde wegen fehlender unmittelbarer Grundrechtsbetroffenheit für unzulässig erachtet (NVwZ **2002**, 1370 ff.).

³⁸ Vgl. dazu *Göddeke*, NVwZ **2001**, 1232.

damit nicht dem Schutz des Art. 8 GG und damit nicht dem VersG unterliegen.³⁹ Bei den öffentlichen Veranstaltungen im dargelegten Sinn handelt es sich bspw. um Volksfeste, Jahrmärkte, Schützenfeste, Sportveranstaltungen, Zirkusveranstaltungen, Messen usw. Eine öffentliche Ansammlung ist hingegen das eher zufällige Zusammenreffen von Personen, die z.B. als Neugierige einen Unfall oder eine Schlägerei umlagern. Auch das mehr oder weniger spontane Zusammenkommen einer Gruppe von Skinheads vor einem Asylantenwohnheim ist eine Ansammlung. Sollte eine Versammlung statt einer Ansammlung vorliegen, ist die Datenerhebung nicht nach den Bestimmungen der Polizeigesetze, sondern nach §§ 12a, 10a VersG durchzuführen.

bb.) Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Datenerhebung im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen besteht darin, daß von Veranstaltungen und Ansammlungen unter Umständen ein großes Gefahrenpotential ausgeht, weil größere Menschenmengen aufgrund der ihnen innewohnenden Eigendynamik relativ leicht aufgewiegelt werden und Straftäter sich leicht in solchen Menschenmengen verstecken können. Bestehen Anhaltspunkte, daß von Teilnehmern Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen werden könnten, ist es zur Gefahrenabwehr sinnvoll, solche Menschenmengen genau, insbesondere mit Hilfe der Videotechnik, zu beobachten, um frühzeitig gefährliche Entwicklungen erkennen und ihre Verursacher identifizieren zu können, damit ein gezieltes Eingreifen möglich wird, das die friedlichen Teilnehmer möglichst unbehelligt läßt. So vorteilhaft diese Beobachtung auch sein mag, so darf doch nicht verkannt werden, daß damit auch in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung eingegriffen wird. Diesen Konflikt zwischen den Bedürfnissen einer effektiven Gefahrenvorsorge und dem Datenschutz lösen die gesetzlichen Bestimmungen, indem sie grundsätzlich eine Vernichtung oder Löschung sämtlicher gesammelter Daten innerhalb einer bestimmten Frist (i.d.R. einen Monat) nach ihrer Erhebung vorschreiben, sofern diese nicht zur Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten benötigt werden oder Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die registrierte Person künftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen könnte, zu deren vorbeugender Bekämpfung die Aufbewahrung erforderlich ist.

e.) Verdeckte Datenerhebung durch besondere Mittel

Neben den bisher dargestellten Mitteln der Datenerhebung sind in den novellierten Polizeigesetzen vielfach **besondere Mittel** der **Datenerhebung** geregelt, die typischerweise **heimlich** bzw. **verdeckt** erfolgen. Darunter fallen die **längerfristige Observation**, der **verdeckte Einsatz technischer Mittel** zur Anfertigung von **Bildaufnahmen** und **Bildaufzeichnungen** sowie zum **Abhören** und **Aufzeichnen des gesprochenen Wortes**, insbesondere **in und aus Wohnungen**, oder der Einsatz **Verdeckter Ermittler** und von Vertrauenspersonen (sog. **V-Leute**).

Wegen der hohen Eingriffsintensität dieser Maßnahmen, aber auch wegen der Hochwertigkeit der betroffenen Grundrechte (insbesondere das **Fernmeldegeheimnis** nach Art. 10 GG und das **Wohnungsgrundrecht** nach 13 GG, aber auch das **allgemeine Persönlichkeitsrechtsrecht** nach Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) ist die Datenerhebung mit besonderen Mitteln an das Vorliegen spezieller Voraussetzungen geknüpft.

³⁹ Vgl. **BW:** § 21 PolG; **Bay:** Art. 32 PAG; **Berl:** § 24 ASOG; **Bran:** § 31 PolG; **Brem:** § 29 PolG; **Hamb:** § 8 DVPolG; **Hess:** § 14 SOG; **MeckVor:** § 32 SOG; **Nds:** § 32 GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. §§ 15, 15a PolG; **Saarl:** § 27 PolG; **Sachs:** § 38 PolG; **SachsAnh:** § 16 SOG; **SchlHolst:** § 184 LVwG; **Thür:** § 33 PAG.

So besteht in materiellrechtlicher Hinsicht vielfach etwa das Erfordernis der Abwehr einer **gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder einer Straftat von erheblicher Bedeutung**. Noch schärfere Anforderungen an die Datenerhebung in und aus **Wohnungen** stellt Art. 13 III-VI GG (dazu näher bb.) und cc.)).

aa.) Observation

Observation ist eine planmäßig angelegte Beobachtung, die länger als 24 Stunden oder an mehreren Tagen (hinsichtlich dieses Zeitraums differieren die einzelnen Bestimmungen) vorgesehen ist oder tatsächlich durchgeführt wird.

Die Observation kann grundsätzlich offen oder verdeckt erfolgen. Insbesondere kann eine offene Observation so angelegt ist, daß der Betroffene sie gerade bemerken soll, damit eine Verhaltensänderung bei ihm eintritt und auf diese Weise die Gefahr abgewehrt ist. Da aber auch eine offene Observation, insbesondere dann, wenn sie über einen längeren Zeitraum stattfindet, die Bewegungsfreiheit des Betroffenen zumindest psychisch einengen kann und damit eine Maßnahme mit hohem Eingriffsgrad darstellt, ist sie in den meisten Polizeigesetzen der verdeckten gleichgestellt.

Für den Bereich der **Strafverfolgung** regelt die StPO regelt in § 163f die längerfristige Observation. Kurzfristige Observationsen zur Strafverfolgung können auf die Generalklausel des § 163 Abs. 1 StPO gestützt werden.

bb.) Sog. Lauschangriff

Bei dem sog. Lauschangriff handelt es sich um den verdeckten Einsatz technischer Mittel zum gezielten **Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes**, bspw. mit Hilfe von Tonbandgeräten, Richtmikrofonen oder „Wanzen“.

Wie der Definition zu entnehmen ist, bezieht sich der Lauschangriff somit nicht auf das Abhören des Fernsprech- und Funkverkehrs (Telekommunikation – diese ist Gegenstand einer anderen Maßnahme), sondern nur auf das Abhören und Aufzeichnen des „an Ort und Stelle“ gesprochenen Wortes. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem „**kleinen**“ Lauschangriff außerhalb von Wohnungen und dem „**großen**“ Lauschangriff, der das innerhalb einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort betrifft. Da **Art. 13 II-VII GG** besondere Voraussetzungen an den Eingriff in die Privatsphäre stellt und die in Art. 13 IV GG genannten Voraussetzungen sich sowohl auf akustische als auch auf optische Mittel beziehen, sei hinsichtlich der Datenerhebung in und aus Wohnungen auf die Darstellung zu cc.) verwiesen.

Auch hinsichtlich der **Strafverfolgung** ist der „kleine“ Lauschangriff außerhalb von Wohnungen nach § 100c I Nr. 2 StPO von dem „großen“ Lauschangriff nach § 100c I Nr. 3 StPO zu unterscheiden.

- ⇒ Der „kleine“ Lauschangriff setzt den durch Tatsachen begründeten Verdacht einer Straftat nach § 100a StPO (sog. Katalogstraftaten) voraus sowie den Umstand, daß „die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“. Die Befugnis nach § 100c I Nr. 2 StPO beschränkt sich nicht nur die Benutzung, sondern erstreckt sich auch auf das Anbringen der Abhöreinrichtung (auch mit Hilfe eines Nachschlüssels), umfaßt aber nicht weitergehende Maßnahmen, wie z.B. die Sicherstellung eines

Pkw zum Einbau der Abhöreinrichtung.⁴⁰ Das lediglich zufällige oder geplante Mithören ohne technische Mittel fällt nicht unter § 100c I StPO; vielmehr es ist nach §§ 161, 163 StPO zulässig.

Maßnahmen im Rahmen des „kleinen“ Lauschangriffs dürfen sich nach § 100c II S. 1 StPO grundsätzlich nur **gegen Beschuldigte** richten; eine Ausweitung auf Kontaktpersonen ist nur unter den Voraussetzungen des § 100c II S. 2 und 3 StPO zulässig. Sie dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden, § 100c III StPO. An Verfahrensvorschriften sind die Anordnungsbefugnis nach § 100d I StPO (Richter, bei Gefahr im Verzug auch Staatsanwaltschaft oder Polizeibeamter als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft) und die Benachrichtigungspflicht nach § 101 I StPO zu beachten.

- ⇒ Der „große“ Lauschangriff ist nur unter Beachtung des Art. 13 III GG zulässig, der den Einsatz technischer Mittel zur *akustischen* Überwachung von Wohnungen an strenge Voraussetzungen knüpft. Vor der Einfügung dieser Bestimmung in Art. 13 GG war der „große“ Lauschangriff nur zu Zwecken der Gefahrenabwehr und Gefahrenverhütung zulässig. Tatbestandsvoraussetzung des „großen“ Lauschangriffs ist zunächst der durch Tatsachen begründete Verdacht des Vorliegens einer schweren, in § 100c I Nr. 3 StPO genannten, Straftaten. Darüber hinaus muß die „Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“ sein. Die Maßnahme darf sich gem. § 100c II S. 4 und 5 StPO auch grds. nur gegen den Beschuldigten in seiner Wohnung richten, ausnahmsweise auch in anderen Wohnungen, wenn zu erwarten ist, daß er sich dort aufhält und die Ermittlungen sonst unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wären. Werden Dritte von der Maßnahme betroffen, darf sie gem. § 100c III StPO nur dann durchgeführt werden, wenn dies unvermeidbar ist. § 100d III S. 1 StPO verbietet den großen Lauschangriff gegen den in § 53 StPO genannten Personenkreis (geschütztes Vertrauensverhältnis). Das Abhören darf grundsätzlich nur durch eine mit drei Richtern besetzte Strafkammer des Landgerichts angeordnet werden (§§ 100d II StPO) und ist nach § 100d IV StPO auf höchstens vier Wochen (mit Verlängerungsmöglichkeit) zu befristen (vgl. Art. 13 III S. 2, 3, 4 GG). Daneben sind besondere Verwertungsverbote zu beachten (§§ 100d III, 100f StPO).

cc.) Verdeckter Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und -aufzeichnungen

Während der sog. Lauschangriff die *akustische* Erfassung des nichtöffentlich gesprochenen Wortes darstellt, geht es bei dem verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen um das *optische* Erfassen von Daten. Entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch liegt eine **Bildaufnahme** nur dann vor, wenn im selben Moment aufgenommene Bilder an eine andere Stelle überspielt werden (z.B. auf die Leinwand einer Einsatzzentrale), ohne jedoch später reproduzierbar zu sein. Wird das Bild jedoch gespeichert und ist jederzeit reproduzierbar, kann also ausgewertet und aufbewahrt werden (bei Fotos, Filmen und Videoaufnahmen), handelt es sich um eine **Bildaufzeichnung**. Der Einsatz von Fernrohren oder Ferngläsern fällt nicht unter diese Vorschriften, da mit ihnen keine Aufnahmen oder Aufzeichnungen im vorgenannten Sinne möglich sind.

Die in den Polizeigesetzen normierten engen Tatbestandsvoraussetzungen gelten nur für die **verdeckte** Datenerfassung, beziehen sich also nicht auf die offene Observations-, Aufnahmen aus fest und sichtbar installierten Kameras zur Verkehrslenkung o.ä.⁴¹

⁴⁰ Vgl. BGH NJW **1997**, 2189.

⁴¹ Möller/Wilhelm, POR, Rn 312.

Da die **Wohnung** den Inbegriff der Persönlichkeitssphäre darstellt und daher durch **Art. 13 GG** besonders geschützt ist, unterliegt die Datenerhebung in und aus Wohnungen auch besonders strengen Einschränkungen (s.o.). Präventivpolizeilich dürfen zur Wohnraumüberwachung technische Mittel gem. Art. 13 IV GG nur zur Abwehr **dringender Gefahren** für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, eingesetzt werden. Im Gegensatz zu Art. 13 II und III GG, die lediglich *akustische* Überwachungsmaßnahmen zu Zwecken der Strafverfolgung zulassen (s.o.), bezieht sich Art. 13 IV GG zum einen auf den Einsatz *beliebiger* technischer Mittel (also auch *optische* Mittel wie Video- und Infrarotkameras, Peilsender und Bewegungsmelder) und zum anderen ausschließlich auf präventivpolizeiliche Zwecke, also auf Zwecke der *Gefahrenabwehr*.⁴² Zwar war der Einsatz beliebiger technischer Mittel zu präventivpolizeilichen Zwecken bereits nach den Polizeigesetzen der Länder zulässig, Art. 13 IV GG stellt nach einer Grundgesetzänderung im Jahre 1998 aber nunmehr fest, daß die beschriebene Wohnraumüberwachung zur Gefahrenabwehr grundsätzlich nur aufgrund **richterlicher Anordnung** stattfinden darf. Damit ist eine präventivpolizeiliche Überwachung nunmehr ausdrücklich an eine richterliche Anordnung gebunden. Eine Ausnahme besteht nur bei Gefahr im Verzug. Hier können auch andere gesetzlich bestimmte Stellen, etwa Polizeipräsidenten, das Abhören anordnen, wobei eine richterliche Anordnung unverzüglich nachzuholen ist (vgl. Art. 13 IV S. 2 GG). Der Begriff der „Unverzüglichkeit“ ist wie in Art. 104 II S. 2 GG zu verstehen. Danach ist jede Verzögerung unzulässig, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen läßt, mögen diese rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Materielle Voraussetzung für die Überwachungsmaßnahme ist, daß diese dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** entspricht.

Unbeschadet der Regelung des Art. 13 IV GG bleibt der Einsatz optischer Mittel zur Abwehr von Gefahren nach den Polizeigesetzen der Länder auch weiterhin zulässig. Es müssen aber die gleichen Voraussetzungen wie beim Abhören zur Gefahrenabwehr gem. Art. 13 IV GG gegeben sein. Der Einsatz optischer Mittel zur Beweissicherung bleibt damit nach wie vor unzulässig.

Der verdeckte gezielte Einsatz technischer (*nichtoptischer*) Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und -aufzeichnungen zum Zwecke der **Strafverfolgung** ist in §§ 100c I Nr. 1, 100d, 101 StPO geregelt. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen der Herstellung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen (§ 100c I Nr. 1a StPO) und dem Einsatz sonstiger technischer Mittel (§ 100c I Nr. 1b StPO), wobei letzterer nur zur Verfolgung einer **Straftat von erheblicher Bedeutung** zulässig ist. Unter „sonstigen technischen Mitteln“ sind bspw. Peilsender, Alarmkoffer, Nachtsichtgeräte, Bewegungsmelder, Global Positioning System (GPS) zu verstehen.⁴³ Problematisch ist es hingegen, daß die StPO – anders als die Gefahrenabwehrgesetze der Länder – den Begriff der Straftaten von erheblicher Bedeutung nicht definiert. Dieses Fehlen könnte gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen mit der Folge, daß die Vorschrift nichtig ist. Dennoch hat das BVerfG in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des „genetischen Fingerabdrucks“, die vorhandene Regelung für verfassungsmäßig erachtet, weil ihr Inhalt durch die Rspr. hinreichend geklärt sei, indem sie sich auf Straftaten beziehe, die mindestens dem Bereich der mittle-

⁴² Art. 13 IV GG bietet daher keine Grundlage für die Überwachung von Wohnungen mit technischen Mitteln zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, vgl. MeckVorVerfG LKV **2000**, 345 LS 6.

⁴³ *Möller/Wilhelm*, POR, Rn 314.

ren Kriminalität zuzurechnen seien, den Rechtsfrieden erheblich störten und dazu geeignet seien, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.⁴⁴ Hinsichtlich der Frage nach dem Adressatenkreis gelten die Ausführungen zum „großen“ Lauschangriff entsprechend. Schließlich ist zu beachten, daß – anders als beim Einsatz dieser Mittel zu präventiven Zwecken – es keine besondere Anordnungscompetenz gibt. Eine Benachrichtigungspflicht des Betroffenen besteht nach § 101 I StPO nur in den Fällen des § 100c I Ziff. 1b StPO.

dd.) Telekommunikationsüberwachung und „Handy-Ortung“

Der verdeckte Einsatz technischer Mittel zum Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes kann auch den Fernsprech- und Funkverkehr betreffen. Da damit der technische(n) Vorgang des Aussendens, Übermitteln und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen (Legaldefinition des § 3 Nr. 13 TKG) gemeint ist, liegt in einem solchen Fall ein Eingriff in das durch **Art. 10 GG** geschützte Fernmeldegeheimnis (Telekommunikationsgeheimnis) vor, das sowohl den Kommunikationsinhalt als auch den Kommunikationsvorgang als solchen schützt. Dazu zählen der Telegramm-, Telefon- und Fernschreibverkehr, aber auch die Datenübertragung über Standleitungen zwischen Computern, ferner Teletext und Telefax, Mobilfunk, Satellitenübertragungen und der E-Mail-Verkehr. Da das Grundrecht aus Art. 10 GG ebenfalls die enge Privat- und Persönlichkeitssphäre schützt, müssen schon besondere Gründe vorliegen, damit Abhörmaßnahmen gerechtfertigt sind (vgl. den Wortlaut des Art. 10 GG: „... sind unverletzlich“). Daher regelt Art. 10 II GG selbst die Voraussetzungen, die an die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs zu stellen sind.

(a.) So dürfen nach Art. 10 II S. 1 GG Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses zunächst nur **durch Gesetz** oder **aufgrund eines Gesetzes** erfolgen.

Beispiele: Gesetze i.S. dieses Vorbehaltes sind das **Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses** (sog. **G 10**) und die **nachrichtendienstlichen Gesetze** (insbesondere das **BNDG**), die Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 10 GG nicht nur aus Gründen der **Strafverfolgung**, sondern auch zu **präventiven** Zwecken zulassen.⁴⁵ Auch die **Strafprozeßordnung** läßt (aus Gründen der Strafverfolgung) unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis zu. Nach §§ 100a und b StPO⁴⁶ muß jeder, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Richter, der Staatsanwaltschaft oder ihren Hilfsbeamten die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation ermöglichen. Voraussetzung ist, daß der Verdacht einer der Katalogstraftaten des Art. 100a StPO oder des strafbaren Versuchs einer solchen Straftat oder einer Vorbereitungshandlung dazu vorliegt und daß die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten ohne diesen Eingriff aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Zielpersonen der Maßnahme sind neben dem Beschuldigten selbst „Personen, von denen aufgrund 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“. Anordnungsbefugt sind nur Richter und Staatsanwaltschaft, die Anordnung ist nach § 100b II StPO auf höchstens drei Monate zu befristen (mit Verlängerungsmöglichkeit). § 101 I StPO verlangt die Benachrichtigung des Betroffenen nach Abschluß der

⁴⁴ BVerfG NJW **2001**, 879, 880.

⁴⁵ Vgl. BVerfG NJW **2000**, 55 ff. (dazu *Huber*, NVwZ **2000**, 393 ff.).

⁴⁶ Vgl. dazu BFH NJW **2001**, 2118 ff.

Maßnahme. Daneben ermöglichen die (bis zum 01.01.2005 befristeten) §§ 100g, h StPO, im Zusammenhang mit den in § 100a StPO genannten Straftaten Auskünfte bei den Telekommunikationsdienstleistern über hergestellte Verbindungen zu verlangen.

Eine weitere Eingriffsgrundlage bildet § 90 TKG zur Auskunftserteilung gegenüber den Sicherheitsbehörden.

Das einschränkende Gesetz muß das **Zitiergebot** (Art. 19 I S. 2 GG) wahren. Daher bildet § 34 StGB keine Eingriffsgrundlage.⁴⁷ Gleiches gilt für die polizeiliche **General-klausel**. Dieser fehlt überdies die erforderliche **Bestimmtheit**, um als Rechtsgrundlage für Eingriff in Art. 10 GG zu fungieren. Daher wird in einigen Landesparlamenten (etwa in Bremen) der Ruf laut, eine **spezielle Befugnisnorm** in das Polizeigesetz aufzunehmen. Wenn in diesem Zusammenhang zudem erwogen wird, einen Anfangsverdacht genügen zu lassen, wird das fehlende Grundrechtsverständnis überaus sichtbar. Daran würde auch die Statuierung eines Richtervorbehalts nichts ändern, da die Praxis gezeigt hat, daß ein Großteil der von Richtern (oder Staatsanwälten bei Gefahr im Verzug) angeordneten Telefonüberwachungen rechtswidrig ist (aufgrund der Arbeitsüberlastung werden sehr viele vorformulierte Anordnungen „blind“ unterschrieben). Eine Aufnahme von Befugnisnormen hinsichtlich der vorbeugenden bzw. präventiven Telekommunikationsüberwachung in die Polizeigesetze wäre allenfalls nach Maßgabe des erweiterten Gesetzesvorbehalts in Art. 10 II S. 2 GG zulässig. Danach kann das einschränkende Gesetz auch bestimmen, daß die Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtswegs die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe oder Hilfsorgane tritt, sofern die Beschränkung dem Staats- und Verfassungsschutz, also dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes dient (sog. Staatsschutzklausel). Vgl. dazu ausführlich (b.).

Von diesem Problemkreis zu unterscheiden ist die reine **Standortermittlung** aus Gründen der Gefahrenabwehr. Da hier der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis weniger intensiv ist als das Mithören des Gesprächsinhalts, kommt eine Rechtfertigung auf der Grundlage der Polizeigesetze eher in Betracht.

Beispiel: S ist im Begriff, sich das Leben zu nehmen. Mittels seines Mobiltelefons („Handy“) ruft er seine Lebensgefährtin an, um sich von ihr zu verabschieden. Doch diese informiert sofort die Polizei und schildert ihr den Sachverhalt. Die Polizei wiederum wendet sich zur Verhinderung des Suizids an den Netzbetreiber N, um sich den Standort des S geben zu lassen. Ist N verpflichtet, die Standortdaten zu übermitteln?

Eine Standortermittlung ist zumindest technisch möglich, weil der Standort eines eingeschalteten Handys über die „Funkzelle“, den örtlich begrenzten Sendebereich, in der sich das Handy befindet, relativ eng eingegrenzt werden kann. Rechtlich verpflichtet ist ein Netzbetreiber zur Herausgabe der Standortdaten, wenn das polizeiliche Ersuchen rechtmäßig ist. Das VG Darmstadt⁴⁸ hat in einem vergleichbaren Fall in Ermangelung einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage die Rechtmäßigkeit eines entsprechenden polizeilichen Ersuchens verneint. Insbesondere stellten die Vorschriften des Landespolizeigesetzes keine taugliche Grundlage zur Beschränkung des Art. 10 GG dar, da in diesen das Grundrecht nicht zitiert werde.⁴⁹ Schließt man sich dieser Auffassung an, folgt sogar eine Strafbarkeit des Netzbetreibers aus § 206 I StGB (vgl. § 85 III TKG). Nach der hier vertretenen Auffassung läßt sich zumindest die Hürde des Zitiergebots überwinden. Denn wenn dieses schon bei Grundrechten ohne Geset-

⁴⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 10 Rn 14; Schuppert, in: Alternativkommentar, Art. 10 Rn 69.

⁴⁸ VG Darmstadt NJW **2001**, 2273.

⁴⁹ Zum Zitiergebot vgl. Art. 19 I S. 2 GG sowie R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl. **2003**, S. 72.

zuvorbehalt nicht gilt, sofern der Eingriff zugunsten anderer wichtiger Verfassungsgüter eingeschränkt wird (sog. verfassungsimmanente Einschränkung), kann nichts anderes gelten, wenn Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt zugunsten überragender Grundrechtsgüter wie Leib und Leben eingeschränkt werden. Auf jeden Fall muß aber eine materiellrechtliche Befugnisnorm bestehen. Sofern das jeweilige Polizeigesetz keine entsprechende Standardmaßnahme enthält, ist auf die **Befugnisgeneralklausel** zurückzugreifen (a.A. das VG Darmstadt). Voraussetzung ist aber (wie im vorliegenden Fall) das Bestehen einer Gefahr für ein überragendes Grundrechtsgut wie Leib und Leben.

(b.) Eine Erweiterung des Gesetzesvorbehalts findet sich in Art. 10 II S. 2 GG. Danach kann das einschränkende Gesetz auch bestimmen, daß die Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtswegs die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe oder Hilfsorgane tritt, sofern die Beschränkung dem Staats- und Verfassungsschutz, also dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes dient (sog. Staatsschutzklausel, s.o.). Von dieser Ermächtigung hat der Gesetzgeber durch den Erlaß des bereits genannten G 10 Gebrauch gemacht. Dadurch besteht eine besondere Eingriffsintensität: Der Betroffene kann den Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nicht bemerken und ihn gerichtlich nicht abwehren. Eine gerichtliche Überprüfung kann nur nach Abschluß des Verfahrens stattfinden, da die Überwachungs- und Abhörmaßnahmen grundsätzlich erst nach ihrer Einstellung dem Betroffenen mitgeteilt werden müssen.⁵⁰ Der gerichtliche Rechtsschutz beschränkt sich dann auf die Feststellung, daß die fragliche(n) Maßnahme(n) rechtswidrig war(en) und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, § 113 I S. 4 VwGO analog.⁵¹

Die **Verfassungsmäßigkeit** des erweiterten Gesetzesvorbehalts des Art. 10 II S. 2 GG war und ist aus rechtsstaatlichen Gründen umstritten. Dennoch hat das BVerfG (allerdings nur mit 5 : 3 Stimmen) die Vorschrift im sog. ersten Abhörurteil für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.⁵² Verfassungsrechtliche Bedenken hat es auch hinsichtlich der Fassung des § 3 G 10 angemeldet, die aufgrund des Verbrechensbekämpfungsgesetzes vom 28.10.1994 beschlossen wurde, weil sie dem BND die Befugnis einräumte, ohne konkrete Verdachtsmomente den internationalen, nicht leitungsgebundenen Telekommunikationsverkehr abzuhören. Bedenken hatte es auch hinsichtlich der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Verarbeitung personenbezogener Daten geäußert. Ermächtigte der Gesetzgeber den BND zu Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis, so verpflichte ihn Art. 10 GG, Vorsorge gegen diejenigen Gefahren zu treffen, die sich aus der Erhebung und Verwertung personenbezogener Daten ergäben. Dazu gehöre insbesondere die Bindung der Verwendung erlangter Kenntnisse an den Zweck, der die Erfassung rechtfertige. Diese Bindung müsse bereits im einschränkenden Gesetz beschrieben sein.⁵³ Unter diesem Gesichtspunkt verwarf das Gericht die Regelungen in § 3 IV und § 3 II S. 2 G 10 (a.F.) i.V.m. § 12 BNDG. Diese Entscheidung hatte gem. § 31 II BVerfGG Gesetzeskraft. Das Gericht hatte dem Gesetzgeber eine Nachbesserungsfrist bis zum 30.6.2001 eingeräumt.⁵⁴ Der Gesetzgeber ist diesem Postulat inzwischen nachgekommen und das Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses beschlos-

⁵⁰ Selbst eine Mitteilung von Kontrollmaßnahmen an den Betroffenen ist entbehrlich, wenn die G 10 Kommission festgestellt hat, daß die in § 12 I Nr. 1-3 G 10 n.F. genannten Voraussetzungen vorliegen.

⁵¹ Vgl. dazu BVerfGE **87**, 23, 25 ff.

⁵² So BVerfGE **30**, 1, 26 f.; *Schenke*, in: Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn 79.

⁵³ BVerfGE **100**, 313, 359 f.

⁵⁴ BVerfG a.a.O. S. 402.

sen. Dieses Gesetz v. 26.6.2001 hat das bisherige G 10 komplett abgelöst und trägt nicht nur den genannten bundesverfassungsgerichtlichen Beanstandungen Rechnung, sondern schließt darüber hinaus auch Lücken des bisherigen Gesetzes. Im Bereich der strategischen Fernmeldekontrolle, die die Auswertung einer Fülle verschiedener Sachverhalte nach bestimmten Kriterien betrifft, wird die Kontrolle auf internationale Telekommunikation, die durch Lichtwellenleiter gebündelt übertragen wird, ausgedehnt (§ 5 I G 10 n.F.). Im Bereich der Individualkontrolle wurde vor allem der Tatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB) in den Katalog der Straftatbestände aufgenommen, zu deren Aufklärung und Verhinderung die Nachrichtendienste eine Einzelüberwachung vornehmen dürfen (§ 3 I Nr. 6 G 10 n.F.). Außerdem wurden die Pflichten der beteiligten Behörden beim Umgang mit personenbezogenen Daten verschärft: §§ 4 und 6 G 10 n.F. regeln die Löschung, Protokollierung und Sperrung personenbezogener Daten. Danach muß unverzüglich geprüft werden, ob die erhobenen Daten für die Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Ist dies nicht der Fall, müssen die Daten sofort gelöscht werden. Die verbleibenden Daten sind zu kennzeichnen.

Im Bereich der Individualkontrolle dürfen die Daten unter den Voraussetzungen des § 4 IV G 10 n.F. weitergeleitet werden. Dort ist jetzt auch klargestellt, daß im Rahmen des G 10 gewonnene Erkenntnisse auch für Verbotverfahren bei verfassungswidrigen Parteien genutzt werden können (§ 4 IV Nr. 3 G 10 n.F.).

§ 12 G 10 n.F. faßt die Bestimmungen zur Mitteilung von Kontrollmaßnahmen an die Betroffenen zusammen. Im Bereich der Individualkontrolle ist eine Mitteilung entbehrlich, wenn die erhobenen Daten sogleich gelöscht werden. Darüber hinaus werden die Kontrollmöglichkeiten der G 10 Kommission erweitert, die den gesamten Prozeß der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten erfassen (§§ 1 II, 14, 15 G 10 n.F.).

ee.) Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Leute)

Der Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Leute) ist heute in fast allen Polizeigesetzen vorgesehen.⁵⁵

Unter **Vertrauenspersonen** versteht man in Anlehnung an die Legaldefinitionen der Polizeigesetze solche „Privatpersonen, die die Polizei bei der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich unterstützen und deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist“.

Aufgrund der Unkenntnis der polizeilichen Zusammenarbeit gegenüber Dritten werden V-Leute weitläufig auch als „Polizeispitzel“ bezeichnet. Unerheblich ist, ob die Initiative zur Zusammenarbeit von der Polizei oder von den V-Leuten selbst ausging.

Da der Einsatz von V-Leuten als besonderes Mittel der Datenerhebung gerade heimlich gegenüber dem Betroffenen erfolgt und damit für diesen einen (faktischen) Eingriff in das Grundrecht auf **informationelle Selbstbestimmung** bedeutet, ist eine **besondere** gesetzliche Bestimmung erforderlich, die dezidiert regelt, unter welchen Voraussetzungen V-Leute eingesetzt werden dürfen, die gezielt Daten über bestimmte oder bestimmbar Personen beschaffen sollen. Das gilt umso mehr, als durch den Einsatz von V-Leuten auch verfassungsrechtlich geschützte, § 52 StPO unterfallende, Vertrauensverhältnisse betroffen sein können. Beim Einsatz von V-Leuten handelt es sich um einen rechtsstaatlich und grundrechtlich wesentlichen Vorgang, der dem **Parlamentsvorbehalt** unterfällt. Fehlt es (wie bspw. in Baden-

⁵⁵ Vgl. **Berl:** § 26 I Nr. 1 ASOG; **Bran:** § 34 PolG; **Brem:** § 34 PolG; **Hamb:** § 11 DVPolG; **Hess:** § 16 I SOG; **MeckVor:** § 33 I Nr. 3 SOG; **Nds:** § 36 GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. § 19 PolG; **Saarl:** § 28 II Nr. 3 PolG; **SachsAnh:** § 18 I SOG; **SchlHolst:** § 185 I Nr. 3 LVwG; **Thür:** § 34 I Nr. 5 PAG.

Württemberg) an gesetzlichen Regelungen für den Einsatz von „V Leuten“, ist deren Einsatz rechtswidrig. Insbesondere genügt nicht das Abstellen auf die allgemeine Ermächtigung zur Datenerhebung. Diese Vorgehensweise trägt den Besonderheiten des Einsatzes von V-Leuten nicht in ausreichender Weise Rechnung.

Schließlich ist zu beachten, daß obwohl die V-Person nicht verdeckt, sondern offen vorgeht, es sich gegenüber dem Betroffenen um eine verdeckte Maßnahme der Polizei handelt, denn diesem ist ja gerade *nicht* bekannt, daß die V-Person mit der Polizei zusammenarbeitet. In diesem heimlichen und zugleich bewußt täuschenden Vorgehen liegt die besondere Schwere dieser Form des Datenerhebungseingriffs, die nicht nur enge gesetzliche Tatbestandsvoraussetzungen, sondern darüber hinaus eine sorgfältige **Verhältnismäßigkeitsprüfung** erfordert.

ff.) Einsatz von Verdeckten Ermittlern

Von den nichtpolizeiangehörigen V-Leuten sind die **Verdeckten Ermittler** zu unterscheiden.⁵⁶

Verdeckte Ermittler sind (getarnte) **Polizeibeamte**, die unter **Geheimhaltung ihrer wahren Identität** polizeiliche Aufgaben wahrnehmen.

Der Zweck des Einsatzes Verdeckter Ermittler besteht darin, unter einer falschen Identität (sog. **Legende**) Kontakt zur kriminellen Szene aufzunehmen, um Anhaltspunkte für Maßnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten zu gewinnen, wobei die wahre Identität des Verdeckten Ermittlers auch im Strafverfahren geheimgehalten werden soll. Der Verdeckte Ermittler wird straff geführt und nur mit einem konkreten Ermittlungsauftrag zeitlich beschränkt operativ eingesetzt.

Die Legende wird auf längere Zeit eingerichtet. Sie soll dem Beamten ermöglichen, eine bestimmte „Rolle“ zu spielen, z.B. sich als Chauffeur bei einer Organisation einstellen zu lassen, von der nach den Erkenntnissen der Polizei Waffenschmuggel oder Drogenhandel betrieben wird. Dazu gehört z.B. auch, daß zur Stützung dieser Legende falsche Urkunden ausgestellt werden. Auch darf der verdeckte Ermittler zur Erfüllung seines Auftrags unter seiner Legende, also z.B. unter falschem Namen, am Rechtsverkehr teilnehmen (z.B. Arbeitsvertrag abschließen, Pkw kaufen etc.) und mit Einverständnis des Betroffenen dessen Wohnung betreten. Anders als der im anglo-amerikanischen Rechtskreis bekannte „under-cover-agent“ darf er in Wahrnehmung seiner „Rolle“ jedoch keine Straftaten begehen. Auch hat er besonders geschützte Vertrauensverhältnisse (vgl. §§ 52, 53, 53a StPO) zu beachten.

Da die Datenerhebung durch Verdeckte Ermittler nicht offen erfolgt, wird wegen des damit verbundenen besonderen Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte ihr Einsatz durch die Polizeigesetze **nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen (insbesondere qualifizierter Gefahrenlagen)** erlaubt. So ist nach den Bestimmungen der meisten Polizeigesetze die Erhebung personenbezogener Daten durch den Einsatz Verdeckter Ermittler nur zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit und Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- und Vermögenswerte oder von potentiellen Straftätern und ihren Kontakt- und Begleitpersonen zur vorbeugenden Bekämpfung von

⁵⁶ Vgl. **BW:** §§ 22 I Nr. 3, 24 PolG; **Bay:** Art. 33 I Nr. 3, 35 PAG; **Berl:** § 26 I Nr. 2 ASOG; **Bran:** § 35 PolG; **Brem:** § 35 PolG; **Hamb:** § 12 DVPolG; **Hess:** § 16 II SOG; **MeckVor:** § 33 I Nr. 4 SOG; **Nds:** § 36a GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. § 20 PolG; **RhLPf:** § 25b I POG; **Saarl:** § 28 II Nr. 4 PolG; **Sachs:** § 26 II Nr. 3, 41 PolG; **SachsAnh:** § 18 II SOG; **Thür:** §§ 34 I Nr. 3, 36 PAG.

Straftaten mit erheblicher Bedeutung zulässig, wenn anderenfalls die Wahrnehmung von Aufgaben des Polizeivollzugsdienstes gefährdet oder erheblich erschwert würde. Zusätzlich wird der Einsatz an **besondere verfahrensrechtliche Voraussetzungen** gebunden, indem er grundsätzlich der Anordnung des Leiters des Landeskriminalamts, der Wasserschutzpolizeidirektion, einer Landespolizeidirektion, eines Polizeipräsidiums, einer Polizeidirektion oder eines Abschnittes bedarf.

Zu unterscheiden ist der zum Zwecke der Gefahrenabwehr nach Maßgabe der Polizeigesetze durchgeführte Einsatz von Verdeckten Ermittlern von dem im Rahmen der **Strafverfolgung** in der StPO normierte (§ 110a StPO). Beide Einsatzarten stehen mit ihrer jeweils unterschiedlichen Zielsetzung selbständig nebeneinander und schließen sich grundsätzlich nicht aus.

Beispielfall zur Datenerhebung durch besondere Mittel⁵⁷: Die Polizei erhält anonyme Hinweise, daß der hochverschuldete Barbesitzer B illegale Drogengeschäfte plant. Daraufhin wird dieser tagelang von Polizeibeamten einer Sondereinheit beobachtet (= Observation). Dabei wird festgestellt, daß B sich recht konspirativ verhält und sich mit mehreren verdächtigen Männern auf verschiedenen öffentlichen Plätzen trifft. Um deren Identität festzustellen, fotografieren die Beamten diese Personen (= Verdeckter Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung einer Bildaufzeichnung). Bei einem dieser Treffen gelingt es den Beamten, in einem Park ein Abhörgerät zu plazieren, um das Gespräch zu belauschen und aufzuzeichnen (= Verdeckter Einsatz technischer Mittel zum Abhören und Aufzeichnen des gesprochenen Wortes). Sodann wird der Polizeibeamte P unter einer „Legende“ als Barkeeper in den Betrieb des B eingeschleust. Er hat den dienstlichen Auftrag, die vermuteten Verstrickungen des B in den illegalen Drogenhandel aufzudecken und künftige Straftaten des B zu verhindern (= Verdeckter Ermittler).

gg.) Polizeiliche Beobachtung

Mit der (nachträglichen) Aufnahme von Bestimmungen über die Beobachtung in die Polizeigesetze⁵⁸ wurde ein polizeiliches Vorgehen, das bisher nur in Polizeidienstvorschriften geregelt war und auf die allgemeine polizeiliche Aufgabe der Gefahrenabwehr gestützt wurde, auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Dies war erforderlich, da auch diese Art der verdeckten Datenerhebung und -übermittlung das Grundrecht auf **informationelle Selbstbestimmung** einschränkt.⁵⁹

Bei der **Polizeilichen Beobachtung** („PB“) handelt es sich um das Erstellen von sog. **Bewegungsbildern** von gefährlichen Intensivtätern, die bei der Planung und Ausführung bisheriger Straftaten durch besondere kriminelle Energie in Erscheinung getreten sind, und bei denen eine auf Erfahrung gestützte Vermutung besteht, daß sie in der Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden.

Zur Erstellung von Bewegungsbildern können personenbezogene Daten von Verdächtigen, insbesondere deren Personalien und Kennzeichen ihrer Kraftfahrzeuge (aber auch andere Angaben wie „trägt mit Vorliebe Blackjeans“ oder „ißt vornehmlich in

⁵⁷ Vgl. *Möller/Wilhelm*, POR, Rn 321; *Kniessel/Vahle*, POR, Rn 68 f.

⁵⁸ Vgl. **BW**: § 25 PolG; **Bay**: Art. 36 PAG; **Berl**: § 27 ASOG; **Bran**: § 36 PolG; **Brem**: § 31 PolG; **Hamb**: § 13 DVPolG; **Hess**: § 17 SOG; **MeckVor**: § 35 SOG; **Nds**: § 37 GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. § 21 PolG; **Saarl**: § 29 PolG; **Sachs**: § 42 PolG; **SachsAnh**: § 19 SOG; **SchlHolst**: § 187 LVwG; **Thür**: § 37 PAG.

⁵⁹ Vgl. dazu *Möller/Wilhelm*, POR, Rn 323; *Schenke*, POR, Rn 203.

Schnellrestaurants“) **ausgeschrieben**⁶⁰ werden. Dies hat zur Folge, daß die „im Falle eines Antreffens“ dieser Person oder ihres Kfz, also die **zufällig und aufgrund anderer Ermächtigungen rechtmäßig erlangten Daten** (z.B. im Rahmen einer Verkehrsunfallaufnahme oder Verkehrskontrolle) an die ausschreibende Stelle übermittelt werden können, und zwar auch über Kontakt- oder Begleitpersonen und über mitgeführte Sachen. Demnach stellen die Vorschriften zur Polizeilichen Beobachtung selbst keine Ermächtigunggrundlage für die gegebenenfalls erforderlichen Identitätsfeststellungen, Verkehrskontrollen etc. (also die Datenerhebung selbst) dar, sondern sind nur **Rechtsgrundlage für den Übermittlungsvorgang**.⁶¹

Tatbestandsvoraussetzung ist nach den Bestimmungen der meisten Polizeigesetze, daß entweder aufgrund der Gesamtwürdigung der ausgeschriebenen Person und der von ihr bisher schon begangenen Straftaten oder aufgrund von Tatsachen erwartet werden kann, daß sie **Straftaten von erheblicher Bedeutung** begehen wird, und daß die Ausschreibung zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich ist.

Zur **Verfahrenssicherung** darf die Polizeiliche Beobachtung i.d.R. nur durch den **Richter** (bei Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft oder den Polizeivollzugsdienst) auf Antrag der Polizeidienststelle angeordnet werden. Die **Höchstdauer** beträgt überwiegend 12 Monate. Die Polizeigesetze enthalten darüber hinaus Regelungen über die Löschung der Daten nach Zweckerreichung.

Das **strafprozessuale** Gegenstück bildet § 163e StPO. Auch diese Norm ist selbst keine Eingriffsgrundlage für die im Rahmen der Polizeilichen Beobachtung ggf. erforderlichen Identitätsfeststellungen, Verkehrskontrollen etc. (also die Datenerhebung selbst), sondern nur Rechtsgrundlage für den Übermittlungsvorgang. Tatbestandsvoraussetzung für die Ausschreibung ist das Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine begangene Straftat von erheblicher Bedeutung, d.h. zumindest ein Anfangsverdacht. Die Ausschreibung darf nach § 163e IV StPO nur durch einen Richter, bei Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden und ist auf höchstens ein Jahr zu befristen.

dd. Umgang mit Daten (Speicherung, Übermittlung, Löschung)

a.) Allgemeines

Während die bisher erörterten Vorschriften der Polizeigesetze die Datenerhebung betreffen, ist nunmehr eine Auseinandersetzung mit der Frage erforderlich, wie mit den gewonnenen Daten zu verfahren ist. Hierzu sind die Regelungen der Polizeigesetze über die **Datenverarbeitung** heranzuziehen.⁶² Diese ergänzen sozusagen die Vorschriften über die Datenerhebung und sollen sicherstellen, daß der mit der Datenerhebung verbundene **Eingriff** in das Grundrecht der **informationellen Selbstbestimmung** in verfahrensrechtlicher Hinsicht gerechtfertigt ist. Denn spätestens seit

⁶⁰ Die Ausschreibung erfolgt regelmäßig in einer **Fahndungsdatei** (z.B. INPOL-Datei Sach- oder Personenfahndung – dazu sogleich) und hat zur Folge, daß dann, wenn eine Person zufällig in eine Polizeikontrolle gerät, die entsprechenden Daten mit der Fahndungsdatei abgeglichen werden und die anlässlich der Kontrolle gewonnenen Erkenntnisse an die ausschreibende Polizeidienststelle übermittelbar sind.

⁶¹ *Möller/Wilhelm*, POR, Rn 323.

⁶² Vgl. **BW**: §§ 37 ff. PolG; **Bay**: Art. 37 f. PAG; **Berl**: § 42 f. ASOG; **Bran**: §§ 37 ff. PolG; **Brem**: § 36a ff. PolG; **Hamb**: §§ 14 ff. DVPolG; **Hess**: § 20 SOG; **MeckVor**: §§ 36 ff. SOG; **Nds**: §§ 38, 39 GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. §§ 22 PolG; **Saarl**: §§ 30 ff. PolG; **Sachs**: §§ 43 ff. PolG; **SachsAnh**: §§ 22 SOG; **SchlHolst**: §§ 188 ff. LVwG; **Thür**: §§ 38 ff. PAG.

dem genannten Volkszählungsurteil des BVerfG⁶³ hat sich die gesicherte Rechtsauffassung durchgesetzt, daß der Grundrechtsschutz auch eine **verfahrensrechtliche Dimension** beinhaltet, wonach insbesondere das Verwaltungsverfahren so ausgestaltet sein muß, daß **nicht die Gefahr für eine Entwertung der materiellrechtlichen Grundrechtssposition besteht**.⁶⁴ Hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Daten konkretisiert sich dieser Verfassungsgrundsatz darin, daß Umfang und Dauer der Speicherung personenbezogener Daten auf das **zur Erreichung des Zwecks erforderliche Maß zu beschränken ist**. Die Datenverarbeitung unterliegt damit (wie die Datenerhebung) zugleich dem **Übermaßverbot**. Die Regelungen der Polizeigesetze tragen den genannten Umständen Rechnung, indem die Polizei personenbezogene Daten nur dann **speichern, verändern** und **nutzen** darf, soweit und solange dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich ist.⁶⁵ In einigen Polizeigesetzen wird die Verarbeitung und Nutzung sogar **ausdrücklich an die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung** gebunden (sog. Rechtmäßigkeitszusammenhang oder Konnexitätsprinzip).⁶⁶ In Ländern, in denen die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung nicht ausdrücklich als Voraussetzung für die weitere Verarbeitung und sonstige Nutzung der Daten gefordert wird, steht die Rechtswidrigkeit der Erlangung personenbezogener Daten deren Speicherung, Veränderung und Nutzung zwar nicht von vornherein entgegen, wird aber vielfach zur Einschränkung des der Polizei bei der Verwertung von Daten eingeräumten Ermessensspielraums führen.⁶⁷

b.) Zweckbindung der erlangten Daten

Vor dem Hintergrund des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung und der verfahrensrechtlichen Dimension der Grundrechte ist von erheblicher rechtstaatlicher und grundrechtlicher Bedeutung, zu welchen Zwecken die Speicherung, Veränderung oder Nutzung von Daten erfolgen darf. Nach den Bestimmungen der Polizeigesetze sind Speicherung, Veränderung oder Nutzung personenbezogener Daten grundsätzlich **nur zu dem polizeilichen Zweck zulässig, zu dem die Daten erlangt worden sind**. Zu einem anderen polizeilichen Zweck sind Speicherung, Veränderung oder Nutzung nur erlaubt, soweit die Polizei die Daten zu diesem Zweck erheben darf.⁶⁸ Das betrifft in erster Linie sog. **Zufallsfunde**, die sich im Rahmen einer (auf andere Ziele gerichteten) Datenerhebung ergeben. Hier bestimmen die Polizeigesetze, daß sie nur dann (zum Zweck der Gefahrenabwehr) gespeichert, verändert oder genutzt werden dürfen, wenn sie auch hätten **erhoben** werden können („Rechtmäßigkeit eines hypothetischen Ersatzeingriffs“). Damit wird letztlich ebenfalls dem Umstand Rechnung getragen, daß die weitere Verwendung personenbezogener Daten genauso einen Grundrechtseingriff darstellt, wie die ihr zugrundeliegende Datenerhebung und deshalb an denselben grundrechtlichen Erfordernissen zu messen ist wie diese. Folglich können Daten, die bspw. bei einem „Großen Lauschangriff“ i.S.d. Art. 13 IV

⁶³ BVerfGE 65, 1 ff.

⁶⁴ BVerfGE 63, 131, 143 (Gegendarstellung); BVerfGE 53, 30, 65 ff. (Mülheim Kärlich).

⁶⁵ Vgl. § 10a I MEPOlG; **BW**: § 37 I S. 1 PolG; **Bay**: Art. 37 PAG; **Berl**: § 42 ASOG; **Bran**: § 39 PolG; **Brem**: § 36a I PolG; **Hamb**: § 16 DVPOlG; **Hess**: § 20 SOG; **MeckVor**: § 36 SOG; **Nds**: § 38 GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. § 24 PolG; **RhLPf**: § 25a POG; **Saarl**: § 30 PolG; **Sachs**: § 43 PolG; **SachsAnh**: § 22 SOG; **SchlHolst**: §§ 188 LVwG; **Thür**: § 40 PAG.

⁶⁶ Vgl. **Berl**: § 42 I ASOG; **Bran**: § 39 I PolG; **Nds**: § 38 I S. 1 GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. § 24 I PolG; **Thür**: § 40 PAG.

⁶⁷ Schenke, POR, Rn 206.

⁶⁸ Vgl. § 10 II MEPOlG; **Bund**: § 29 III S. 3 u. 4 BGG; **BW**: § 37 II PolG; **Bay**: Art. 37 II PAG; **Berl**: § 42 II ASOG; **Bran**: § 38 I PolG; **Brem**: § 36b PolG; **Hamb**: § 14 I, II DVPOlG; **Hess**: § 20 III SOG; **MeckVor**: § 36 I S. 3 SOG; **Nds**: § 38 I GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. § 23 I PolG; **Saarl**: § 30 I PolG; **Sachs**: § 43 I S. 2 u. 3 PolG; **SachsAnh**: § 22 II SOG; **SchlHolst**: §§ 191 I LVwG; **Thür**: § 39 PAG.

GG gewonnen wurden, nur zur Abwehr der dort normierten Gründe gespeichert, verändert oder genutzt werden dürfen. Daher ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Bestimmungen der Polizeigesetze für die anderweitige Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten, die aus einem „Großen Lauschangriff“ stammen, es genügen lassen, wenn zuvor die Rechtmäßigkeit der Maßnahme festgestellt ist und nur, wenn es hieran fehlt, bei Gefahr im Verzug die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen ist.⁶⁹

Unproblematisch ist auch die in allen Polizeigesetzen enthaltene Ausnahme, personenbezogene Daten **zu Ausbildungs- und statistischen Zwecken** zu nutzen, solange die Daten nur zuvor anonymisiert wurden.

Die Frage nach dem Zweckbindungsgebot stellt sich auch, wenn die Gefahrenabwehrbehörde personenbezogene Daten, die im Rahmen der **Gefahrenabwehr** erhoben wurden, **zum Zwecke der Strafverfolgung** an die Strafverfolgungsbehörde weiterleiten möchte. Im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz (Gefahrenabwehrrecht ist Landesrecht) ist der Landesgesetzgeber in der Lage, die Verwendung solcher Daten zum Zwecke der Strafverfolgung von vorneherein auszuschließen bzw. zu beschränken.⁷⁰ Sollte er dennoch die Weitergabe zulassen, stellt dies noch keine Rechtsgrundlage für die tatsächliche Speicherung, Veränderung oder Nutzung dar. Denn die Verfolgung von Straftaten und die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten stehen nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nur dem **Bundesgesetzgeber** zu (vgl. Art. 74 I Nr. 1 GG). *Dieser* muß also Regelungen über die Nutzung der von der Gefahrenabwehrbehörde freigegebenen personenbezogenen Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung schaffen, was er bspw. mit den §§ 161, 163 I S. 2, 483 StPO getan hat. Die Speicherung, Veränderung oder Nutzung von im Rahmen der Gefahrenabwehr erhobenen Daten zu strafprozessualen Gründen setzt somit sowohl eine Ermächtigung durch den Landesgesetzgeber als auch eine Regelung des Bundesgesetzgebers voraus.

Beispiel: Gehen Vorschriften des Landespolizeigesetzes davon aus, daß Bild- und Tonaufzeichnungen auch zur Verfolgung von Straftaten oder zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten genutzt werden können⁷¹, enthalten sie zwar eine „Freigabe“, stellen aber noch keine Rechtsgrundlage für die tatsächliche Speicherung, Veränderung oder Nutzung dar, weil die Verfolgung von Straftaten und die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nur dem Bundesgesetzgeber zustehen (vgl. Art. 74 I Nr. 1 GG). *Dieser* muß also über die Nutzung personenbezogener Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung entscheiden.

Umgekehrt darf (ebenfalls aus kompetenzrechtlichen Gründen) über die Verwendung von im Rahmen **strafrechtlicher Ermittlungsverfahren** gewonnener Daten **zu Zwecken der Gefahrenabwehr** nur der Landesgesetzgeber bestimmen.⁷² Selbst-

⁶⁹ *Schenke*, POR, Rn 207.

⁷⁰ MeckVorVerfG LKV **2000**, 345, 347.

⁷¹ Vgl. **BW:** §§ 21 IV, 22 VII, 23 III S. 2 PolG; **Bay:** Art. 32 IV, 33 III S. 4, IV PAG; **Berl:** §§ 24 II, 25 VI S. 3 VIII S. 1, 25 IX ASOG; **Bran:** §§ 31 II S. 1, III S. 4, 33 VI S. 3, VIII PolG; **Hamb:** §§ 8 I S. 4, 10 III S. 3 i.V.m. IV S. 4, 10 V DVPolG; **Hess:** §§ 14 IV i.V.m. I S. 2, 15 VI S. 3, VIII S. 1 SOG; **MeckVor:** §§ 32 II S. 2, 34 II, IV S. 3 SOG; **Nds:** §§ 32 IV i.V.m. 39 VII GefAG; **NRW:** § 15 I S. 3, 17 IV S. 2, 34 II, IV S. 3 PolG; **Saarl:** §§ 27 III, 28 IV S. 7 PolG; **Sachs:** §§ 38 III, 39 V S. 2, VII S. 2 PolG; **SachsAnh:** §§ 16 IV S. 3, VIII S. 1 SOG; **SchHolst:** §§ 184 II S. 2, 186 I a S. 3 LVwG; **Thür:** §§ 33 I S. 3, 35 III S. 4, IV PAG.

⁷² Vgl. **BW:** § 38 I S. 1, IV S. 1 PolG; **Bay:** Art. 38 II PAG; **Berl:** § 42 III ASOG; **Hess:** § 20 IV SOG; **Sachs:** § 43 II PolG; **SachsAnh:** § 23 SOG. Nach **Bran:** § 39 II PolG; **Hamb:** §§ 16 II DVPolG; **MeckVor:** § 37 I SOG; **NRW:** § 24 II PolG und **Thür:** § 40 II PAG wird gefordert, daß die weitere Verarbeitung

verständlich setzt auch dies eine Freigabe (diesmal von der Strafverfolgungsbehörde aufgrund einer bundesgesetzlichen Regelung) voraus. So läßt § 481 StPO die Übermittlung personenbezogener Daten aus Strafverfahren an die Polizeibehörde zu Zwecken der Gefahrenabwehr zu. Zu beachten ist jedoch, daß eine solche Verwendung grundsätzlich **ausscheidet**, wenn es sich um Erkenntnisse aus einer strafprozessualen Überwachung der **Telekommunikation** (vgl. § 100a StPO) handelt. Denn die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder mit Ausnahme von Hessen (§ 10 Hess-SOG), Mecklenburg-Vorpommern (§ 78 MeckVorSOG), Niedersachsen (§ 10 NdsGefAG) und Thüringen (§ 11 ThürPAG) benennen das Fernmeldegeheimnis nicht als ein zum Zwecke der Gefahrenabwehr einschränkbares Grundrecht (es steht außer Frage, daß auch eine Verwendung der aus einem strafprozessualen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis herrührenden personenbezogenen Daten für andere Zwecke ebenfalls einen Eingriff in Art. 10 GG darstellt). Soweit also eine Verwendung der bei einer strafprozessualen Überwachung der Telekommunikation gewonnenen personenbezogenen Daten für die Zwecke der Gefahrenabwehr in den Polizei- und Ordnungsgesetzen nicht vorgesehen ist, könnte man meinen, einer Verwendung sei ausgeschlossen. Da aber nach Auffassung des BVerfG eine Verwendung der aus einer Überwachung der Telekommunikation stammenden Daten zum Zwecke der Gefahrenabwehr (trotz landesrechtlicher Regelung) nur bei Vorliegen **qualifizierter Gefahrenlagen** zulässig ist⁷³, und der Staat sich im übrigen auch schützend und fördernd vor die Grundrechte stellen muß⁷⁴, besteht für den zuständigen Landesgesetzgeber die grundrechtliche Schutzpflicht, eine Verwendung von im Rahmen der Strafverfolgung gewonnener Daten in Fällen zu gestatten, in denen es um den Schutz vor drohenden Verletzungen besonders hochrangiger, verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit geht. So kann es bspw. nicht angehen, daß die Polizei, die bei einer präventivpolizeilichen Überwachung der Telekommunikation von einem bevorstehenden schweren Verbrechen erfährt, hier nicht zur Gefahrenabwehr tätig werden darf, weil es an einer polizeigesetzlichen Rechtsgrundlage für entsprechende Gefahrenabwehrmaßnahmen fehlt.⁷⁵

c.) Kennzeichnung gespeicherter Daten

Werden personenbezogene Daten gespeichert, müssen diese in besonderer Weise **gekennzeichnet** sein. So muß erkennbar sein, von welcher Personengruppe sie herrühren (z.B. von einem Störer oder Nichtstörer, einem potentiellen Straftäter, seinen Kontakt- und Begleitpersonen, möglichen Opfern oder Gefährdeten einer Straftat, Fachleuten für die Bekämpfung bestimmter Gefahren). Darüber hinaus muß die Speicherung die Information enthalten, bei welcher Stelle die der Speicherung zugrundeliegenden Unterlagen geführt werden. Soweit die Daten aus einem Eingriff in ein Grundrecht herrühren, das nur unter qualifizierten Voraussetzungen beschränkbar ist, wie dies insbesondere bei einem Eingriff gem. Art. 13 IV GG, aber auch bei einer heimlichen Überwachung der Telekommunikation (Art. 10 II S. 2 GG) der Fall ist, ergibt sich aus verfassungsrechtlichen Gründen die Notwendigkeit, personenbezogene Daten entsprechend zu kennzeichnen, da sonst die bezüglich solcher Daten bestehen-

der Gefahrenabwehr dient. Besondere Anforderungen werden nach **Nds:** § 39 III GefAG; **RhIPf:** § 25d I POG; **Saarl:** § 30 II PolG und **SchlHVwG:** § 189 II gestellt.

⁷³ BVerfG NJW **2000**, 55, 66.

⁷⁴ Zur staatlichen Schutzpflicht vgl. BVerfGE **39**, 1, 41 f. (Schwangerschaftsabbruch I); *R. Schmidt*, Grundrechte, 5. Aufl. **2004**, S. 151 ff.; *von Münch*, in: von Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 22. Vgl. auch BVerfG NVwZ **1999**, 1234 ff. und *Wahl*, JuS **2001**, 1041, 1045.

⁷⁵ *Schenke*, POR, Rn 209; *Schenke*, JZ **2001**, 997, 1003 f.

den grundrechtlichen Verwendungsbeschränkungen nicht sichergestellt werden könnten. Fehlen entsprechende landespolizeigesetzliche Regelungen, ergibt sich dieses Erfordernis unmittelbar aus den einschlägigen Grundrechten der Art. 10 GG und des Art. 13 GG, wobei der (Landes-)Gesetzgeber gehalten ist, innerhalb einer angemessenen Frist eine entsprechende Kennzeichnungspflicht zu normieren.⁷⁶ Zur Speicherung in dem von Bund und Ländern gemeinsam betriebenen elektronischen Informationssystem der Polizei INPOL siehe sogleich.

d.) Datenabgleich und Rasterfahndung

Von der Datenerhebung zu unterscheiden ist der **Datenabgleich**.

Unter **Datenabgleich** versteht man den gezielten Vergleich von polizeieigenen Datenbeständen im Hinblick auf bestimmte Merkmale der gespeicherten Personen oder Tatsachen.⁷⁷

Durch diesen Vergleich lassen sich sowohl für die Gefahrenabwehr als auch für die Strafverfolgung neue bedeutsame Erkenntnisse gewinnen. Besondere Bedeutung kommt dem von Bund und Ländern seit 1972 gemeinsam aufgebauten und betriebenen elektronischen **Informationssystem der Polizei INPOL** zu, das beim **Bundeskriminalamt als Zentralstelle für den elektronischen Datenverbund** (§§ 2 III, 11 I BKAG) eingesetzt ist. Es umfaßt die Personen- und Sachfahndung, den Kriminalaktennachweis, die Haftdatei, Zentrale Akten-Erschließungssysteme, Spurendokumentationssysteme und zentrale Tatmittelnachweise für bestimmte Kriminalitätsnachweise.

Parallelnorm zur Aufklärung einer Straftat oder zur Ermittlung des Aufenthaltsorts einer Person, nach der für Zwecke eines **Strafverfahrens** gefahndet wird, ist § 98c StPO. Allerdings ist hier der Datenabgleich nicht auf polizeiliche Dateien beschränkt, sondern umfaßt auch Daten aus Melderegistern, von Umweltschutzbehörden u.a.

Eine besondere (und weitergehende) Form des Datenabgleichs stellt die **Rasterfahndung** dar.

Unter **Rasterfahndung** versteht man den gezielten Vergleich von Datenbeständen von öffentlichen Stellen und von Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs im Hinblick auf bestimmte Merkmale der gespeicherten Personen oder Tatsachen, um bestimmte Personendaten und/oder Zusammenhänge in Erfahrung zu bringen.⁷⁸

Konkret bedeutet das, daß ein Katalog von Merkmalen (Geschlecht, Religion, Nationalität, Alter, Beruf, Aufenthaltsort etc.) erstellt wird und durch den Abgleich mit den von anderen öffentlichen oder nichtöffentlichen Stellen zentral zusammengefaßten Daten die Personen herausgefiltert werden, auf die die definierten Merkmale zutref-

⁷⁶ BVerfG NJW **2000**, 44, 68; *Schenke*, POR, Rn 210.

⁷⁷ Vgl. § 10e I S. 1 MEPolG; **Bund**: § 34 BGSG; § 28 BKAG; **BW**: §§ 39 f. PolG; **Bay**: Art. 43 PAG; **Berl**: § 47 ASOG; **Bran**: § 40 PolG; **Brem**: § 36h PolG; **Hamb**: § 22 DVPolG; **Hess**: § 25 SOG; **MeckVor**: § 43 SOG; **Nds**: § 45 GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. § 25 PolG; **Saarl**: § 36 PolG; **Sachs**: § 46 PolG; **SachsAnh**: § 30 SOG; **SchlHolst**: §§ 195, 195a LVwG; **Thür**: § 43 PAG.

⁷⁸ Vgl. **BW**: § 40 PolG; **Bay**: Art. 44 PAG; **Berl**: § 47 ASOG; **Bran**: § 46 PolG; **Brem**: § 36 i PolG; **Hamb**: § 23 DVPolG; **Hess**: § 26 SOG; **MeckVor**: § 44 SOG; **Nds**: § 45a GefAG; **NRW**: § 24 OBG i.V.m. § 31 PolG; **Saarl**: § 37 PolG; **Sachs**: § 47 PolG; **SachsAnh**: § 31 SOG; **SchlHolst**: §§ 195f LVwG; **Thür**: § 44 PAG; vgl. auch *Lisken*, NVwZ **2002**, 513 ff.; OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 629; OLG Frankfurt NVwZ **2002**, 626.

fen. Der auf diese Weise eingegrenzte Personenkreis wird anschließend weiteren „konventionellen“ Aufklärungsmaßnahmen (etwa Observation, Vernehmung, Durchsuchung) unterzogen.⁷⁹

Der Rasterfahndung kommt vor allem in Verbindung mit der Fahndung nach Straftätern, die durch besondere Gewohnheiten charakterisiert sind (etwa bei Terroristen durch häufigen Wohnungswechsel und einem dementsprechend nur sporadischen Strom- und Wasserverbrauch), Bedeutung zu. Die besondere rechtliche Problematik einer Rasterfahndung resultiert daraus, daß unter das Raster vielfach auch unbescholtene Bürger (Nichtstörer) fallen können, bei denen zufällig die für ein Raster erforderliche Kombination von Merkmalen vorliegt und die dadurch zum Objekt polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen werden.⁸⁰

Wegen des mit der Rasterfahndung verbundenen **Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung** als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, s.o.) versteht sich von selbst, daß nach den meisten landespolizeigesetzlichen Befugnisnormen⁸¹ – dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechend – die Rasterfahndung nur dann angeordnet werden darf, wenn sie „zur Abwehr einer (gegenwärtigen) Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder zur Verhütung einer Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich ist“. Die Abwehr der gegenwärtigen Gefahr muß also auf andere Weise weniger erfolgversprechend sein (dazu später).

Neben der Gefahrenabwehr zum Schutz der genannten Schutzgüter⁸² (dazu später) existiert in einigen Bundesländern *zusätzlich* die Möglichkeit, die Rasterfahndung auch zur Verhinderung bestimmter Straftaten einzusetzen⁸³, während wiederum andere Bundesländer die Rasterfahndung ausschließlich zu diesem Zweck zulassen⁸⁴. Alle landesrechtlichen Befugnisnormen stimmen jedoch dahingehend überein, daß die Rasterfahndung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten muß.

Die Befugnisnormen der Länder, die u.a. die Abwehr einer *Gefahr* für bestimmte Rechtsgüter fordern, unterscheiden sich wiederum zum einen im Hinblick auf den **Grad der Gefahr**, zum anderen in bezug auf die jeweiligen **Schutzgüter**.

- ⇒ Unter einer **Gefahr** versteht man nach den Legaldefinitionen der meisten Polizeigesetze (vgl. nur § 2 Nr. 3a BremPolG) eine Lage, in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für die geschützten Rechtsgüter eintreten würde. Dabei gilt, daß je größer der zu erwartende Schaden und je ranghöher das geschützte Rechtsgut sind, desto geringere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen sind.
- ⇒ Bindet der Gesetzgeber den Eingriff an besondere Voraussetzungen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit der Gefahr oder des Gewichts oder Ausmaßes des drohenden

⁷⁹ Meister, JA 2003, 83, 84; Liskén, NVwZ 2002, 513, 514.

⁸⁰ Schenke, POR, Rn 213.

⁸¹ **BW:** § 40 PolG; **Bay:** Art. 44 PAG; **Berl:** § 47 ASOG; **Bran:** § 46 PolG; **Brem:** § 36i PolG; **Hamb:** § 23 DVPolG; **Hess:** § 26 SOG; **MeckVor:** § 44 SOG; **Nds:** § 45a GefAG; **NRW:** § 31 PolG; **RhLPf:** § 25d POG; **Saarl:** § 37 PolG; **Sachs:** § 47 PolG; **SachsAnh:** § 31 SOG; **SchlHolst:** § 195a LVwG; **Thür:** § 44 PAG.

⁸² **Berl:** § 47 I S. 1 ASOG; **Bran:** § 46 I PolG; **Hamb:** § 23 I DVPolG; **MeckVor:** § 44 I S. 1 SOG; **NRW:** § 31 I PolG; **RhLPf:** § 25d I POG; **Saarl:** § 37 I PolG; **SachsAnh:** § 31 I S. 1 SOG; **Thür:** § 44 I S. 1 PAG.

⁸³ **Brem:** § 36i I S. 1 PolG; **Sachs:** § 47 I S. 1 PolG; **SchlHolst:** § 195a I LVwG.

⁸⁴ **BW:** § 40 I S. 1 PolG; **Bay:** Art. 44 I S. 1 PAG; **Hess:** § 26 I SOG; **Nds:** § 45a I S. 1 GefAG.

Schadens, spricht man von einer qualifizierten Gefahr. So fordern die meisten landesgesetzlichen Befugnisnormen in bezug auf die Rasterfahndung eine **gegenwärtige Gefahr**. Diese umfaßt die bereits eingetretene und fortwirkende Störung sowie die unmittelbar bevorstehende Gefahr⁸⁵, bei der der Schadenseintritt in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

- ⇒ Neben diesen Qualifizierungen des Gefahrengrades im Hinblick auf die zeitliche Nähe und Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts existieren auch solche mit Bezug zum geschützten Rechtsgut. Im Gesetz wird in diesen Fällen i.d.R. die Formulierung **erhebliche Gefahr** verwandt.⁸⁶ Damit wird darauf abgestellt, daß ein Schaden für ein *bedeutsames* Rechtsgut zu befürchten ist.
- ⇒ Schließlich werden in einigen Bundesländern beide Möglichkeiten der Qualifizierung des Gefahrenbegriffs kombiniert, indem eine **gegenwärtige erhebliche Gefahr** verlangt wird.⁸⁷

Neben den unterschiedlichen Anforderungen an die Gefahr nennen die einzelnen Polizeigesetze auch unterschiedliche **Schutzgüter**. Bis auf Rheinland-Pfalz existiert in jedem Bundesland ein mehr oder weniger ausführlicher Katalog von Rechtsgütern, von denen mittels der Rasterfahndung Schaden abgewendet werden darf. So wird in fast allen Bundesländern, die die Rasterfahndung zur Abwehr einer Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut zulassen, der „**Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes**“ sowie „**Leib, Leben oder Freiheit einer Person**“ genannt. Lediglich in den Polizeigesetzen der Länder Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein wurden bloß eine der beiden Komponenten aufgenommen. In einigen Bundesländern ist die Rasterfahndung auch zur **Verhinderung bestimmter Straftaten** zulässig. Um jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen, ist ausnahmslos erforderlich, daß Straftaten von *erheblicher Bedeutung* verhindert werden sollen. Dabei handelt es sich nach den Legaldefinitionen der betreffenden Polizeigesetze um solche Taten, die den Rechtsfrieden empfindlich stören oder geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.⁸⁸ Verbrechen (i.S.d. § 12 I StGB) sind immer Straftaten von erheblicher Bedeutung. Vergehen (i.S.d. § 12 II StGB) zählen dazu, soweit sie auf Grund ihrer Begehungsweise (banden-, gewerbs-, gewohnheits-, serienmäßig) oder ihrer Dauer eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen und geeignet sind, das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.⁸⁹

Schließlich muß – wie bereits mehrfach angesprochen – die Rasterfahndung auch **verhältnismäßig** sein. Sie muß also einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks geeignet, zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich und letztlich auch angemessen sein. Besonderes Augenmerk verdient dabei die Fahndungshypothese, d.h. der Katalog von Merkmalen, die zentral erfaßt und abgeglichen werden.⁹⁰ Die Erfassung und der Abgleich der Daten ist nur dann sinnvoll, wenn dem jeweiligen Persönlichkeitsprofil besondere Prüfmerkmale sächlicher Art aus den Umständen oder Anzeichen einer Störung in einem sachlogischen Zusammenhang zugeordnet werden können. Im Zusammenhang mit der Fahndung nach sog. Schläfern, also nach Personen mit völlig unauffälliger Lebensführung, die auf „Abruf“ aktiviert

⁸⁵ So etwa ausdrücklich § 2 Nr. 3b BremPolG oder § 23 I HambDVPoIG.

⁸⁶ Vgl. § 195a I SchlHolstLVwG.

⁸⁷ Vgl. § 25d I RhlPfIPoIG.

⁸⁸ Vgl. z.B. § 22 V BWPolG; § 36 I SachsPolG.

⁸⁹ Vgl. *Meister*, JA **2003**, 83, 86; *Lisken*, NVwZ **2002**, 513, 514 f.

⁹⁰ *Meister*, JA **2003**, 83, 87; *Lisken*, NVwZ **2002**, 513, 514.

werden und einen bestimmten Auftrag ausführen sollen, erscheint es zweifelhaft, ob sich überhaupt vernünftige Prüfmerkmale finden lassen.⁹¹

Die meisten genannten gesetzlichen Bestimmungen (etwa § 36 i BremPolG) wurden als Reaktion auf die Terroranschläge vom 11. September 2001 eilig in die Polizeigesetze aufgenommen. Da die Bestimmungen zumeist aber keine hinreichende Einschränkung hinsichtlich des Verdächtigenkreises enthalten, somit also auch den Datenabgleich von völlig unbeteiligten (und unverdächtigen) Personengruppen zulassen, stellt sich die Frage, ob die betreffenden Bestimmungen nicht zu weit gefaßt und sich damit als **verfassungswidrig** erweisen. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Befugnisnormen aber der verfassungskonformen Auslegung zugänglich mit dem Ergebnis, daß sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit auf die konkrete Einzelmaßnahme konzentriert und von den Verwaltungsgerichten beantwortet werden muß. Freilich hat dies zur Folge, daß zum Teil gegensätzliche Urteile gesprochen wurden bzw. werden.⁹²

Beispiel⁹³: Um weitere terroristische Anschläge zu verhindern, sucht die Polizei nach sog. „Schläfern“ islamistischer Terrororganisationen. Dabei führt sie – unter Berufung auf den Wortlaut der einschlägigen Befugnisnorm – einen Datenabgleich aller in deutschen Hochschulen immatrikulierten Studenten durch. K ist marokkanischer Staatsbürger nichtmuslimischen Glaubens. Er fühlt sich durch die mit der Rasterfahndung verbundenen Erfassung seiner Daten in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt und beabsichtigt, Klage zu erheben.

Lösungsgesichtspunkte: Sofern die Anordnung der Rasterfahndung dem **Richter** vorbehalten ist (vgl. den Wortlaut der betreffenden Befugnisnorm), richtet sich das Verfahren insgesamt und damit auch der Rechtsschutz nach dem FGG.⁹⁴ In diesem Fall ist der Rechtsstreit vor den *ordentlichen Gerichten* auszutragen. Gem. § 19 I FGG findet gegen Verfügungen des Gerichts erster Instanz – hier also gegen die die Rasterfahndung anordnenden Amtsgerichte – die Beschwerde statt. Über die Beschwerde entscheidet gem. § 19 II FGG das Landgericht. In den übrigen Fällen, in denen die **Verwaltung** (also die Polizeibehörde) die Rasterfahndung anordnet, ist der Rechtsweg zu den *Verwaltungsgerichten* nach § 40 I S. 1 VwGO gegeben, da es um Gefahrenabwehr und nicht um Strafverfolgung geht. Statthafte Verfahrensart ist die **Unterlassungsklage** (bzw. der **einstweilige Rechtsschutz** nach § 123 I VwGO), da nicht die Anfechtung eines Verwaltungsakts in Rede steht, sondern die schlichte Unterlassung einer auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten hoheitlichen Maßnahme.

K ist auch **klagebefugt**, da eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht ausgeschlossen werden kann.

Begründet ist die Klage, wenn der Datenabgleich rechtswidrig ist und den K in seinen Rechten verletzt. Vorliegend könnte bereits die Befugnisnorm rechtswidrig sein, sofern sie keine hinreichende Einschränkung des betroffenen Adressatenkreises vornimmt und so auch völlig unbeteiligte Personen erfaßt. Gleichwohl läßt sich die Vorschrift im Einzelfall dadurch **verfassungskonform auslegen**, daß Daten nur solcher Personen abgeglichen werden, die Staatsangehörige eines verdächtigen Staates oder muslimischen Glaubens sind. Da der vorliegend zu untersuchende Datenabgleich eine solche Einschränkung nicht enthält und damit auch den K als Angehöriger einer völlig

⁹¹ Meister, JA **2003**, 83, 86.

⁹² Gerichtliche Entscheidungen zur aktuellen Rasterfahndung sind – soweit ersichtlich – bereits in Berlin, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz ergangen. Vgl. dazu die Übersicht in DuD **2002**, 309 und den Aufsatz von Meister, JA **2003**, 83 ff.

⁹³ In Anlehnung an OVG Bremen NVwZ **2002**, 1530, und OVG Koblenz NVwZ **2002**, 1528.

⁹⁴ Meister, JA **2003**, 83, 87; Lisken, NVwZ **2002**, 513, 517.

unbeteiligten Personengruppe erfaßt, wäre er somit rechtswidrig. Wenn man andererseits jedoch davon ausgeht, daß eine gegenwärtige und erhebliche Terrorgefahr gegeben ist und eine Eingrenzung des Adressatenkreises gerade nicht gewährleistet, daß die Terrorgefahr gebannt wird, verletzt der Datenabgleich nicht das Recht des K auf informationelle Selbstbestimmung. Seine Klage wäre dann unbegründet.⁹⁵

Die **strafprozessuale** Rasterfahndung ist in § 98 a und b StPO geregelt. Liegen ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte für bestimmte, in § 98a I StPO aufgeführte Straftaten von erheblicher Bedeutung vor und wären die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert, so kann nach § 98b StPO der Richter, bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft, eine Rasterfahndung zu Zwecken der Strafverfolgung anordnen. Wie bei der Rasterfahndung zu präventiven Zwecken bestehen strenge Rückgabe-, Lösch- und Benachrichtigungspflichten (§ 98b III, IV StPO).

e.) Übermittlung von Daten

Es steht außer Frage, daß auch die *Übermittlung* von Daten an andere staatliche Stellen einen Eingriff in das Grundrecht auf **informationelle Selbstbestimmung** darstellt und daher eine **gesetzliche Regelung** erforderlich macht. Entgegen der früher weit verbreiteten Auffassung hat sich heute die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Vorschriften über die **Amtshilfe** (Art. 35 GG und die §§ 4 ff. VwVfG) sowie §§ 10 u. 11 BDSG und die mit diesen korrespondierenden landesrechtlichen Regelungen keine solche Rechtsgrundlagen darstellen. Die Landesgesetzgeber haben darauf reagiert und Vorschriften über die **Datenübermittlung** in ihre Polizei- und Ordnungsgesetze aufgenommen.⁹⁶ Danach können personenbezogene Daten zwischen Polizeibehörden/Dienststellen des Polizeivollzugsdienstes (auch anderer Länder) übermittelt werden, soweit dies zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben erforderlich ist; ebenso kann die Polizei an andere Behörden oder Stellen, die für die Gefahrenabwehr zuständig sind, personenbezogene Daten übermitteln, soweit die Kenntnis dieser Daten zur Erfüllung von Aufgaben des Empfängers bzw. Dritten, an den übermittelt wird, erforderlich ist. Sogar an Private (die Gesetze sprechen von „*Personen oder Stellen außerhalb der öffentlichen Verwaltung*“ oder von „*nichtöffentlichen Stellen*“) kann die Datenübermittlung zulässig sein.

Um die grundrechtlichen Vorgaben und Grenzen zu beachten, ist eine Übermittlung grds. nur zu dem Zweck zulässig, zu dem die Polizei die Daten erlangt hat (**Grundsatz der Zweckidentität**). Aber abgesehen davon, daß die Einhaltung dieses Grundsatzes bei einer Datenweitergabe schwer zu überprüfen ist, lassen die – im übrigen sehr unterschiedlich ausgebildeten – landesgesetzlichen Regeln auch eine Reihe von Ausnahmen zu, insbesondere wenn ein Gesetz die Weitergabe zuläßt.

Beispiel⁹⁷: Die Polizei wird gerufen, weil sich X (der Jäger ist) umbringen will. Die Beamten treffen ihn in seiner Wohnung an. Er ist geistig verwirrt und versucht, einen

⁹⁵ So OVG Bremen NVwZ **2002**, 1530; OVG Koblenz NVwZ **2002**, 1528; OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 629; KG NVwZ **2002**, 1537. Demgegenüber hat das OLG Frankfurt a.M. (NVwZ **2002**, 626, 623) eine gegenwärtige Gefahr verneint. Zu beachten ist allerdings, daß der hessische Landtag als Reaktion auf diese Entscheidung das HSOG geändert und die Rechtslage der in Bayern und Baden-Württemberg geltenden angepaßt hat.

⁹⁶ §§ 10c-f MEPolG; **BW:** §§ 41 ff. PolG; **Bay:** Art. 40 ff. PAG; **Berl:** §§ 44 f. ASOG; **Bran:** §§ 41 ff. PolG; **Brem:** §§ 36c ff. PolG; **Hamb:** §§ 18 ff. DVPolG; **Hess:** §§ 21 ff. SOG; **MeckVor:** §§ 39 ff. SOG; **Nds:** §§ 40 ff. GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. §§ 27 ff. PolG; **RhIPf:** § 25c POG; **Saarl:** §§ 32 ff. PolG; **Sachs:** § 44 PolG; **SachsAnh:** §§ 18 ff. SOG; **SchlHolst:** §§ 191 ff. LVwG; **Thür:** §§ 41 ff. PAG.

⁹⁷ Vgl. *Möller/Wilhelm*, POR, Rn 339.

Abschiedsbrief zu schreiben. Auf dem Tisch liegt eine Jagdwaffe. Die Beamten stellen die Waffe sicher und unterrichten die zuständige Ordnungsbehörde, damit die nötigen Hilfsmaßnahmen nach dem PsychKG getroffen werden. Zugleich verständigen sie die untere Jagdbehörde, um die Zuverlässigkeit des Jagdscheininhabers und die aus der Jagdausübung des X resultierende Gefahr (vgl. § 18 BJagdG) prüfen zu lassen.

Auch wenn die sehr unterschiedlich formulierten und strukturierten landespolizeigesetzlichen Regelungen über die Übermittlung personenbezogener Daten durch die Polizei an andere Stellen eine Vergleichbarkeit der jeweiligen Regelungen außerordentlich erschweren, kann doch unterstellt werden, daß im Grundsatz überwiegend Gleiches gemeint ist. Das gilt auch hinsichtlich des Initiators der übermittelten Daten. Dieser kann auch die Empfangsstelle sein.

Beispiel⁹⁸: Die Ordnungsbehörde O hat über einen Konzessionsantrag des A für eine Diskothek zu entscheiden (vgl. §§ 2 ff. GastG). Aufgrund verschiedener Anhaltspunkte besteht der Verdacht, daß A in den Drogenhandel verstrickt ist und die Diskothek für diese Zwecke mißbrauchen wird. O bittet die Polizei um Auskunft, ob und gegebenenfalls welche Erkenntnisse über A vorliegen, die einer Konzessionserteilung an A wegen fehlender Zuverlässigkeit i.S.d. § 4 I Nr. 1 GastG entgegenstehen könnten.

Nach allen Landesgesetzen „kann“ die Polizei die ihr zur Verfügung stehenden Daten auf Anforderung übermitteln, sofern dies erforderlich ist. Vorliegend könnte sich die Erforderlichkeit daraus ergeben, daß der Empfangsstelle das Zurückgreifen auf andere sachnahe Informationsquellen (z.B. Gewerbezentralregister) nicht weiter hilft.

Hervorzuheben bleibt, daß eine mit einem Grundrechtseingriff verbundene und deshalb eine gesetzliche Rechtsgrundlage erfordernde Übermittlung zwischen öffentlichen Stellen sogar dann vorliegen kann, wenn diese innerhalb einer in ihren Untergliederungen mit verschiedenen Aufgaben betrauten Behörde erfolgt (Beispiel: Datenübermittlung zwischen Schutzpolizei und Kriminalpolizei derselben Einheit). Nach den Bestimmungen der Polizeigesetze ist hier eine Übermittlung zulässig, wenn die Übermittlung zur Erfüllung einer gefahrenabwehrrechtlichen Aufgabe erforderlich ist.

Unterliegen die von der Polizei zu übermittelnden Daten einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis (vgl. § 203 StGB, §§ 53, 53a StPO), ist für die Zulässigkeit der Übermittlung durch die Polizei ferner erforderlich, daß der Empfänger die Daten zur Erfüllung des gleichen Zwecks benötigt, zu dem sie die Polizei erhoben hat oder hätte erheben können (§ 10 VI MPEPolG). Zur Datenübermittlung im Zusammenhang mit dem Datenabgleich und der Rasterfahndung s.o., S. XXX.

f.) Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Daten

Wurden Daten rechtswidrig erhoben, stellt sich die Frage nach deren Verwertbarkeit. Besteht eine gefahrenabwehrrechtliche Bestimmung, wonach die Speicherung, Veränderung oder Nutzung von Daten ausdrücklich an die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung gebunden ist (vgl. etwa § 36a I S. 1 BremPolG⁹⁹), kann man daraus den Umkehrschluß ziehen, daß die Verwertung *rechtswidrig* erhobener Daten grundsätzlich ausgeschlossen ist, zumal es für sie an einer rechtlichen Grundlage fehlt. Allerdings erweckt eine solche Folgerung dann Bedenken, wenn es bei der Gefahrenabwehr um den Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter (insbesondere das Leben) geht,

⁹⁸ Vgl. *Möller/Wilhelm*, POR, Rn 339.

⁹⁹ Vgl. ebenso § 42 I BerlASOG; § 39 I BrandPolG; § 24 I NWPoIG; § 38 I S. 1 NdsGefAG; § 40 I ThürPAG.

in bezug auf die dem Staat besondere, aus Art. 2 II i.V.m. Art. 1 GG abzuleitende, **Schutzpflichten** treffen und er diesen ohne eine Verwertung der rechtswidrig gewonnenen Daten nicht nachkommen könnte.¹⁰⁰ Erlangt die Polizei etwa aufgrund rechtswidrig erlangter Daten Kenntnis davon, daß ein Gastronom in von ihm vertriebenen Speisen Lebensmitteln hochgiftige Substanzen beimischt, trifft die Gefahrenabwehrbehörde eine Verpflichtung zum Einschreiten. Eine gesetzliche Vorschrift, die undifferenziert von einem Verwertungsverbot rechtswidrig erlangter Daten ausginge (und damit einem Einschreiten entgegenstünde), würde diese verfassungsrechtlich gebotene Schutzpflicht verkennen und noch nicht einmal einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich sein; sie wäre schlichtweg (teil-)nichtig. Allerdings würde umgekehrt eine aus der staatlichen Schutzpflicht abgeleitete uneingeschränkt zulässige Verwertung rechtswidrig erlangter Daten zu einer Aushöhlung des Verbots rechtswidriger Datenerhebung führen und hätte eine Schwächung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) zur Folge.

In Übereinstimmung mit dem Strafprozeßrecht sollte daher auch im Gefahrenabwehrrecht die Regel aufgestellt werden, daß die Rechtswidrigkeit einer Datenerhebung weder zwingend zu einem Verwertungsverbot noch zwingend zu einer erlaubten Verwertung führt, sondern Gegenstand einer **Abwägung** zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Verwertbarkeit und dem Interesse des Betroffenen an einer Unverwertbarkeit ist:

Grundsätzlich gebietet es das Rechtsstaatsprinzip, daß rechtswidrig erhobene Daten nicht verwertet werden dürfen. Überwiegt allerdings das öffentliche Interesse der Gefahrenabwehr das private Interesse an einem Verwertungsverbot, so dürfen rechtswidrig erhobene Daten verwertet werden.

Davon unabhängig muß es der Gefahrenabwehrbehörde zumindest möglich sein, die ihr aufgrund einer rechtswidrigen Erhebung bekannt gewordenen Daten zum Anlaß einer neuen Datenerhebung zu nehmen.¹⁰¹ Dieser neuen Datenerhebung steht auch nicht entgegen, daß die Beamten „vorbelastet“ herangehen und auf der Grundlage von **Spurenansätzen**, d.h. mittelbarer Folgen einer vorangegangenen rechtswidrigen Datenerhebung, Daten nunmehr rechtmäßig erheben. Denn die bereits erläuterte verfassungsrechtliche Schutzpflicht gebietet den Gefahrenabwehrbehörden gerade, Daten zu erheben, um auf deren Grundlage (überhaupt) Gefahren abwehren zu können.

g.) Löschung, Berichtigung und Sperrung von Daten

Ergänzt durch Datenschutzgesetze enthalten die Bestimmungen der Polizeigesetze auch Regelungen über die Löschung, Berichtigung und Sperrung von Daten.¹⁰² Grundsätzlich sind **rechtswidrig gespeicherte Daten zu löschen und die dazu gehörigen Unterlagen zu vernichten**. Der Löschungs- und Vernichtungspflicht korrespondiert ein entsprechender **Anspruch** der Person, deren Daten gespeichert wurden. Dieser Anspruch stellt letztlich nichts anderes dar als die einfachgesetzliche Umsetzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten **öffentlich-rechtlichen Besei-**

¹⁰⁰ *Schenke*, POR, Rn 215.

¹⁰¹ *Schenke*, POR, Rn 215; *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. **2002**, Rn 152.

¹⁰² **BW:** § 46 PolG; **Bay:** Art. 45 PAG; **Berl:** § 48 ASOG; **Bran:** § 47 PolG; **Brem:** § 36k PolG; **Hamb:** § 24 DVPolG; **Hess:** § 27 SOG; **MeckVor:** § 45 SOG; **Nds:** § 39a, 47 II GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. §§ 32 ff. PolG; **Saarl:** § 38 PolG; **Sachs:** § 49 PolG; **SachsAnh:** § 32 SOG; **SchlHolst:** § 196 LVwG; **Thür:** § 45 PAG.

tigungsanspruchs, der Mit Hilfe der **allgemeinen Leistungsklage** durchgesetzt werden kann. Zugleich hat der Betroffene einen Auskunftsanspruch.

Die Lösungs- und Vernichtungspflicht besteht auch dann, wenn es gespeicherter Daten zur Erfüllung der der Polizei gesetzlich zugewiesenen Aufgaben **nicht mehr bedarf**.¹⁰³ Denn dann besteht kein sachlicher Grund mehr für die Aufrechterhaltung des Grundrechtseingriffs. Der Effektuierung entsprechender Pflichten dient die Festlegung von Terminen (Prüfungsterminen), bei denen spätestens überprüft werden muß, ob die Speicherung von Daten weiterhin erforderlich ist.

Sind personenbezogene Daten **unrichtig**, besteht eine Pflicht zur **Berichtigung** und ein mit damit korrespondierender Anspruch. Ein Anspruch auf **Sperrung von personenbezogenen Daten** ist dann gegeben, wenn ihre Richtigkeit vom Betroffenen bestritten wird und sich weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit feststellen läßt oder die Löschung deshalb unterbleibt, weil durch sie schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt würden oder wenn eine Löschung wegen der besonderen Form der Speicherung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

¹⁰³ **BW:** § 46 I Nr. 2 PolG; **Bay:** Art. 37 III PAG; **Berl:** § 48 II Nr. 2 ASOG; **Bran:** § 47 II Nr. 3 PolG; **Brem:** § 36k II Nr. 2 PolG; **Hamb:** § 24 II Nr. 3 DVPolG; **Hess:** § 27 II Nr. 2 SOG; **MeckVor:** § 45 II S. 2 Nr. 2 SOG; **Nds:** § 39a GefAG; **NRW:** § 24 OBG i.V.m. § 32 II S. 1 Nr. 3 PolG; **RhLPfl:** § 25e II Nr. 2 POG; **Saarl:** § 38 II S. 1 Nr. 2 PolG; **SachsAnh:** § 32 II S. 1 Nr. 2 SOG; **SchlHolst:** § 196 II S. 1 LVwG; **Thür:** § 45 II Nr. 2 PAG.