

Freiheit und Sicherheit

Grenzen der präventiven Telekommunikationsüberwachung

Heiner Adamski

In allen Staaten stellt sich die Aufgabe der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und Ordnung und der Aufklärung von Straftaten. In den meisten Staaten – so auch in der Bundesrepublik Deutschland – werden diese Aufgaben von der Polizei wahrgenommen. Sie ist ein Exekutivorgan des Staates und seines Gewaltmonopols und vertritt den Staat nach innen (während das Militär ihn nach außen vertritt). Dabei ist ihr die Anwendung unmittelbarer Gewalt durch unmittelbaren Zwang erlaubt. Die Polizei kann in einem Rechtsstaat aber nur auf klaren und der Verfassung entsprechenden Rechtsgrundlagen tätig werden. Was müssen und was dürfen diese Rechtsgrundlagen zulassen? Was muss der Polizei erlaubt sein, damit sie ihre Aufgaben erfolgreich wahrnehmen kann? Wo setzt die Verfassung Grenzen?

Manche Politiker und Polizeikreise fordern angesichts zunehmender Bedrohungen mehr und weiter reichende Erlaubnisse polizeilicher Arbeit. In den Ländern – die für den größten Teil der Polizeigesetzgebung zuständig sind – gibt es dazu viele Planungen. In einem Polizeigesetz (Niedersachsen) wurde eine vorbeugende Überwachung der Telekommunikation vorgesehen und damit der Polizei die Möglichkeit gegeben, ohne Tatverdacht und nur aufgrund der Vermutung einer künftigen Gefährlichkeit Telefone abzuhören und Verbindungsdaten und Standorterkennungen von Handys sowie den E-Mail- und SMS-Verkehr auszuwerten. Sind solche Regelungen zulässig? Überschreiten Landesparlamente mit solchen Gesetzgebungen ihre Befugnisse? Verletzen sie das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses, der freien Meinungsäußerung und der freien Entfaltung der Persönlichkeit? Ein Richter hat gegen Bestimmungen des Niedersächsischen Polizeigesetzes eine Verfassungsbeschwerde erhoben. Das Bundesverfassungsgericht hat dann Regelungen zur präventiven Telekommunikationsüberwachung als nichtig erklärt. Es hat versucht, eine Balance im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit finden.

I. Polizei und Polizeirecht

Das Thema „Polizei“ hat eine gewisse Ambivalenz. In einem Rechtsstaat übertragen Bürgerinnen und Bürger – vereinfachend und bildhaft gesprochen – dem Staat die Gewalt. Vom Volk geht alle Staatsgewalt aus. Sie geht an den Staat. Er hat das Gewaltmonopol. Durch eben diese Gewaltübertragung wird der Staat mächtig. Er kann einerseits kraft seiner Macht Konflikte schlichten und für den Rechtsfrieden sorgen und andererseits zu einer Bedrohung für die Bürgerinnen und Bürger werden. Gegen diese mögliche Bedrohung müssen sie sich unter anderem durch Grundrechte schützen. Auf ihrer Grundlage ist eine Abwehr von Ansprüchen des Staates möglich. Dabei steht die Polizei in gewisser Weise zwischen Staat und Bürger. Sie muss einerseits den Staat vertreten und für Sicherheit und Ordnung sorgen und andererseits die Bürger bei der Wahrnehmung von Grundrechten schützen. Auf gelegentlich besonders „wild“ wirkenden Demonstrationen ist diese Lage sehr deutlich. Die Polizei schützt vorne und hinten und seitlich die öffentliche Sicherheit und Ordnung und zugleich das Demonstrations-Grundrecht der Demonstranten. Die politischen Dimensionen sind auch bei einem historischen Blick zu erkennen: Der Begriff Polizei ist aus dem griechischen „politea“ abgeleitet. Er bezeichnete die Verfassung in den griechischen Stadtstaaten und den Status der darin lebenden Menschen. Von den Römern wurde er ins lateinische „politia“ übernommen. Seit dem Mittelalter ist er mit dem Zusatz „gute“ (gute Policey) ein Ausdruck für die gesamte Staatsverwaltung. Hier liegen auch die Ursprünge des Begriffs „Polizeistaat“. Er meinte einen in allen Lebensbereichen begrenzt-fürsorglich und repressiv agierenden Staat. Mit dem Aufkommen des Liberalismus wurden dann staatliche Zuständigkeiten für das Wohl des einzelnen bestritten. Der Staat sollte nur noch vor Eingriffen in die Freiheit und das Eigentum schützen. Dem Bürger sollte die selbstverantwortliche Entfaltung seiner Persönlichkeit überlassen werden. Das repressive Element wurde stärker – und seither wird unter „Polizeistaat“ ein übermäßig repressiver Staat verstanden. Der bekannte Slogan „Die Polizei, dein Freund und Helfer“ stammt übrigens aus dem Dritten Reich – und in Westdeutschland wurden in den 50er Jahren etwa 90 Prozent der Beamten aus der NS-Zeit wieder Beamte: besonders bei der Polizei. Nach dem KPD-Verbotsurteil 1956 wurden viele „Parteiläufer“ von Polizisten mit Polizeierfahrungen aus der NS-Zeit verhört und verhaftet. Auch dies ist interessant: In der Gaunersprache/Rotwelsch hieß ein Polizist „Puhler“. Hier liegt der Ursprung des Wortes „Bulle“.

Die heutigen Aufgaben der Polizei sind auf eine Teilung der Aufgaben der Reichspolizei durch die Siegermächte des Zweiten Weltkrieges und auf Bestimmungen des Grundgesetzes zurückzuführen. Das Grundgesetz gibt den Bundesländern in Art. 30 und 70 die Gesetzgebungskompetenz zur Einrichtung der allgemeinen Polizei. Die Polizeien werden also als Länderpolizeien auf der Grundlage der jeweiligen Polizeigesetze der Länder in Zuordnung zu den Innenministerien tätig. Zudem gibt es in Zuordnung zum Bundesinnenministerium das Bundeskriminalamt (Wiesbaden) als nationale Informationssammelstelle zwischen den Polizeien der Länder und als ausländische Strafverfolgungsbehörde. Seine rechtliche Stellung ist in Art. 73 Nr. 10 GG und im BKA-Gesetz geregelt. Für die Grenzsicherung hat nach Art. 73 Nr. 5 GG der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz. Der

Bundesgrenzschutz als Polizei des Bundes wurde auf dieser Grundlage eingerichtet. Er wurde am 1. Juli 2005 per Gesetz in Bundespolizei umbenannt. Weitere besondere Polizeibereiche sind u.a. der Zoll als sog. Finanzpolizei. Er ist dem Bundesministerium der Finanzen unterstellt und wird bei Rauschgiftkriminalität, Waffenschmuggel, Ein- und Ausfuhrdelikten, Geldwäsche und im Kampf gegen Schwarzarbeit tätig. Für politische Straftaten wie Terrorismus oder Extremismus gibt es in den Bundesländern bei den Länder-Polizeien Abteilungen für sog. Staatsschutzsachen sowie jeweils ein Amt für Verfassungsschutz und das Bundesamt für Verfassungsschutz in Köln.

Nach den Polizeigesetzen der Länder ist die Aufgabe der Polizei zunächst die konkrete Gefahrenabwehr. In den Gesetzen – die sich teilweise an einem Musterentwurf der Innenministerkonferenz orientieren – heißt es beispielsweise: „Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (Gefahrenabwehr).“ Dabei kann der Begriff „öffentliche Sicherheit“ nach einer Definition des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1985 als Begriff verstanden werden, der den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen umfasst. Unter „öffentlicher Ordnung“ verstand das Gericht die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird. (BVerfGE 69, 315, 352). Dieser Ordnungsbegriff ist aber wenig ergiebig, weil fast alle Bereiche menschlichen Verhaltens durch Gesetze erfasst sind. Der Anwendungsbereich „öffentliche Ordnung“ reduziert sich deshalb auf Fragen des Anstands und der Sitte, der Moral und des religiösen Empfindens. Er wird auch teilweise in Frage gestellt, da er einerseits schwer mit dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen ist und andererseits durch § 118 OWiG (ehemals Grober Unfug) ausreichend abgedeckt wird. Sodann werden Polizisten gemäß § 152 Gerichtsverfassungsgesetz als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaften – die den „Rechtswillen des Staates“ durchsetzen sollen und keine eigenen ausführenden Organe haben – zur Verfolgung von Straftätern und Aufklärung von Straftaten tätig. Dabei können Anordnungen nach der Strafprozessordnung wie Sicherstellung, Beschlagnahme, Durchsuchung, Blutentnahme, Vorläufige Festnahme u.a. durchgeführt werden. Diese doppelte Zuständigkeit ermöglicht eine Beurteilung der Aufgaben der Polizeien nach den Polizeigesetzen der Bundesländer (Gefahrenabwehr der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) oder der Strafprozessordnung (Strafverfolgung).

Bei der Strafverfolgung unterliegt die Polizei dem *Legalitätsprinzip*. Dieses Prinzip ist die Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft und Polizei) zur Eröffnung eines Ermittlungsverfahren bei Erlangung der Kenntnis oder Anzeige einer Straftat (§§ 152 Abs. 2, 160, 163 StPO; § 386 AO) und – sofern der Verdacht eine Verurteilung des Beschuldigten sehr wahrscheinlich macht – auch zur Erhebung einer Anklage. Mit dem Beginn der Ermittlungen wird ein Strafverfahren gegen den Beschuldigten auf den Weg gebracht. Mit der Anklageerhebung wird der Beschuldigte zum Angeklagten. Das Legalitätsprinzip wird verfassungsrechtlich durch den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vorgegeben. Bei der Intensität der Ermittlungstätigkeit gibt der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* je-

doch einen Spielraum. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich ein Straftatverdacht noch nicht hinreichend konkretisiert hat. Das Einschreiten der Polizei kann also im pflichtgemäßen *Ermessen* liegen (Ermessen ist dann gegeben, wenn trotz des Vorliegens aller Voraussetzungen für ein behördliches Handeln nicht konkret vorgeschrieben ist, ob oder wie die Behörde handeln muss). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein Merkmal des Rechtsstaats. Sein Zweck ist der Schutz vor übermäßigen Eingriffen des Staates in Grundrechte (daher auch Übermaßverbot genannt). Als verfassungsrechtliches Gebot ist er für die gesamte Staatsgewalt unmittelbar verbindlich. Im Einzelnen verlangt er von jeder staatlichen Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, dass sie geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den Zweck, den sie verfolgt, zu erreichen. Eine Maßnahme, die diesen Anforderungen nicht entspricht, ist grundsätzlich rechtswidrig und kann mit Rechtsmitteln angegriffen und beseitigt werden.

Zudem kann das Handeln der Polizei von dem *Opportunitätsprinzip* beeinflusst werden. Unter Opportunität versteht man die freie Entscheidungsfreiheit innerhalb eines Rahmens. Das Opportunitätsprinzip (auch Entschließungsprinzip genannt) ist ein juristischer Fachbegriff aus dem Bereich der Verwaltung. Es handelt sich um einen Unterfall der Ermessensentscheidung und gilt grundsätzlich, solange nicht eine gesetzliche Regelung etwas anderes besagt (z.B. im Strafrecht). Im Bereich der Eingriffsverwaltung (z.B. Polizei) stellt sich die Frage, ob und gegen wen (Auswahlmessen bzw. Störerauswahl) vorgegangen werden soll. Einsatzschwerpunkte der Polizei können insoweit nicht nur von rechtlichen Vorgaben, sondern auch von den Entscheidungen der politischen Spitze der Polizeibehörde (Dienstanweisungen) bestimmt werden (vor allem bei der Kriminalprävention). Das Opportunitätsprinzip ist z.B. im Polizeirecht in § 3 I eines Musterentwurfs zu einem Polizeigesetz bzw. in den Länderpolizeigesetzen geregelt. Das Opportunitätsprinzip herrscht im Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Bußgeldverfahren) (§ 47 OWiG). Im Strafrecht gilt vorherrschend das Legalitätsprinzip. Das Opportunitätsprinzip gilt hier nur ausnahmsweise. Es bietet unter bestimmten Voraussetzungen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit, ein Strafverfahren einzustellen, wenn die Schuld des Täters gering erscheint (§ 153 StPO), die Erfüllung von Auflagen zur Beseitigung des Strafverfolgungsinteresses ausreicht (§ 153a StPO) oder die zu erwartende Strafe neben der Strafe für andere Taten des nämlichen Täters nicht erheblich ins Gewicht fällt (§§ 154 und 154a StPO).

II. Strittige Bestimmungen zur präventiven Telekommunikationsüberwachung

Im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) – das in der Vergangenheit mehrfach novelliert wurde – wurden Aufgabengebiete der Polizei erheblich ausgeweitet. Den neuen Aufgaben war gemeinsam, dass die polizeiliche Tätigkeit bereits im Vorfeld von Gefahren und Straftaten einsetzen konnte. Eine Verdichtung des Sachverhalts zu einer konkreten Gefahr bzw. ein Anfangsverdacht musste nicht gegeben sein. Ende 2003 wurde die angegriffene Bestimmung des § 33 a eingefügt. Absatz 1 Nr. 2 und 3 dieser Vorschrift lauten:

„(1) Die Polizei kann personenbezogene Daten durch die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation erheben

1. (...)

2. über Personen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden, wenn die Vorsorge für die Verfolgung oder die Verhütung dieser Straftaten auf andere Weise nicht möglich erscheint sowie

3. über Kontakt- und Begleitpersonen der in Nummer 2 genannten Personen, wenn dies zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung einer Straftat nach Nummer 2 unerlässlich ist.“

Absatz 3 sieht für die Datenerhebung die Anordnung durch den Richter vor. Die Überwachung ist nicht nur auf die Telekommunikationsinhalte gerichtet, sondern bezieht gemäß § 33 a Abs. 2 Nr. 2 und 3 Nds. SOG auch die Telekommunikationsverbindungsdaten sowie die Standortkennung einer aktiv geschalteten Mobilfunkendeinrichtung ein. Damit werden auch Informationen darüber zugänglich, wer mit wem wann wie lange telefoniert, welche SMS-Verbindung gewählt oder welche Verbindung im Internet benutzt hat. Nach § 30 Abs. 4 Nds. SOG ist die betroffene Person über die Datenerhebung zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung der Maßnahme möglich ist. § 30 Abs. 5 Nds. SOG benennt Ausnahmen von der Unterrichtungspflicht.

Der Beschwerdeführer wendete sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen § 33 a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG. Die Norm verletze sein Fernmeldegeheimnis. Seine Telefongespräche könnten heimlich abgehört und aufgezeichnet werden, obwohl er unbescholten sei und ohne dass gegen ihn der Verdacht einer Straftat bestehe oder von ihm eine Gefahr ausginge. Auch sein Grundrecht auf freie Meinungsäußerung sei verletzt. Ferner verletze die Regelung die Rechtsweggarantie. Da die Überwachung zu keiner Zeit mitgeteilt werde und sie auch nicht bemerkt werden könne, sei es unmöglich, während oder nach der Überwachung deren gerichtliche Kontrolle herbeizuführen.

III. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Urteil vom 27. Juli 2005 – 1 BvR 668/04 –

„§ 33a Absatz 1 Nummer 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes vom 11. Dezember 2003 (Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 414) und in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 2005 (Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 9) ist mit Artikel 10 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.“

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

1. Die angegriffenen Regelungen sind formell verfassungswidrig

a) Im Änderungsgesetz fehlt der nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG (Zitiergebot) erforderliche Hinweis auf die Einschränkung des Art. 10 Abs. 1 GG (Fernmeldegeheimnis). Die Nichtbeachtung des Zitiergebots bleibt für die Wirksamkeit des angegriffenen Gesetzes aber ohne Konsequenzen.

b) Der niedersächsische Gesetzgeber hat seine Gesetzgebungskompetenz durch die Regelungen über die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten überschritten. Die Telekommunikationsüberwachung ist nicht auf die Verhütung von Straftaten beschränkt, sondern sieht in § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG auch die „Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten“ als eigenständiges Tatbestandsmerkmal vor. Die Daten werden also zur Verwertung in einem künftigen Strafverfahren und damit zur Strafverfolgung erhoben. Eine solche Verfolgungsvorsorge gehört zum gerichtlichen Verfahren im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und daher zur konkurrierenden Gesetzgebung.

Von der konkurrierenden Gesetzgebung zur Strafverfolgung hat der Bundesgesetzgeber im Bereich der Telekommunikationsüberwachung abschließend Gebrauch gemacht und sich dabei gegen zusätzliche, in das erweiterte Vorfeld einer Straftat vorgelagerte Maßnahmen entschieden. Dem Erfordernis eines frühzeitigen Einsatzes der Telekommunikationsüberwachung hat der Bundesgesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er die Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen bereits im Vorbereitungsstadium zulässt. Die gezielten Eingrenzungen könnten hinfällig werden, wenn die Länder vergleichbare Maßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung ebenfalls mit dem Ziel der Sicherung späterer Strafverfolgung unter anderen, etwa geringeren, Voraussetzungen normieren könnten.

2. Die angegriffenen Normen sind auch in materieller Hinsicht nicht mit der Verfassung vereinbar.

a) Die weite Ermächtigung des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG zur Verhütung und zur Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten wird dem Bestimmtheitsgebot nicht gerecht.

Die Telefonüberwachung nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG setzt voraus, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass jemand in der Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird. Das Gesetz setzt nicht einen konkreten, in der Entwicklung begriffenen Vorgang, dessen Planung oder eine Vorbereitungshandlung voraus. Es genügt die auf Tatsachen gegründete Annahme, dass jemand Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird. Das Gesetz enthält keine einschränkenden Tatbestandsmerkmale, die die – gerade im Bereich der Vorfeldermittlung schwierige – Abgrenzung eines harmlosen von dem in eine Straftatenbegehung mündenden Verhaltens ermöglichen. Die Ausrichtung auf „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ trägt nicht zu einer Präzisierung bei. Dieses Tatbestandsmerkmal bietet keine Anhaltspunkte dafür, wann ein Verhalten auf die künftige Begehung solcher Straftaten hindeutet. Nicht hinreichend bestimmt ist ferner die Regelung in § 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG, die zur Überwachung der Telekommunikation bei Kontakt- oder Begleitpersonen ermächtigt. Zu der Unsicherheit, wer als potenzieller Straftäter in Betracht kommt, tritt hier die Unklarheit, die mit dem Begriff der Kontakt- oder Begleitperson verbunden ist. Nach der gesetzlichen Definition ist dies jede Person, die mit dem potenziellen Straftäter so in Verbindung steht, dass durch sie Hinweise über die angenommene Straftat gewonnen werden können. Wann dies der Fall ist, lässt das Gesetz aber offen.

b) Die angegriffenen Normen genügen auch nicht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit. Die Überwachung der Telekommunikation auf der Grundlage des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG ermöglicht einen schwerwiegenden Eingriff in das Fernmeldegeheimnis. Durch die Datenerhebung lassen sich Einblicke insbe-

sondere in das Kommunikationsverhalten, das soziale Umfeld sowie persönliche Gewohnheiten der überwachten Person gewinnen. Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit dürfen nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Zwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Die Datenerhebung hat den legitimen Zweck, Straftaten von erheblicher Bedeutung zu verfolgen und zu verhüten. Das Gewicht dieses Belanges ist von dem durch die Norm geschützten Rechtsgut und der Intensität seiner Gefährdung abhängig. Begnügt sich das Gesetz mit nicht näher eingegrenzten Tatsachen, die die Annahme einer künftigen Straftat rechtfertigen, kann der schwere Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis nur dann als angemessen bewertet werden, wenn der zu schützende Gemeinwohlbelang allgemein sowie im konkreten Fall überragend wichtig ist. Eine solche Einengung aber fehlt in dem Gesetz.

Auch das Tatbestandsmerkmal der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ trägt den Anforderungen an das besondere Gewicht des zu verfolgenden Rechtsguts nicht Rechnung. Den im Gesetz aufgeführten Straftaten ist schon kein auf die Besonderheiten der Telekommunikationsüberwachung im Vorfeld zugeschnittenes gesetzgeberisches Konzept zu entnehmen, das sich auf den Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter bezieht und beschränkt. Auch enthält das Gesetz keine abschließende Umschreibung der Straftaten. Eine einengende Auslegung des Begriffs der Straftaten von erheblicher Bedeutung ist ausgeschlossen. Das Defizit an Normenklarheit würde dadurch nur verschärft.

Hinzu kommt, dass § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG die für die Prognose und die Abwägung nutzbaren Tatsachen nicht hinreichend umschreibt. Die Bestimmtheitsmängel wirken sich auf die Prüfung der Angemessenheit aus. Denn es fehlt an einem Maßstab für die abwägende Prüfung, ob die tatsächlichen Anhaltspunkte des Gewichts des gefährdenden Rechtsguts ausreichen.

c) Schließlich enthält das Gesetz auch keine hinreichenden Vorkehrungen zur Vermeidung von Eingriffen in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Zwar gelten für die Telekommunikationsüberwachung nicht die für die Wohnraumüberwachung in dem Urteil des Senats zum Großen Lauschangriff (BVerfGE 109, 279) dargelegten Anforderungen. Wegen des Risikos, dass die Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst, ist sie aber allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und einer hohen Intensität der Gefährdung hinzunehmen. Ferner müssen konkrete Anhaltspunkte auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lassen. Erforderlich sind auch Sicherungen, dass Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht verwertet und dass sie unverzüglich gelöscht werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen ist. An derartigen Regelungen aber fehlt es im Gesetz.

IV. Kommentar

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Nichtigkeit der vorbeugenden Telekommunikationsüberwachung im Niedersächsischen Polizeigesetz kann als wichtiger Sieg für die Persönlichkeitsrechte und als richtungsweisendes Urteil be-

wertet werden. Das Gericht hat deutliche Grenzen für eine heimliche Telefonüberwachung durch die Polizei gesetzt und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Bürger bestätigt. Ein in der in letzter Zeit oft beschrittener Weg, Grundrechte zur Disposition zu stellen, um die staatliche Strafverfolgung oder -vorbeugung zu perfektionieren, wird nun nicht mehr so „einfach“ möglich sein. Das Urteil wird weit über Niedersachsen hinaus Wirkungen haben und zur Überprüfung vergleichbarer Polizei- und Verfassungsschutzgesetze der Länder Anlass sein oder zumindest sein können.

Der niedersächsische Innenminister hatte bei der Verabschiedung des beanstandeten Gesetzes betont, dass sein Land mit der vorsorglichen Telekommunikationsüberwachung sein Polizeigesetz „optimieren“ und „zukunftsorientiert“ gestalten werde und davon gesprochen, dass es „nicht nachvollziehbar“ sei, warum dabei nicht „alle technischen Möglichkeiten einschließlich des Einsatzes des IMSI-Catchers“ genutzt werden sollten, um „erkannte Gefahrensituationen bereits im Vorfeld konkreter Strafermittlungsverfahren effizient bekämpfen zu können.“ Eben das sieht das Bundesverfassungsgericht aber anders. Die beklagten Klauseln sind nach Ansicht der Richter ein klarer Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis. Der niedersächsische Gesetzgeber hat – wie sie sagen – seine Gesetzgebungskompetenz durch die Regelungen über die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten überschritten. Diese Zuständigkeit liege beim Bund, der sich „dabei gegen zusätzliche, in das erweiterte Vorfeld einer Straftat vorgelagerte Maßnahmen entschieden“ habe. Laut der Strafprozessordnung sind vorbeugende Abhörmaßnahmen zwar nicht gänzlich ausgeschlossen. So ist die Telefonüberwachung etwa bei terroristischen Straftaten bereits im Planungsstadium unter der Beachtung strenger Vorgaben zulässig. Nach dem Niedersächsischen Polizeigesetz sollte es Ermittlern möglich sein, die Telefone und die Internetkommunikation nebst Verbindungs- und Standortdaten von Personen zu überwachen, „bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden“. Die Polizei sollte zudem mit einer richterlichen Anordnung sogar „Kontakt- und Begleitpersonen“ in die Ermittlungen mit einbeziehen können. Derartige Regelungen geben nun tatsächlich Grund für die Vermutung oder Befürchtung, dass Personen in Netzfahndungen geraten, nur weil sie – wie der klagende Richter ausführte – abends auch gern einmal in einer Kneipe mit Lenin-Büste ein Bier trinken und sich mit anderen Gästen unterhalten. Zu den Fällen, in denen die neuen Befugnisse laut dem niedersächsischen Innenstaatssekretär Roland Koller bisher angewendet wurden, gehört tatsächlich eine Abhöraktion gegen einen Göttinger Studenten aufgrund des Verdachts der Teilnahme an Kundgebungen gegen einen Castor-Transport. Die zuständige Staatsanwaltschaft hatte das Verfahren im November 2004 aber eingestellt.

Es ist richtig, dass schwammige Normen kritisiert werden, wenn sie „nicht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit“ genügen. Es ist richtig, einen schweren Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis nur dann als angemessen zu bewerten, wenn der zu schützende Gemeinwohlbelang allgemein sowie im konkreten Fall überragend wichtig ist. Eine solche Einengung fehlt eben in dem kritisierten Gesetz – und das angeführte Tatbestandsmerkmal der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ macht die Sache auch nicht klarer.

Die Reaktionen auf das Urteil in Polizeikreisen können ein gewisses vorläufiges Verständnis finden. Von der Gewerkschaft der Polizei wird die „Schaffung von Rechtssicherheit“ begrüßt und der Begriff der „vorsorgenden Strafverfolgung“ als „an sich paradox“ bezeichnet. Zu Recht wird gesagt, dass dies die Polizei bei der Bevölkerung als „Oberverdachtsschöpfer“ in ein schlechtes Licht rücken könnte. Die Deutsche Polizeigewerkschaft beklagt dagegen, dass „die Strafverfolgung im Bereich des Terrorismus deutlich schwerer fallen wird.“ So verständlich das eine wie das andere sein mag – letztlich ist es unerträglich, die Bürger einem Generalverdacht auszusetzen.

Die Frage nach den Befugnissen der Polizei hat eine grundsätzliche Bedeutung angesichts der Bedrohungen und Sicherheitsprobleme (etwa Terrorismus oder Wirtschafts- und Drogenkriminalität). Die Antworten dürfen nicht so ausfallen, dass die Arbeit der Polizei behindert wird. Sie dürfen aber auch nicht so ausfallen, dass mit dem Ziel des Schutzes der Sicherheit und Ordnung der Schutz der Bürgerrechte gering geachtet wird. Aus einer machtvoll agierenden Polizei kann schnell eine übermächtige Polizei werden. Die Juristen- und Politiker-Diskussionen über die Rechtsgrundlagen der Arbeit der Polizei sollten nicht von der politischen Frage nach den Gründen der Bedrohungen der Sicherheit und Ordnung ablenken. Diese Gründe haben oft mit Defiziten sozialer Gerechtigkeit und politischem Fundamentalismus zu tun und mit Defiziten politischer Bildungsmöglichkeiten und tatsächlicher Bildung.

In der gesellschaftlichen Wirklichkeit kann es keine Freiheit geben, wenn es keine Sicherheit gibt, und zugleich können Sicherheitsgesetze, die massive staatliche (polizeiliche) Eingriffe erlauben, die Freiheit beschränken und zur Verunsicherung führen. Wir hätten dann Unsicherheit durch Sicherheitsgesetze als Reaktion auf eine politisch unsichere Welt.

