

§ 28

Besondere Mittel der verdeckten Datenerhebung

(1) Die Polizei kann personenbezogene Daten durch den Einsatz besonderer Mittel der verdeckten Datenerhebung nach Absatz 2 erheben über

1. die Verantwortlichen nach den §§ 4 und 5 und unter den Voraussetzungen des § 7 über die dort genannten Personen, soweit die Datenerhebung zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist,
2. Personen, bei denen durch Tatsachen begründete Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie zukünftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen und die Datenerhebung zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich ist,
3. Kontakt- und Begleitpersonen (§ 26 Abs. 3 Satz 2), soweit die Datenerhebung zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist, und
4. Personen im Umfeld einer in besonderem Maß als gefährdet erscheinenden Person, soweit die Datenerhebung zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist.

Die Datenerhebung darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(2) Besondere Mittel der verdeckten Datenerhebung im Sinne dieses Gesetzes sind

1. die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person, die durchgehend länger als 24 Stunden oder über einen Zeitraum von mehr als einer Woche durchgeführt werden soll (längerfristige Observation),
2. der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufzeichnungen sowie zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes,
3. der Einsatz von Polizeibeamten unter einer ihnen auf Dauer angelegten Legende (verdeckte Ermittler),
4. der Einsatz von Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist (Vertrauenspersonen), und
5. der Einsatz technischer Mittel zur Feststellung des jeweiligen Standortes einer Person oder eines Fahrzeuges.

(3) Straftaten von erheblicher Bedeutung im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Verbrechen und
2. Vergehen, die im Einzelfall nach Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören, soweit sie

- a) sich gegen Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder bedeutende Sach- oder Vermögenswerte richten,
- b) auf den Gebieten des unerlaubten Waffen- oder Betäubungsmittelverkehrs, der Geld- und Wertzeichenfälschung oder des Staatsschutzes (§§ 74a und 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes) begangen werden, oder
- c) gewerbs-, gewohnheits-, serien- oder bandenmäßig oder sonst organisiert begangen werden.

(4) Die Datenerhebung nach Absatz 1 darf nur durch die Behördenleitung oder durch einen von ihr besonders beauftragten Beamten des höheren Dienstes angeordnet werden. Sie ist zu befristen und kann wiederholt angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug können besondere Mittel nach Absatz 2 Nr. 2 und 5 vorläufig eingesetzt werden; eine Entscheidung nach Satz 1 ist unverzüglich nachzuholen. Der Einsatz besonderer Mittel nach Absatz 2 Nr. 2 bis 4, der länger als sieben Tage durchgeführt werden soll oder durchgeführt wird, bedarf der richterlichen Entscheidung. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Polizeidienststelle ihren Sitz hat. § 21 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(5) Nach Absatz 1 erlangte personenbezogene Daten dürfen für einen anderen Zweck verwendet werden, soweit dies zur Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (Absatz 3), zur Abwehr einer dringenden Gefahr oder zur vorbeugenden Bekämpfung einer Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Die Zweckänderung der Daten muss im Einzelfall festgestellt und dokumentiert werden.

(6) Soweit es zur Geheimhaltung der wahren Identität des verdeckten Ermittlers erforderlich ist, dürfen entsprechende Urkunden hergestellt, verändert und gebraucht werden. Ein verdeckter Ermittler darf zur Erfüllung seines Auftrages unter Geheimhaltung seiner wahren Identität am Rechtsverkehr teilnehmen sowie mit Einverständnis des Berechtigten, nicht jedoch unter Vortäuschung eines Zutrittsrechts, dessen Wohnung betreten. Soweit es zur Geheimhaltung der Zusammenarbeit einer Vertrauensperson mit der Polizei erforderlich ist, gilt Satz 1 entsprechend.

Erläuterungen

Übersicht

- I. Allgemeines
 - 1. Entstehungsgeschichte der Vorschrift
 - 2. Betroffene Grundrechte (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 1 GG)

- II. Voraussetzungen der verdeckten Datenerhebung (Abs. 1)
- III. Besondere Mittel der verdeckten Datenerhebung (Abs. 2)
- IV. Straftaten von erheblicher Bedeutung (Abs. 3)
- V. Behördenleiter- und Richtervorbehalt; Befristung der Maßnahme (Abs. 4)
- VI. Zweckänderung (Abs. 5)
- VII. Geheimhaltung der Identität eines verdeckten Ermittlers oder einer Vertrauensperson; Befugnisse des verdeckten Ermittlers (Abs. 6)

I. Allgemeines

1. Entstehungsgeschichte der Vorschrift

§ 28 POG wurde durch Gesetz vom 2. März 2004 (GVBl. S. 202) geschaffen. Die Vorgängerregelung in § 25b, die durch Gesetz vom 26. März 1986 (GVBl. S. 77) in das damalige Polizeiverwaltungsgesetz eingefügt worden war, enthielt eine allgemein gehaltene, nicht bereichsspezifische Ermächtigung zur verdeckten Informationserhebung durch den Einsatz „bestimmter besonderer technischer Mittel oder Personen“. Durch Gesetz vom 15. Februar 2011 (GVBl. S. 26) wurde die in § 28 Abs. 4 POG a. F. enthaltene Regelung zum Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsheimnisträger gestrichen, weil deren Inhalt in der neu geschaffenen Vorschrift des § 39b POG aufging, die den Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsheimnisträger für alle verdeckten Datenerhebungen regelt.

2. Betroffene Grundrechte (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 1 GG)

a) Verdeckte Datenerhebungen mit besonderen Mitteln greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als besonderer Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein (vgl. dazu Erl. I.2 zu § 26).

b) Umstritten ist, ob ein Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 Abs. 1 GG vorliegt, wenn ein verdeckter Ermittler (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 POG) im Rahmen seiner Ermittlungen eine Wohnung betritt, weil ihm der Wohnungsinhaber, der nicht weiß, dass er es mit einem verdeckten Ermittler zu tun hat, den Zutritt gewährt. Gegen einen Eingriff spricht der Umstand, dass der verdeckte Ermittler die Wohnung mit Einverständnis des Wohnungsinhabers betritt. Andererseits wird dieses Einverständnis durch Täuschung erschlichen, denn der Wohnungsinhaber irrt sich über die wahre Identität des verdeckten Ermittlers. Deshalb könnte das Einverständnis unwirksam

sein. Hiergegen wiederum ließe sich einwenden, dass zwar ein Irrtum vorliegt, dieser aber die Wirksamkeit des Einverständnisses unberührt lässt, weil er nur den von Art. 13 Abs. 1 GG nicht geschützten Willensbildungsprozess, nicht hingegen speziell das Zutrittsrecht des verdeckten Ermittlers betrifft. Nach dieser Auffassung liegt ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG nur vor, wenn die Täuschung des verdeckten Ermittlers gerade auf das Verschaffen des Wohnungszutritts gerichtet war (Herdegen, in: Bonner Kommentar, Art. 13 Rn. 45). Nach Ansicht von Hilger liegt im bloßen Mitgehen des verdeckten Ermittlers in eine Wohnung kein hoheitlicher Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG, da dieser hier nicht von sich aus in hoheitlicher Funktion tätig werde (Hilger, NStZ 1997, S. 449 f.). Dagegen spricht jedoch, dass der verdeckte Ermittler trotz des zivilen Anscheins die Wohnung als Polizeibeamter im Rahmen seines gefahrenabwehrrechtlichen oder strafprozessualen Ermittlungsauftrags betritt (vgl. zum Streitstand Schneider, NStZ 2004, 359 (365 ff.); BGH, Urteil vom 6. Februar 1997 – 1 StR 527/96 – juris, Rn. 13 ff.). Eine verbreitete Auffassung im Schrifttum geht jedenfalls davon aus, dass das Betreten einer Wohnung unter einer Legende stets einen Eingriff in das Wohnungsgrundrecht darstellt, weil der Wohnungsinhaber darüber getäuscht wird, dass ein Polizeibeamter die Wohnung betritt (Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 375, Rn. 257; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 13 Rn. 10; Hauck, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110c Rn. 17). In der Rechtsprechung ist die Frage eines Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 GG – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden worden. Geht man von einem Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG aus, stellt sich die Frage nach seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Grundrechtseingriffe zu Strafverfolgungszwecken sind nach Art. 13 Abs. 2 und 3 GG explizit nur bei Durchsuchungen und dem Einsatz technischer Mittel zur akustischen Überwachung erlaubt. § 110c Abs. 1 Satz 1 StPO, der das Betreten der Wohnung durch einen verdeckten Ermittler gestattet, könnte deshalb verfassungswidrig sein (vgl. hierzu Hauck, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 110c Rn. 19 ff.; Frister, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 701, Rn. 332). Im präventiven Bereich sind hingegen nach Art. 13 Abs. 7 GG auch sonstige Eingriffe und Beschränkungen in Art. 13 Abs. 1 GG zugelassen, wenn sie der Abwehr einer gemeinen Gefahr oder Lebensgefahr oder der Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dienen. Soweit ein verdeckter Ermittler eine Wohnung im Zuge der vorbeugenden Straftatenbekämpfung betritt, stellt sich dann aber die Frage, ob Art. 13 Abs. 7 GG auch Grundrechtseingriffe im Vorfeld konkreter Gefahren rechtfertigen kann. Der Gesetzgeber ging wohl davon aus, dass das Betreten einer Wohnung durch einen verdeckten Ermittler keinen Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG darstellt, denn in dem Gesetz vom 2. März 2004 (GVBl. S. 202), mit dem § 28 POG geschaffen wurde, findet sich – entgegen dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG – kein Hinweis darauf, dass das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG eingeschränkt wird.

II. Voraussetzungen der verdeckten Datenerhebung (Abs. 1)

1. Abs. 1 benennt die Tatbestandsvoraussetzungen für den Einsatz besonderer Mittel der verdeckten Datenerhebung. Zweck der Maßnahmen ist entweder die Abwehr konkreter Gefahren für hochrangige Rechtsgüter oder die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten.

a) **Abs. 1 Satz 1 Nr. 1** erlaubt verdeckte Datenerhebungen, soweit sie zur Abwehr einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben erforderlich sind. Konkret ist die Gefahr, wenn aufgrund eines bestimmten Sachverhalts die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die geschützten Rechtsgüter eintritt (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 144). Ferner wird festgelegt, über wen zum Zwecke der Gefahrenabwehr heimlich Daten erhoben werden dürfen. Betroffene der Datenerhebung dürfen entweder Verantwortliche nach den §§ 4 und 5 POG oder Nichtverantwortliche unter den Voraussetzungen des § 7 POG sein.

b) Nach **Abs. 1 Satz 1 Nr. 2** dürfen heimliche Datenerhebungen auch über potentielle Straftäter erhoben werden, soweit dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Hier geht es um Ermittlungen im Vorfeld konkreter Gefahren (vgl. zu dieser speziellen Problematik Erl. IV.1 zu § 26). Potentielle Straftäter im Sinne der Nr. 2 sind Personen, bei denen durch Tatsachen begründete Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie zukünftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen. Da Anhaltspunkte für künftige Straftaten auf Tatsachen beruhen müssen, sind Vorfeldermittlungen „ins Blaue hinein“ aufgrund bloßer Vermutungen unzulässig (vgl. dazu im Einzelnen Erl. IV.2 zu § 26). Straftaten von erheblicher Bedeutung sind solche, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen und geeignet sind, den Rechtsfrieden empfindlich zu stören sowie das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (BVerfG, Urteil vom 12. April – 2 BvR 581/01 – juris, Rn. 46). In Abs. 3 werden Straftaten von erheblicher Bedeutung näher konkretisiert.

c) Ebenfalls zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erlaubt **Abs. 1 Satz 1 Nr. 3** die verdeckte Datenerhebungen über Kontakt- und Begleitpersonen. Dabei handelt es sich nach der Legaldefinition in § 26 Abs. 3 Satz 2 POG um Personen, die mit potentiellen Straftätern in der Weise in Verbindung stehen, dass durch Tatsachen begründete Anhaltspunkte für ihren objektiven Tatbezug sprechen (vgl. im Einzelnen Erl. IV.6 zu § 26). Verdeckte Datenerhebungen mit besonderen Mitteln werden insbesondere zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität eingesetzt. Für eine effektive Bekämpfung ist es notwendig, die Strukturen der Organisierten Kriminalität zu erforschen und Erkenntnisse zu den Hintermännern zu erlangen, zu denen der

Polizei in der Regel zunächst keine näheren Informationen vorliegen. Die Hintermänner werden von dem Begriff der Kontakt- und Begleitperson erfasst, da sie als Auftraggeber in den Handlungskomplex der Straftatenbegehung verwickelt sind (Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 390, Rn. 295). Dementsprechend dürfen verdeckte Ermittler oder Vertrauenspersonen auch dazu eingesetzt werden, um Informationen über die der Polizei noch nicht bekannten, aber vermuteten Hintermänner zu beschaffen. In der Gesetzesbegründung wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besonders hervorgehoben und ausgeführt, dass eine Datenerhebung über Kontakt- und Begleitpersonen nur als ultima ratio in Betracht kommt, wenn andere Maßnahmen – insbesondere gegen potentielle Straftäter – ausscheiden und ohne die Einbeziehung der Kontakt- und Begleitpersonen in die Datenerhebung eine Verhinderung künftiger Straftaten zweifelhaft erscheint (LT-Drs. 14/2287, S. 44). Für den Fortbestand krimineller Organisationen sind gerade die Hintermänner von zentraler Bedeutung, so dass eine Datenerhebung über diese Personen zur vorbeugenden Straftatenbekämpfung in der Regel erforderlich ist und damit auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.

d) Schließlich dürfen gem. **Abs. 1 Satz 1 Nr. 4** Daten über Personen im (räumlichen) Umfeld einer in besonderem Maß als gefährdet erscheinenden Person erhoben werden, wenn dies zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist. Erforderlich ist die Datenerhebung nur, wenn und soweit hierdurch Erkenntnisse gewonnen werden können, die für den Schutz der bedrohten Person von Bedeutung sind.

e) Nach **Abs. 1 Satz 2** darf die Datenerhebung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden. Dritte sind Personen, die in keiner Beziehung zum anlassgebenden Sachverhalt stehen und deren Daten nur bei Gelegenheit des Einsatzes unvermeidbar miterhoben werden. So können etwa bei Ton- oder Bildaufzeichnungen zwangsläufig unbeteiligte Dritte erfasst werden, wenn sie sich am selben Ort wie der eigentlich Überwachte aufhalten.

III. Besondere Mittel der verdeckten Datenerhebung (Abs. 2)

Abs. 2 benennt die besonderen Mittel der verdeckten Datenerhebung, die zur Gefahrenabwehr und zur Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung eingesetzt werden können. Da es sich um verdeckte Maßnahmen der Datenerhebung handelt, ist die Regelung des § 39a Abs. POG zu beachten, die für Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung ein absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot statuiert.

1. **Abs. 2 Nr. 1** regelt die **längerfristige Observation**. Ziel einer präventiv-polizeilichen Datenerhebung durch Observation ist zumeist nicht die Abwehr

konkreter Gefahren, sondern die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten. Durch heimliche Vorfeldermittlungen sollen Sachverhalte aufgeklärt und Erkenntnisse zu bestimmten Personen gewonnen werden, von denen angenommen wird, dass sie Straftaten begehen werden (OVG Saarland, Urteil vom 6. September – 3 A 13/13 – juris, Rn. 48; VG Freiburg, Urteil vom 14. Februar 2013 – 4 K 1115/12 – juris, Rn. 31). Gegebenenfalls kann die Observation auch der Abwehr konkreter Gefahren dienen, so etwa, wenn sie zur Vorbereitung eines Zugriffs auf zur Ausführung eines terroristischen Anschlags bereite Täter eingesetzt wird (Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 384, Rn. 283). Soll eine längerfristige Observation unter Verwendung technischer Hilfsmittel – wie z. B. eines Peilsenders oder einer Kamera – durchgeführt werden, ist dies nur zulässig, wenn auch die insoweit geltenden gesetzlichen Vorgaben beachtet werden. So steht etwa der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufzeichnungen nach § 28 Abs. 4 Satz 4 POG unter Richtervorbehalt, wenn der Einsatz länger als sieben Tage durchgeführt werden soll oder durchgeführt wird.

a) Die längerfristige Observation wird definiert als planmäßig angelegte Beobachtung einer Person, die durchgehend länger als 24 Stunden oder über einen Zeitraum von mehr als einer Woche durchgeführt werden soll. Längerfristig ist eine Observation demnach entweder bei einer ununterbrochenen Rundum-die-Uhr-Beobachtung einer Person von mehr als 24 Stunden oder bei wiederholten zeitweiligen Beobachtungen, die über einen Zeitraum von mehr als einer Woche durchgeführt werden sollen. Keine längerfristige Observation liegt danach vor, wenn eine Person täglich 23 Stunden über die Dauer von sieben Tagen beobachtet werden soll. Längerfristig ist eine Observation aber, wenn eine Person über einen Zeitraum von zwei Wochen täglich nur eine Stunde beobachtet wird. Verglichen mit der strafprozessualen Regelung der längerfristigen Observation in § 163 f Abs. 1 Satz 1 StPO, nach der eine Observation bereits dann längerfristig ist, wenn sie an mehr als zwei Tagen stattfinden soll, erscheint der hier gewählte Zeitraum von mehr als einer Woche gerade auch mit Blick auf die Schwere des mit einer Observation verbundenen Grundrechtseingriffs sehr lang. Die Zulässigkeit von Observationen, die nicht längerfristig i. S. d. § 28 Abs. 2 Nr. 1 POG sind, richtet sich nach den Voraussetzungen des § 26 POG.

b) Eine längerfristige Observation liegt nicht nur dann vor, wenn sie von vornherein auf eine Überschreitung der in Abs. 2 Nr. 1 genannten Fristen gerichtet ist, sondern auch dann, wenn sich während einer zunächst nur kurzzeitig geplanten Observation herausstellt, dass die genannten Fristen überschritten werden. Grundsätzlich ist vor Beginn der Maßnahme zu entscheiden, ob die Observation längerfristig oder kurzfristig sein soll.

c) Definitionsgemäß setzt eine Observation die Beobachtung einer Person voraus. Keine Observation liegt deshalb bei einer objektbezogenen Beobachtung vor. Ob es sich um eine personenbezogene oder eine objektbezogene Beobachtung handelt, richtet sich nach Ansicht des VG Cottbus nach der Zielrichtung des polizeilichen Handelns (VG Cottbus, Beschluss vom 13. März 2008 – 3 L 59/08 – juris, Rn. 6). Wird ein Objekt – z. B. ein Tattoostudio oder eine Wohnung – beobachtet, um Informationen zu einer bestimmten Person zu erlangen, handelt es sich um eine Observation. Soll durch die Beobachtung festgestellt werden, welche Personen an diesem Ort verkehren, liegt keine Observation vor (VG Cottbus, Beschluss vom 13. März 2008 – 3 L 59/08 – juris, Rn. 6 f.; vgl. auch Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 382, Rn. 278).

d) Obgleich Observationen in der Regel heimlich durchgeführt werden, ist sie ihrem Wesen nach nicht auf eine heimliche Beobachtung beschränkt (Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 383, Rn. 279; VG Cottbus, Beschluss vom 13. März 2008 – 3 L 59/08 – juris, Rn. 10 zu einer offen durchgeführten Observation eines Tattoostudios). Im Unterschied zu den Regelungen in den Polizeigesetzen anderer Länder (vgl. z. B. § 32 PolAufg BB; § 28 Abs. 2 Nr. 1 PolG SL; § 16a PolG NW) bezieht sich § 28 POG entsprechend seiner Überschrift allerdings nur auf verdeckte Datenerhebungen, sodass eine offen durchgeführte Beobachtung nicht auf § 28 POG gestützt werden kann.

e) Für längerfristige offene Beobachtungen, die regelmäßig mit einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff verbunden sind, enthält das Polizei- und Ordnungsbehördengesetz keine Rechtsgrundlage. Eine gewissen Bekanntheitsgrad erreichte die offene Observation von **ehemals sicherungsverwahrten Sexual- und Gewaltstraftätern**, die in Folge eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden mussten, obwohl sie nach wie vor als hochgradig rückfallgefährdet galten (EGMR, Urteil vom 17. Dezember – 19359/04; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2333/08 u. a.). Der EuGH hatte festgestellt, dass die rückwirkende Verlängerung einer ursprünglich auf maximal zehn Jahre befristeten Sicherungsverwahrung gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) und Art. 7 Abs. 1 EMRK (keine Strafe ohne Gesetz) verstieß. Eine rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung durch die Vollstreckungsgerichte war möglich geworden, nachdem im Jahre 1998 die frühere Höchstfrist einer Sicherungsverwahrung von zehn Jahren gestrichen worden war. Die Entfristung eröffnete die Möglichkeit, die Fortdauer der Sicherungsverwahrung auch für solche rückfallgefährdeten Straftäter anzuordnen, die ihre Straftat zu einem Zeitpunkt begangen hatten, in dem die Höchstfrist der Sicherungsverwahrung noch bei zehn Jahren lag. Da die Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht keine Strafe, sondern eine (rein präventive) Maßregel der Besserung und Sicherung ist, gilt das strafrechtliche Rückwirkungsverbot nicht, das nur die rückwirkende Anwendung strafbegründender und strafverschärfender Gesetze verbietet (vgl.

§ 2 Abs. 6 StGB). Der EuGH stufte jedoch die Sicherungsverwahrung wegen ihrer ähnlichen Vollzugspraxis als „Strafe“ i. S. d. Art. 7 Abs. 1 EMRK ein (EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2009 – 19359/04 – juris, Rn. 122). Mit Urteil vom 4. Mai 2011 hat das BVerfG die rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt. Für den Zeitraum bis zu einer gesetzlichen Neuregelung der Sicherungsverwahrung hat das BVerfG vorgegeben, dass alle betroffenen Sicherungsverwahrten spätestens bis zum 31. Dezember 2011 freizulassen sind, es sei denn, der Betroffene leidet an einer psychischen Störung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Therapieunterbringungsgesetz und es besteht eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten (BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2333/08 u. a.). Soweit in Folge dieser Rechtsprechung rückfallgefährdete Sexual- und Gewaltstraftäter trotz hohen Gefährdungspotentials freigelassen werden mussten, wurden diese Personen monatelang – teilweise jahrelang – rund um die Uhr von Polizeibeamten außerhalb ihrer Wohnung offen überwacht. Durch die lückenlose Überwachung sollte der Betroffene von der Begehung weiterer schwerer Straftaten abgehalten werden. Sofern er dennoch dazu angesetzt hätte, hätte die Polizei die Tat durch sofortiges Einschreiten verhindern können. Ob die offene Dauerobservation in Fällen dieser Art auf Regelungen zur längerfristigen Observation, soweit diese auch die offene Überwachung erlauben, oder auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden kann, war Gegenstand mehrerer Gerichtsverfahren. Ohne Zweifel stellt eine langfristige offene Dauerüberwachung rund um die Uhr einen schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dar, denn wer ständig von Polizeibeamten beobachtet wird, hat kaum noch die Möglichkeit, ein selbstbestimmtes und eigenverantwortliches Leben zu führen. Gleichzeitig ist hiermit eine Stigmatisierung und soziale Ausgrenzung verbunden, die einer Resozialisierung wenig förderlich sind (BVerfG, Beschluss vom 8. November 2011 – 1 BvR 22/12 – juris, Rn. 23; OVG NRW, Urteil vom 5. Juni 2013 – 5 A 607/11 – juris, Rn. 85 ff.; OVG Saarland, Urteil vom 6. September 2013 – 3 A 13/13 – juris, Rn. 60; VG Freiburg, Urteil vom 14. Februar 2013 – 4 K 1115/12 – juris, Rn. 36; Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 383, Rn. 279). Teilweise gingen die Gerichte davon aus, dass die Maßnahme auf die Regelung der jeweiligen Polizeigesetze zur längerfristigen Observation gestützt werden kann (VG Saarlouis, Urteil vom 28. November 2012 – 6 K 745/10 – juris, Rn. 20 ff.; VG Aachen, Urteil vom 24. Januar 2011 – 6 K 140/10 – juris, Rn. 51). Die obergerichtliche Rechtsprechung sah dies jedoch anders und verwies darauf, dass die längerfristige Observation eine andere, mit der Dauerüberwachung rückfallgefährdeter Straftäter nicht vergleichbare Zielrichtung habe und auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht ausreiche (OVG NRW, Urteil vom 5. Juni 2013 – 5 A 607/11 – juris, Rn. 66 ff.; OVG Saarland, Urteil vom 6. September 2013 – 3 A 13/13 – juris, Rn. 38 ff.). Die längerfristige Observation diene der

Datenerhebung über eine bestimmte Person und sei mit einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden. Demgegenüber gehe es bei der offenen Dauerobservation im Schwerpunkt nicht um Datenerhebung – diese sei nur eine Begleiterscheinung der Observation –, sondern um die Verhinderung schwerer Straftaten, deren Durchführung dem Betroffenen angesichts der Dauerpräsenz von Polizeibeamten als aussichtslos erscheinen soll. Diese Art der Dauerüberwachung stelle vorrangig einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar (OVG NRW, Urteil vom 5. Juni 2013 – 5 A 607/11 – juris, Rn. 75, 85.; OVG Saarland, Urteil vom 6. September 2013 – 3 A 13/13 – juris, Rn. 56 ff.). Letztlich kommen die Gerichte zu dem Schluss, dass es sich bei der längerfristigen Überwachung gefährlicher Sexual- oder Gewaltstraftäter um eine neue Form einer polizeilichen Maßnahme handelt, die aufgrund ihrer gravierenden Folgen für den Betroffenen einer ausdrücklichen, bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage bedürfe (OVG NRW, Urteil vom 5. Juni – 5 A 607/11 – juris, Rn. 93; OVG Saarland, Urteil vom 6. September 2013 – 3 A 13/13 – juris, Rn. 72). Deshalb sei auch die polizeiliche Generalklausel grundsätzlich nicht geeignet, solche Maßnahmen zu rechtfertigen. Angesichts des Gewichts der in Frage stehenden Rechtsgüter gingen die Gerichte jedoch davon aus, dass die polizeiliche Generalklausel zur Vermeidung gravierender Schutzlücken übergangsweise eine tragfähige Grundlage der Dauerüberwachung darstelle (OVG NRW, Urteil vom 5. Juni 2013 – 5 A 607/11 – juris, Rn. 97 ff.; OVG Saarland, Urteil vom 6. September 2013 – 3 A 13/13 – juris, Rn. 75 ff.). Dies ist vom BVerfG in Bezug auf eine Entscheidung des VGH Baden-Württemberg vom 8. November 2011 (1 S 2538/11) nicht beanstandet worden. Bei strenger Beachtung der Verhältnismäßigkeitsanforderungen dürfe – so das BVerfG – die an sich nicht ausreichende polizeiliche Generalklausel bei unvorhergesehenen Gefahrensituationen vorläufig zur Anwendung kommen. Es liege dann „in der Verantwortung des Gesetzgebers hierauf zu reagieren oder in Kauf zu nehmen, dass solche Maßnahmen von den Gerichten auf Dauer als von der geltenden Rechtslage nicht als gedeckt angesehen werden“ (BVerfG, Beschluss vom 8. November 2012 – 1 BvR 22/12 – juris, Rn. 25). Dementsprechend hat das VG Freiburg entschieden, dass die polizeiliche Generalklausel die Dauerüberwachung jedenfalls nach mehr als zweieinhalb Jahren, die der Gesetzgeber ungenutzt hat verstreichen lassen, nicht mehr rechtfertigen kann (VG Freiburg, Urteil vom 14. Februar 2013 – 4 K 1115/12 – juris, Rn. 37 ff.).

2. Abs. 2 Nr. 2 regelt den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufzeichnungen sowie zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes. Technische Mittel in diesem Sinne sind z. B. Minisender, Kameras, Mikrophone oder Aufzeichnungsgeräte. Verdeckt ist ihr Einsatz, wenn die Verwendung der technischen Mittel bewusst verschleiert wird und für den Betroffenen nicht erkennbar sein soll. Der verdeckte Einsatz technischer Mittel ist auf der Grundlage des § 28 POG nur außerhalb von durch Art. 13

Abs. 1 GG geschützten Wohnungen zulässig (z. B. in einem PKW). Sollen durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel Daten in oder aus Wohnungen erhoben werden, müssen die Voraussetzungen des § 29 POG erfüllt sein.

3. Abs. 2 Nr. 3 nennt als besonderes Mittel der verdeckten Datenerhebung den Einsatz eines **verdeckten Ermittlers** und definiert diesen als Polizeibeamten, der unter einer ihm auf Dauer angelegten Legende ermittelt.

a) Die Begriffsbestimmung orientiert sich an § 110a Abs. 2 StPO (LT-Drs. 14/2287, S. 44). Unter einer Legende versteht man eine zu Tarnungszwecken auf Dauer angelegte, veränderte Identität eines Beamten des Polizeidienstes. Name, Anschrift, Beruf, familiäre und persönliche Umstände des Beamten werden durch erfundene Angaben ersetzt, damit er unter Täuschung über seine wahre Identität verdeckt ermitteln kann (Meyer-Goßner, StPO, § 110a Rn. 7). Dass der Staat sich der Methode der Täuschung bedienen darf, ist in einem freiheitlich-demokratisch geprägten Land nicht selbstverständlich, zur Bekämpfung gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität aber teilweise unumgänglich, da anderenfalls der staatliche Auftrag zur Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung nicht erfüllt werden könnte. Insbesondere in konspirativ agierenden Kreisen der Organisierten Kriminalität oder des internationalen Terrorismus können Ermittlungsmethoden erforderlich sein, „die es erlauben, in das Innere der kriminellen Organisationen einzudringen“ (BT-Drs. 12/989, S. 41). Im Strafverfahrensrecht sind verdeckte Ermittler und Vertrauenspersonen schon seit Mitte der 1980er Jahre Gegenstand gemeinsamer Richtlinien der Justiz- und Innenminister des Bundes und der Länder (vgl. Anlage D zur RiStBV; abgedruckt bei Meyer-Goßner, StPO). Bereits vor Einführung des § 110a StPO durch Gesetz vom 15. Juli 1992 (BGBl. I S. 1302) war höchstrichterlich anerkannt, dass die Polizei unter bestimmten Voraussetzungen verdeckte Ermittler einsetzen darf (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. April 1991 – 2 BvR 196/91). Keinesfalls aber dürfen durch deren Einsatz rechtsstaatliche Prinzipien missachtet werden (Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 373 f., Rn. 251). Straftaten darf ein verdeckter Ermittler grundsätzlich nicht begehen, auch nicht sog. milieubedingte (Frister, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 702, Rn. 335; Meyer-Goßner, StPO, § 110c Rn. 4). Zulässig ist aber die Vortäuschung der Begehung von Straftaten (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 26. Mai 2010 – 1 Ws 241/09 – juris, Rn. 45).

b) Nicht jeder verdeckt operierende Polizeibeamter, selbst wenn er einen falschen Namen verwendet, ist ein verdeckter Ermittler im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 POG. Maßgeblich ist, ob er unter einer auf Dauer angelegten Legende agiert. Dies ist der Fall, wenn sein Ermittlungsauftrag über wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen hinausgeht, mit der Folge, dass eine unbestimmte Vielzahl von Personen über die Identität des Beamten getäuscht wird. Ferner muss von vornherein absehbar sein, dass der Schutz des Beamten seine

Geheimhaltung auch für die Zukunft erfordert (BGH, Urteil vom 6. Februar 1997 – 1 StR 527/96 – juris, Rn. 10). Polizeibeamte, die etwa nur gelegentlich als Scheinaufkäufer von Betäubungsmitteln auftreten, sind danach keine verdeckten Ermittler (BGH, Urteil vom 6. Februar 1997 – 1 StR 527/96 – juris, Rn. 11). Auch verdeckt im Internet – etwa in Chatrooms – ermittelnde Polizeibeamte sind keine verdeckten Ermittler (Meyer-Goßner, StPO, § 110a Rn. 4). Die Vorgaben für den Einsatz verdeckter Ermittler, insbesondere der Behördenleiter- und Richtervorbehalt in § 28 Abs. 4 POG, gelten für nicht offen ermittelnde Polizeibeamte, die keine verdeckten Ermittler sind, nicht.

4. Abs. 2 Nr. 4 erlaubt den Einsatz von Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist (**Vertrauenspersonen**). Vertrauenspersonen, die man salopp auch als „Polizeispitzel“ bezeichnen könnte, sind Privatpersonen (also keine Polizeibeamte), die die Polizei bei der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten unterstützen. Häufig stammen Vertrauenspersonen aus demselben Milieu, in dem sie von der Polizei eingesetzt werden. Grund für eine Zusammenarbeit mit der Polizei dürften nicht zuletzt finanzielle Erwägungen sein, denn die Vertrauenspersonen werden in der Regel für ihre Dienste entlohnt (Rachor, in: Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 378, Rn. 266). Obwohl Vertrauenspersonen offen agieren, handelt es sich um eine verdeckte Ermittlungsmethode, weil die Vertrauensperson Informationen über Personen sammelt, denen nicht bekannt ist, dass diese mit der Polizei zusammenarbeitet. Die Bezeichnung als „Vertrauensperson“ meint nicht, dass die Person besonders vertrauenswürdig ist, sondern bezieht sich auf die Vertraulichkeit der Zusammenarbeit mit der Polizei, die Dritten gegenüber geheim gehalten wird (Rachor, in: Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 379, Rn. 262).

Keine Vertrauenspersonen sind bloße Hinweisgeber oder polizeiliche Informanten. Im Unterschied zu Vertrauenspersonen werden diese Personen von der Polizei nicht zielgerichtet eingesetzt, um zu einem näher beschriebenen Ermittlungsauftrag zu berichten. Teilweise sind die Grenzen zwischen Informanten und Vertrauenspersonen fließend. Die bloße Bitte, „Augen und Ohren offen zu halten“ dürfte noch nicht als zielgerichteter Einsatz gewertet werden (Rachor, in: Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 378, Rn. 264).

5. Abs. 2 Nr. 5 erlaubt die Standortfeststellung einer Person oder eines Fahrzeugs durch den Einsatz technischer Mittel. Für Standortermittlungen eines Mobiltelefons oder eines sonstigen Telekommunikationsendgeräts gilt § 31a POG als speziellere Vorschrift. Technische Mittel, die für eine Standortfeststellung nach § 28 POG in Betracht kommen, sind insbesondere der herkömmliche Peilsender und das satellitengestützte Navigationssystem „Global Positioning System“ (GPS). Als Beispiel für den Einsatz solcher Mittel nennt die Gesetzesbegründung die entsprechende Präparation von Fluchtfahrzeugen bei Geiselnahmen. Damit könne die mit einer klassischen Observation durch Nachfahren

verbundene Gefährdung der Geiseln vermindert werden (LT-Drs. 14/2287, S. 44). Die für den Einsatz des technischen Mittels notwendigen Begleitmaßnahmen – wie etwa das heimliche Öffnen eines Fahrzeugs oder seine kurzzeitige Verbringung in eine Werkstatt – sind unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Wege der Annexkompetenz von § 28 POG abgedeckt (BGH, Urteil vom 24. Januar – 3 StR 324/00 – juris, Rn. 18 zu § 100c StPO a. F.).

IV. Straftaten von erheblicher Bedeutung (Abs. 3)

Abs. 3 benennt Straftaten, die von erheblicher Bedeutung sind. Hierzu gehören alle Verbrechen, d. h. alle Straftaten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind (§ 12 Abs. 1 StGB) und Vergehen, die nicht als einzelne Straftatbestände, sondern wie in § 98a und § 110a StPO generalisierend benannt werden. Vergehen sind danach Straftaten von erheblicher Bedeutung, wenn sie im Einzelfall nach Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören und unter die in den Buchstaben a) bis c) genannten Fallgruppen fallen. Sie müssen sich entweder gegen hochrangige Rechtsgüter richten, bestimmten Deliktsbereichen angehören (unerlaubter Waffen- oder Betäubungsmittelverkehr, Geld- und Wertzeichenfälschung, Staatsschutzdelikte) oder gewerbs-, gewohnheits-, serien- oder bandenmäßig oder sonst organisiert begangen werden. Trotz dieser gesetzlichen Vorgaben können im Einzelfall Unsicherheiten bestehen, ob ein Vergehen im Einzelfall von erheblicher Bedeutung ist oder nicht. Insbesondere ist unklar, was unter der „Eignung zur besonderen Störung des Rechtsfriedens“ zu verstehen ist und welche eigenständige Bedeutung diesem Merkmal neben den genannten Fallgruppen zukommen soll. So dürften die unter den Buchstaben a) bis c) genannten Fallgruppen gerade solche sein, die regelmäßig mit einer Eignung zur besonderen Störung des Rechtsfriedens einhergehen.

V. Behördenleiter- und Richtervorbehalt; Befristung der Maßnahme (Abs. 4)

1. Nach **Abs. 4 Satz 1** darf die verdeckte Datenerhebung durch den Einsatz besonderer Mittel nur durch die Behördenleitung oder durch einen von ihr besonders beauftragten Beamten des höheren Dienstes angeordnet werden. Dadurch soll eine unvoreingenommene und ausgewogene Entscheidung sichergestellt werden (LT-Drs. 14/2287). Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass diese Personen aufgrund ihres Amtes und ihrer Berufserfahrung über besondere Sach- und Rechtskenntnisse verfügen, die es ihnen ermöglichen, die grundrechtlich geschützten Belange des Betroffenen angemessen zu berücksichtigen (Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 393, Rn. 307).

2. Nach **Abs. 4 Satz 2** ist die Maßnahme zu befristen und kann wiederholt angeordnet werden. Da keine zulässige Höchstfrist vorgegeben wird und die Maßnahme wiederholt angeordnet werden kann, dürften sich die praktischen Folgen der Regelung in Grenzen halten. Dass überhaupt eine Frist festgelegt werden muss, bewirkt aber immerhin, dass sich der Anordnende über die voraussichtlich erforderliche Dauer der Maßnahme überhaupt Gedanken machen muss. Entsprechendes gilt bei wiederholter Anordnung.

3. In Eilfällen dürfen nach **Abs. 4 Satz 3** die besonderen Mittel der verdeckten Datenerhebung mit Ausnahme der Observation vorläufig eingesetzt werden. Die Entscheidung über die Anordnung der Maßnahme durch die Behördenleitung oder einen von ihr besonders beauftragten Beamten des höheren Dienstes ist dann unverzüglich nachzuholen.

4. **Abs. 4 Satz 4** legt fest, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz besonderer Mittel der verdeckten Datenerhebung einer richterlichen Entscheidung bedarf. Auffällig ist, dass die längerfristige Observation (Abs. 2 Nr. 1) und der Einsatz technischer Mittel zur Feststellung des jeweiligen Standortes einer Person oder eines Fahrzeuges (Abs. 2 Nr. 5) generell keinem Richtervorbehalt unterliegen, obwohl es sich gerade auch bei einer längerfristigen Observation um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handeln kann. Warum in diesen Fällen eine Ausnahme vom Richtervorbehalt gemacht wird, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung nicht. Erforderlich ist eine richterliche Entscheidung nur in den Fällen des Abs. 2 Nr. 2 bis 4 (Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufzeichnungen sowie zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes, Einsatz von verdeckten Ermittlern oder Vertrauenspersonen), wenn der Einsatz länger als sieben Tage durchgeführt werden soll oder durchgeführt wird. Das von der Dauer des Einsatzes abhängige Erfordernis einer richterlichen Entscheidung beruht auf dem Umstand, dass die Eingriffsintensität mit der Dauer des Einsatzes steigt. Aus diesem Grund soll bei längeren Einsätzen eine unabhängige und neutrale Instanz über die Anordnung der Maßnahme entscheiden. Sofern von Anfang an absehbar ist, dass der Einsatz besonderer Mittel nach Abs. 2 Nr. 2 bis 4 länger als sieben Tage dauern wird, ist bereits vor Beginn der Maßnahme die richterliche Entscheidung einzuholen. Stellt sich bei einer für einen kürzeren Zeitraum geplanten Maßnahme erst später heraus, dass sie länger als sieben Tage dauert, muss ebenfalls eine richterliche Entscheidung eingeholt werden (LT-Drs. 14/2287, S. 45). Der Einsatz besonderer Mittel nach Abs. 2 Nr. 2 bis 4 dauert nicht nur dann länger als sieben Tage, wenn das besondere Mittel an mehr als sieben ununterbrochen aufeinander folgenden Tagen zur Anwendung kommt, sondern auch dann, wenn es innerhalb eines längeren Zeitraums an mehr als sieben Einzeltagen eingesetzt wird. So bedürfte etwa der Einsatz technischer Mittel zur Bildaufzeichnung einer richterlichen Entscheidung, wenn die Zielperson innerhalb von acht Wochen aus

Anlass eines bestimmten Lebenssachverhalts jeweils nur montags mit Videotechnik überwacht werden soll. Wird ein besonderes Mittel über einen längeren Zeitraum mehrmals nur kurzzeitig eingesetzt, kommt es für die Berechnung der Einsatzdauer darauf an, ob die besonderen Mittel aus einem Anlass oder aus mehreren unterschiedlichen Anlässen eingesetzt wird. Nur wenn mehrere (kürzere) Einsätze auf denselben Lebenssachverhalt zurückzuführen, sind sie bei der Ermittlung des zeitlichen Rahmens zusammen zu betrachten.

5. Nach **Abs. 4 Satz 5** ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Polizeidienststelle ihren Sitz hat, für die Entscheidung über die Anordnung zuständig. Durch den Verweis in Satz 6 auf § 21 Abs. 1 Satz 3 POG werden für das Verfahren vor dem Amtsgericht die Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für entsprechend anwendbar erklärt.

VI. Zweckänderung (Abs. 5)

Nach dem Grundsatz der Zweckbindung gilt, dass Daten nur für den Zweck verwendet werden dürfen, zu dem sie erhoben worden sind. Eine Zweckänderung ist nur zulässig, wenn sie ausdrücklich gesetzlich erlaubt ist und durch Gemeinwohlbelange gerechtfertigt ist, die die grundrechtlich geschützten Interessen überwiegen (BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 – juris, Rn. 114). **Abs. 5 Satz 1** erlaubt eine Zweckänderung, wenn dies zur Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (Abs. 3), zur Abwehr einer dringenden Gefahr, d. h. einer Gefahr für ein hochrangiges Rechtsgut oder zur vorbeugenden Bekämpfung einer Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Damit die Zweckänderung nachvollziehbar ist und ihre Zulässigkeit gegebenenfalls überprüft werden kann, muss sie nach **Abs. 5 Satz 2** im Einzelfall festgestellt und dokumentiert werden.

VII. Geheimhaltung der Identität eines verdeckten Ermittlers oder einer Vertrauensperson; Befugnisse des verdeckten Ermittlers (Abs. 6)

1. **Abs. 6 Satz 1** enthält eine Ermächtigung zur Herstellung, Veränderung und zum Gebrauch der für den Aufbau und die Aufrechterhaltung der Legende erforderlichen Urkunden (z. B. Personalausweis, Führerschein, Kreditkarte). Der verdeckte Ermittler darf zur Erfüllung seines Auftrags nach **Satz 2** unter Geheimhaltung seiner Identität am Rechtsverkehr teilnehmen. Demnach darf er unter seiner Legende Verträge jeglicher Art abschließen, z. B. eine Wohnung mieten, heiraten, einen Kredit aufnehmen oder ein Auto kaufen, ohne dabei Gefahr zu laufen, sich wegen Urkundenfälschung strafbar zu machen. Ebenfalls kann er unter seiner Legende klagen oder verklagt werden.

2. Satz 2 ermächtigt den verdeckten Ermittler außerdem, unter Geheimhaltung seiner Identität mit Einverständnis des Berechtigten dessen Wohnung zu betreten. Soweit durch diese Vorschrift eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruch ausgeschlossen werden soll, ist die Regelung rein deklaratorischer Natur, denn ein Hausfriedensbruch ist wegen des Einverständnisses des Hausrechtsinhabers tatbestandlich ohnehin ausgeschlossen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Einverständnis durch Täuschung über die wahre Identität des verdeckten Ermittlers erschlichen wurde (vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, § 123 Rn. 22). Er darf das Einverständnis aber nur dadurch herbeiführen, dass er seine Legende nutzt und sich nicht als Polizeibeamter zu erkennen gibt. Eine darüber hinausgehende Täuschung ist ihm nicht gestattet. Dies stellt Satz 2 explizit klar, indem es heißt, dass der verdeckte Ermittler die Wohnung nicht unter Vortäuschung eines Zutrittsrechts betreten darf. Er darf sich also z. B. nicht als Hausmeister oder Schornsteinfeger ausgeben, um sich hierdurch Zugang zu einer Wohnung zu verschaffen.

2. Verdeckte Ermittler sind Polizeibeamte, für die, auch wenn sie unter einer Legende ermitteln, der Gesetzesvorbehalt gilt. Deshalb haben sie auch als verdeckte Ermittler nur die Befugnisse, die sich aus dem Polizei- und Ordnungsbehördengesetz, der Strafprozessordnung oder aus sonstigen Gesetzen ergeben. Soweit die Befugnisse nur zu einem offenen Eingreifen ermächtigen – wie etwa bei einer Festnahme oder Sicherstellung – darf auch der verdeckte Ermittler hiervon nur offen Gebrauch machen. De facto bedeutet dies, dass der verdeckte Ermittler von diesen Befugnissen keinen Gebrauch machen wird, denn würde er sich als Polizeibeamter zu erkennen geben, könnte er anschließend nicht mehr unter seiner Legende weiter ermitteln. Außerdem könnte eine Enttarnung mit einer erheblichen Eigengefährdung verbunden sein.

3. Informationen erlangen verdeckte Ermittler nicht nur durch Beobachten und Zuhören, sondern auch durch gezielte Befragungen. Es liegt auf der Hand, dass sie den Befragten nicht gem. § 9a Abs. 3 Satz 4 POG über ein gegebenenfalls bestehendes Auskunftsverweigerungsrecht belehren können. Entsprechendes gilt, wenn verdeckte Ermittler strafverfolgend tätig sind und Tatverdächtige ausfragen. Belehrungspflichten stehen der Ausforschung von Personen durch verdeckte Ermittler aber nicht entgegen, weil die Vorschriften hier nicht anwendbar sind. Belehrungen über ein Auskunftsverweigerungsrecht sollen den zu Befragenden vor der irrtümlichen Annahme bewahren, dass er zur Aussage verpflichtet sei. Niemand würde aber auf die Idee kommen, dass er gegenüber einer Privatperson zu einer Aussage verpflichtet ist. Belehrungspflichten setzen nach ihrer ratio legis deshalb voraus, dass der Fragende dem Befragten in amtlicher Funktion gegenübertritt (Rachor, in: Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 359 f., Rn. 202). Verdeckte Ermittler treten aber gerade nicht als Amtsperson auf. Unter Umständen kann sich für solchermaßen erlangte Erkenntnisse allerdings ein Beweisverwertungsverbot in einem Strafverfahren ergeben (vgl.

BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 – 3 StR 104/07, der ein Beweisverwertungsverbot annimmt, wenn ein verdeckter Ermittler einer Person unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses durch beharrliche Fragen Äußerungen entlockt, zu denen der Befragte bei einer förmlichen Vernehmung nicht bereit gewesen wäre).

4. Verdeckte Ermittler, die zum Zwecke der Gefahrenabwehr oder zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten in ein kriminelles Milieu eingeschleust werden, werden bei Gelegenheit ihres Einsatzes häufig auch Informationen erlangen, die den Anfangsverdacht einer Straftat begründen. Denkbar ist auch, dass sie selbst Zeugen einer gerade stattfindenden Straftat werden. Als Polizeibeamte unterliegen sie dem Legalitätsprinzip und sind gem. § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO grundsätzlich zur Strafverfolgung verpflichtet (vgl. Nr. 2.6 der gemeinsamen Richtlinien der Justiz- und Innenminister des Bundes und der Länder, Anlage D zur RiStBV; abgedruckt bei Meyer-Goßner, StPO). Ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip kann eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen (§§ 258, 13 StGB) zur Folge haben. Allerdings braucht der verdeckte Ermittler nach der Nr. 2.6.2 der gemeinsamen Richtlinien der Justiz- und Innenminister des Bundes und der Länder einem Anfangsverdacht einer Straftat solange nicht nachzugehen, als dies ohne Gefährdung seiner Ermittlungen nicht möglich ist. Einzelne Ermittlungshandlungen können hier deshalb zurückgestellt werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn sofortige Ermittlungsmaßnahmen wegen der Schwere der neu entdeckten Tat geboten sind.

5. Wird der verdeckte Ermittler Zeuge einer Straftat und verhindert er sie nicht, obwohl er es könnte, stellt sich die Frage, ob er sich durch Unterlassen an der Straftat beteiligt und damit ebenfalls strafbar macht (vgl. zu dieser Problematik Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes verdeckter Ermittler, 1993, Rn. 503 f.).

6. Die wahre Identität des verdeckten Ermittlers kann gem. § 110c Abs. 3 Satz 3 StPO durch eine Sperrerklärung des Innenministers nach § 96 StPO in einem Strafverfahren geheim gehalten werden. Zulässig ist die Geheimhaltung nach § 110b Abs. 3 Satz 3 StPO insbesondere, wenn Anlass zu der Besorgnis besteht, dass die Offenbarung Leben, Leib oder Freiheit des verdeckten Ermittlers oder einer anderen Person oder die Möglichkeit der weiteren Verwendung des verdeckten Ermittlers gefährden würde. Unter entsprechender Anwendung des § 96 StPO können auch Vertrauenspersonen gesperrt werden.

7. Soweit es zur Geheimhaltung der Zusammenarbeit einer Vertrauensperson mit der Polizei erforderlich ist, gilt nach **Abs. 6 Satz 3** die Regelung in Abs. 6 Satz 1 entsprechend. Zum Zwecke der Geheimhaltung der Zusammenarbeit mit der Polizei dürfen demnach Urkunden hergestellt, verändert oder gebraucht werden. Im Unterschied zum verdeckten Ermittler darf die Vertrauensperson aber nicht mit diesen Urkunden am Rechtsverkehr teilnehmen.

§ 38

Besondere Formen des Datenabgleichs

(1) Die Polizei kann von öffentlichen und nicht öffentlichen Stellen die Übermittlung von personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen zum Zwecke des Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, soweit dies zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist.

(2) Die Übermittlung ist auf Namen, Anschrift, Tag und Ort der Geburt der betreffenden Personen sowie auf im Einzelfall festzulegende Merkmale zu beschränken. Ist ein Aussondern der zu übermittelnden personenbezogenen Daten nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich, so dürfen die weiteren Daten ebenfalls übermittelt werden. Eine Verwendung dieser weiteren Daten ist unzulässig.

(3) Die Maßnahme bedarf der richterlichen Entscheidung. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Polizeidienststelle ihren Sitz hat. § 21 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend. Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit ist unverzüglich zu unterrichten. Bei Gefahr im Verzug kann die Maßnahme vorläufig durch die Behördenleitung oder einen von ihr besonders beauftragten Beamten des höheren Dienstes angeordnet werden; die richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen.

(4) Ist der Zweck der Maßnahme erreicht oder zeigt sich, dass er nicht erreicht werden kann, sind die übermittelten und die im Zusammenhang mit dem Abgleich zusätzlich angefallenen Daten zu löschen und die Unterlagen zu vernichten, soweit sie nicht zur Verfolgung von Straftaten oder zur vorbeugenden Bekämpfung besonders schwerer Straftaten (§ 29 Abs. 2) erforderlich sind. Über die getroffene Maßnahme ist eine Niederschrift anzufertigen. Diese Niederschrift ist gesondert aufzubewahren, durch technische und organisatorische Maßnahmen zu sichern und am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Vernichtung der Unterlagen nach Satz 1 folgt, zu vernichten.

Erläuterungen

Übersicht

- I. Allgemeines
 - 1. Entstehungsgeschichte der Vorschrift
 - 2. Betroffenes Grundrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)
 - 3. Bedeutung der Vorschrift
- II. Begriffsbestimmung

- III. Voraussetzungen für die Datenübermittlung (Abs. 1 und 2)
- IV. Richterliche Entscheidung (Abs. 3)
- V. Löschung, Zweckänderung, verfahrenssichernde Regelungen (Abs. 5)

I. Allgemeines

1. Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Die Rasterfahndung wurde durch Gesetz vom 26. März 1986 (GVBl. S. 77) als § 25d in das damalige Polizeiverwaltungsgesetz aufgenommen. Zulässig war sie nach ihrer ursprünglichen Fassung nur zur Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr. Unter dem Eindruck der terroristischen Anschläge vom 11. September 2001 in den USA wurde die Eingriffsschwelle durch Gesetz vom 2. März 2004 (GVBl. S. 202) deutlich herabgesenkt. Nunmehr war eine Rasterfahndung nach § 38 POG bereits zur Abwehr einer erheblichen Gefahr oder zur vorbeugenden Bekämpfung von besonders schwerwiegenden Straftaten erlaubt. Am 4. April 2006 hat das BVerfG in einem gegen die gerichtlichen Entscheidungen über die Anordnung einer präventiv polizeilichen Rasterfahndung nach § 31 des Polizeigesetzes Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 24. Februar 1990 (GVBl. S. 70) gerichteten Verfassungsbeschwerde die Auslegung des Begriffs der konkreten Gefahr durch die Gerichte für verfassungswidrig erklärt. Gleichzeitig hat es ausgeführt, dass eine Rasterfahndung im Grundsatz mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar ist, angesichts ihrer Eingriffsintensität aber nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr für hochrangige Rechtsgüter verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02). Aus dieser Entscheidung ergab sich erneuter Änderungsbedarf für die rheinland-pfälzische Regelung, denn mit der Ermächtigung zur Durchführung einer Rasterfahndung „zur vorbeugenden Bekämpfung von besonders schwerwiegenden Straftaten“ hatte der Gesetzgeber auf das Erfordernis einer konkreten Gefahr verzichtet und die Vorschrift zu einer polizeilichen Befugnis im Vorfeld einer konkreten Gefahr ausgestaltet. Durch Gesetz vom 15. Februar 2011 (GVBl. S. 26) wurde die Zulässigkeit einer Rasterfahndung an die verfassungsrechtlichen Anforderungen angepasst. Seit dieser bislang letzten Änderung der Vorschrift darf eine Rasterfahndung nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr für hochrangige Rechtsgüter angeordnet werden.

2. Betroffenes Grundrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Die Rasterfahndung greift in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein. Dieses Recht gewährleistet die aus dem Grundsatz der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen

persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 69). Ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts liegt vor, wenn personenbezogene oder -beziehbare Daten erhoben, gesammelt, gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden (Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 53). Kein Eingriff liegt vor, wenn Daten lediglich technikbedingt erhoben, dann aber anonym und spurlos wieder ausgesondert werden (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 74). Eine Rasterfahndung kann in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung derjenigen Personen eingreifen, deren Daten an die Polizei übermittelt werden. Das BVerfG beschränkt die Eingriffsqualität hier allerdings auf die Personen, deren Daten nach einem ersten Datenabgleich noch Gegenstand weiterer, nachfolgender Maßnahmen, insbesondere weitergehender Datenabgleiche werden sollen (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 75). Nur in diesen Fällen – so das BVerfG – hat sich das behördliche Interesse an den betroffenen Daten derart verdichtet, dass „ein Betroffensein in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität zu bejahen ist“ (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 74). Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung sind zulässig, wenn sie durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt sind und auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gebot der Normenklarheit entspricht (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 81). Die Rasterfahndung stellt nach Auffassung des BVerfG einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar. So erlauben die bei einer Rasterfahndung übermittelten Daten durch ihre Verknüpfung mit anderen Daten persönlichkeitsbezogene Einblicke, die je nach Art und Inhalt der übermittelten oder der anderen Daten, mit denen die übermittelten Daten abgeglichen werden, erhebliche Persönlichkeitsrelevanz besitzen können (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 99 ff.). Hinzukommt, dass die Rasterfahndung für die Betroffenen – im Falle ihres Bekanntwerdens – eine stigmatisierende Wirkung haben kann und das Risiko begründet, Ziel weiterer staatlicher Ermittlungsmaßnahmen zu werden (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 108 ff.). Schließlich handelt es sich bei der Rasterfahndung um eine Maßnahme mit erheblicher Streubreite, deren Adressaten keinen Anlass für den Eingriff gegeben haben müssen. Da mithilfe einer präventiven Rasterfahndung potentielle Störer erst gefunden werden sollen, sind die Rasterkriterien relativ unspezifisch, sodass eine Vielzahl von Personen betroffen ist, die in keiner Beziehung zu der abzuwehrenden Gefahr steht (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 116 ff.).

3. Bedeutung der Vorschrift

Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 in den USA wurde in Deutschland eine präventive Rasterfahndung nach bundesweit abgestimmten

Rasterkriterien durchgeführt, nachdem bekannt geworden war, dass einige der Attentäter in Deutschland gelebt hatten. Ziel der Rasterfahndung war die Aufdeckung von Personen, die versuchen, ein möglichst unauffälliges Leben zu führen, um währenddessen terroristische Anschläge vorzubereiten (sog. Schläfer). Obwohl den Landeskriminalämtern 5,2 Millionen Datensätze übermittelt wurden, aus denen 11.004 Datensätze herausgefiltert wurden, die mit den Rasterkriterien übereinstimmten, führte die Rasterfahndung letztlich nicht zur Aufdeckung von „Schläfern“ (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 7 ff.; BT-Drs. 14/7206).

Seit der Novellierung der rheinland-pfälzischen Vorschrift im Jahr 2004 wurde in Rheinland-Pfalz keine präventive Rasterfahndung mehr durchgeführt und, soweit ersichtlich, auch in anderen Bundesländern nicht.

II. Begriffsbestimmung

Bei einer Rasterfahndung werden von öffentlichen oder nicht öffentlichen Stellen personenbezogene Daten auf Ersuchen an die Polizei übermittelt und automatisiert mit anderen Datenbeständen abgeglichen, um bestimmte Personen zu ermitteln (Petri, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 888, Rn. 528). Durch den Datenabgleich soll diejenige Schnittmenge von Personen auffindig gemacht werden, auf die bestimmte, vorab festgelegte Merkmale (Rasterkriterien) zutreffen und die für die weiteren Ermittlungen als bedeutsam eingeschätzt werden (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 2). Weil die Rasterkriterien auch auf eine Vielzahl anderer nicht verantwortlicher Personen zutreffen können, ergibt sich nach der Rasterung ein Kreis von Merkmalsträgern, aus dem der eigentliche Störer durch den Abgleich mit anderen (polizeifremden oder polizeilichen) Datenbeständen herausgefiltert werden muss. Die Auswertung der Daten ist zeitaufwändig und schwierig.

Die präventive Rasterfahndung stellt in Zeiten der Bedrohung durch den internationalen Terrorismus und durch die Erscheinungsformen der organisierten und schweren Kriminalität eine Ermittlungsmethode dar, mit der der Staat besondere Gefahrenlagen aufklären und abwehren kann. So hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Rasterfahndung betont, dass der Staat terroristischen Bestrebungen – etwa solchen, die die Zerstörung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen – mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln entgegenzutreten darf und muss (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 126).

III. Voraussetzungen für die Datenübermittlung (Abs. 1 und 2)

1. Nach **Abs. 1** kann die Polizei von öffentlichen und nicht öffentlichen Stellen die Übermittlung von personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen zum Zwecke des Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, soweit dies zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist. Mit einer Rasterfahndung wird notwendig der Grundsatz der Zweckbindung durchbrochen, denn die von öffentlichen oder nicht öffentlichen Stellen zu anderen Zwecken erhobenen Daten dürfen über die Rasterfahndung auch für die Gefahrenabwehr verwendet werden (Petri, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 889, Rn. 531).

2. Adressaten des Herausgabeverlangens der Polizei sind öffentliche und nicht öffentliche Stellen. Zu den öffentlichen Stellen gehören insbesondere Behörden, Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtliche organisierte Einrichtungen einschließlich der sogenannten Beliehenen (vgl. § 2 Abs. 1 LDSG). Nicht öffentliche Stellen sind natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personen des privaten Rechts (vgl. § 2 Abs. 4 BDSG). Die Befugnis zur Übermittlung der Daten ergibt sich für öffentliche Stellen in Rheinland-Pfalz – sofern keine spezialgesetzliche Regelung vorhanden ist – aus § 14 Abs. 1 und 2 LDSG. Nicht öffentliche Stellen dürfen nach § 28 Abs. 2 Nr. 2b BDSG Daten übermitteln, soweit dies zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist, und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat. Ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung besteht, wenn die zu übermittelnden Daten einem Berufsgeheimnis unterliegen. Da verdeckte Datenerhebungen in einem durch ein Berufsgeheimnis geschützten Vertrauensverhältnis i. S. d. §§ 53 Abs. 1 und 53a Abs. 1 StPO unzulässig sind, darf die Polizei die Herausgabe solcher Daten aber ohnehin nicht verlangen. Die repressive Rasterfahndung enthält in § 98a Abs. 5 i. V. m. § 95 Abs. 2 StPO eine hiervon abweichende Regelung. Danach dürfen auch Berufsgeheimnisträger um Datenübermittlung ersucht werden. Sie sind jedoch nicht verpflichtet, personenbezogene Daten, die einem Berufsgeheimnis unterliegen, zu übermitteln, sondern können selbst entscheiden, ob sie die Daten herausgeben oder nicht.

3. Das Verlangen der Polizei zur Herausgabe der begehrten Daten stellt einen Verwaltungsakt dar (Petri, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 893, Rn. 547). Gegenüber Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts darf der Verwaltungsakt gem. § 7 LVwVG aber nur vollstreckt werden, soweit dies durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes besonders zugelassen ist. Da eine entsprechende Ermächtigung fehlt, kann die Herausgabe der

Daten im Falle der Weigerung einer öffentlichen Stelle nicht im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden.

4. Die Polizei kann die Übermittlung der Daten von bestimmten Personengruppen verlangen. Um welche Personengruppen es sich dabei handeln kann, ergibt sich mit Blick auf die Regelung in **Abs. 2 Satz 1**, die den Umfang der Übermittlungspflicht festlegt. Danach kann zur Rasterung nur die Übermittlung der Daten verlangt werden, die sich auf die Identifizierungsmerkmale einer Person (Name, Anschrift, Tag und Ort der Geburt) sowie auf im Einzelfall festzulegende Merkmale beziehen. Die weiteren im Einzelfall festzulegenden Merkmale richten sich nach dem Fahndungszweck und danach, nach welcher Personengruppe gefahndet wird (LT-Drs. 14/2287, S. 52). Bei der bundesweiten Rasterfahndung nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 ging es um das Auffinden von sogenannten Schläfern. Zu den in diesem Fall neben den Identifizierungsmerkmalen festgelegten weiteren Merkmalen gehörten beispielsweise Angaben zur Religionszugehörigkeit, zum Familienstand oder zur Studienfachrichtung. Obwohl Art und Inhalt der im Einzelfall festzulegenden Merkmale gesetzlich nicht näher eingegrenzt sind, hat das BVerfG die vergleichbare Regelung im nordrhein-westfälischen Polizeigesetz unter dem Aspekt der Normenbestimmtheit nicht beanstandet (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 101). Nach **Abs. 2 Satz 2** dürfen schließlich auch solche Daten übermittelt werden, die nicht den Rasterkriterien entsprechen, wenn ihre Aussonderung nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist. Eine Verwendung dieser weiteren Daten ist nach **Abs. 2 Satz 3** unzulässig. Die Beeinträchtigung der hiervon Betroffenen ist gering, denn der Polizei werden im Ergebnis nur die Daten bekannt, auf die sämtliche Rasterkriterien zutreffen (OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 22. März 2003 – 12 B 10331/02 – juris, Rn. 12).

5. Eine Rasterfahndung ist nur zulässig, wenn sie zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist. Hierbei handelt es sich – wie das BVerfG ausgeführt hat – um Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichen Gewicht (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 91). Bei der abzuwehrenden Gefahr muss es sich um eine konkrete Gefahr handeln, das heißt um eine Sachlage, bei der im konkreten Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die geschützten Rechtsgüter eintreten wird (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 144). Eine konkrete Gefahr in diesem Sinne kann auch eine Dauergefahr sein, bei der über einen längeren Zeitraum die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu jedem Zeitpunkt vorliegt (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 146). In jedem Fall muss sich aber die für die Feststellung einer konkreten Gefahr oder einer Dauergefahr erforderliche Wahrscheinlichkeitsprognose auf Tatsachen

beziehen. Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen ohne greifbaren, auf den Einzelfall bezogenen Anlass reichen nicht aus (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 145). Insbesondere darf eine Rasterfahndung angesichts der Schwere der mit ihr verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung nicht bereits im Vorfeld konkreter Gefahren ermöglicht werden (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 138). In Bezug auf die nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 bundesweit durchgeführte Rasterfahndung kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass die zur Annahme einer konkreten Gefahr erforderlichen Voraussetzungen nicht vorlagen. Vielmehr habe es sich nur um eine allgemeine Bedrohungslage gehandelt ohne tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass terroristische Anschläge vorbereitet werden oder sich in Deutschland Personen für Terroranschläge bereithalten, die in absehbarer Zeit in Deutschland selbst oder andernorts verübt werden sollen (BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 – 1 BvR 518/02 – juris, Rn. 147, 156 ff.).

IV. Richterliche Entscheidung (Abs. 3)

1. Ursprünglich durfte die Maßnahme durch den Behördenleiter angeordnet werden. Seit der Novellierung der Vorschrift durch Gesetz vom 15. Februar 2011 (GVBl. S. 26) bedarf sie jedoch einer richterlichen Entscheidung. Da die Rasterfahndung eine Vielzahl von Unbeteiligten betreffen kann, sollte durch den Richtervorbehalt der Grundrechtsschutz zusätzlich abgesichert werden (LT-Drs. 15/4879, S. 42). Im Unterschied zu anderen verdeckten Datenerhebungen mit hoher Eingriffstiefe (§§ 29, 31, 31b bis 31e POG) ist hier das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Polizeidienststelle ihren Sitz hat, und nicht das OVG Rheinland-Pfalz zuständig. Warum bei dieser Maßnahme an der Zuständigkeit des Amtsgerichts festgehalten wurde, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung nicht. Die Verweisung in **Abs. 3 Satz 3** auf § 21 Abs. 1 Satz 3 POG stellt klar, dass für das Verfahren vor dem Amtsgericht die Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend gelten.

2. Nach **Abs. 3 Satz 4** ist der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit über die Anordnung einer Rasterfahndung zu unterrichten. Diese Unterrichtungspflicht ist dem Umstand geschuldet, dass die Mehrzahl der von der Datenübermittlung an die Polizei betroffenen Personen nicht über die Maßnahme unterrichtet werden muss, da nach Abs. 4 Satz 1 alle zum Abgleich übermittelten Daten sowie alle im Zusammenhang mit dem Abgleich zusätzlich angefallenen Daten zu löschen sind, sobald sie für den festgelegten oder einen anderen zulässigen Zweck nicht mehr benötigt werden. Werden personenbezogene Daten unverzüglich nach Beendigung der Maßnahme gelöscht, unterbleibt gem. § 40 Abs. 6 Nr. 3 POG die Unterrichtung, sodass nach § 40 Abs. 5 Satz 1 POG grundsätzlich nur die Personen unterrichtet werden, gegen die nach

Abschluss der Rasterfahndung weitere Maßnahmen ergriffen werden. Mit der Unterrichtung des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit wird sichergestellt, dass eine neutrale Instanz von dem Ausmaß der mit einer Rasterfahndung verbundenen Datenerhebung Kenntnis erlangt.

3. Nach **Abs. 3 Satz 5** kann die Maßnahme bei Gefahr im Verzug vorläufig durch die Behördenleitung oder einen von ihr besonders beauftragten Beamten des höheren Dienstes angeordnet werden. Die richterliche Entscheidung ist dann unverzüglich nachzuholen.

V. Löschung, Zweckänderung, verfahrenssichernde Regelungen (Abs. 5)

1. **Abs. 5 Satz 1** legt fest, dass die übermittelten und die im Zusammenhang mit dem Abgleich zusätzlich angefallen Daten zu löschen und die Unterlagen zu vernichten sind, wenn der Zweck der Maßnahme erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann. Eine Verwendung der Daten zu einem anderen Zweck ist nur zulässig, soweit sie zur Verfolgung von Straftaten oder zur vorbeugenden Bekämpfung besonders schwerer Straftaten (§ 29 Abs. 2 POG) erforderlich sind. Diese Regelung zur Zweckänderung erscheint problematisch. Soweit eine Zweckänderung zu repressiven Zwecken erfolgen soll, gilt gem. § 161 Abs. 2 StPO, dass präventiv erlangte Daten nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden dürfen, zu deren Aufklärung eine entsprechende Maßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dürfen. Nach § 98a Abs. 1 Satz 1 StPO darf eine repressive Rasterfahndung nur zur Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung durchgeführt. Da eine Zweckänderung nur hinsichtlich solcher Daten erforderlich ist, die strafprozessual verwendet werden dürfen, ist Abs. 5 Satz 1 Alternative 1 dahingehend auszulegen, dass es sich um die Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung handeln muss. Ebenfalls problematisch ist die 2. Alternative des Abs. 5 Satz 1, nach der eine Zweckänderung zur vorbeugenden Bekämpfung besonders schwerer Straftaten zulässig ist. Wenn eine Rasterfahndung aus verfassungsrechtlichen Gründen nur zur Abwehr konkreter Gefahren für hochrangige Rechtsgüter angeordnet werden darf, darf für eine Verwendung der hierdurch erhobenen Daten zu anderen Zwecken nichts anderes gelten, denn grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden dürfen durch eine Zweckänderung nicht umgangen werden (BVerfG, Urteil vom 3. März 2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 – juris, Rn. 349). Mit der Zulassung einer Zweckänderung zur vorbeugenden Bekämpfung besonders schwerer Straftaten wird aber eine anderweitige Verwendung der Daten bereits im Vorfeld konkreter Gefahren erlaubt, was unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch erscheint.

2. Nach **Abs. 5 Satz 2** ist über die getroffene Maßnahme eine Niederschrift anzufertigen. Diese Dokumentationspflicht bezieht sich nicht nur auf die Löschung der Daten und die Vernichtung der Unterlagen, sondern auch auf die Verwendung der Daten zu anderen Zwecken, die einen eigenen Grundrechtseingriff darstellt und deshalb ebenfalls zu dokumentieren ist, damit sie später nachvollzogen und gegebenenfalls überprüft werden kann. Die Niederschrift ist gemäß **Abs. 5 Satz 3** gesondert aufzubewahren, durch technische und organisatorische Maßnahmen zu sichern und am Ende des Kalenderjahrs, das dem Jahr der Vernichtung der Unterlagen nach Satz 1 folgt, zu vernichten.