

Fortgeschrittenenhausarbeit: Verfassungsmäßigkeit des gefahrenabwehrrechtlichen Einsatzes „stiller SMS“

Von Dr. Jonas Botta, Berlin/Speyer*

Der materielle Schwerpunkt der Hausarbeit liegt auf dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Zudem sind das Fernmeldegeheimnis, das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und das IT-Grundrecht zu prüfen. Damit ist die Arbeit exemplarisch für Aufgabenstellungen zum grundrechtlichen Privatheitsschutz. Darüber hinaus sind das Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit sowie die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen einen Gesetzentwurf zu erörtern.

Sachverhalt

Die Fraktionen im Landtag des Bundeslandes L diskutieren derzeit angeregt über eine Reform des Landespolizeigesetzes (LPolG). Bestandteil der geplanten Gesetzesänderung soll auch eine Rechtsgrundlage für den gefahrenabwehrrechtlichen Einsatz sogenannter „stiller SMS“ sein (§ 10b LPolG-E). Eine solche ausdrückliche Rechtsgrundlage fehlt noch überwiegend im Polizeirecht der Länder.

Das Versenden „stiller SMS“ erlaubt es, Mobilfunkengeräte auf bis zu 50 Meter genau unerkant zu orten und dadurch Bewegungsprofile zu erstellen. Denn die SMS wird dem Empfänger nicht angezeigt und löst auch kein akustisches Signal aus. Bei dem jeweiligen Mobilfunkanbieter fallen jedoch Verbindungsdaten an, die staatliche Stellen anschließend auswerten können. Auf Bundesebene sind das beispielsweise das Bundeskriminalamt und die Bundespolizei.

Im zuständigen Landtagsausschuss äußern jedoch einige Parlamentarier erhebliche Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit der geplanten Rechtsgrundlage. Die Diskussion habe doch schon im Bereich der Strafverfolgung zahlreiche grundrechtliche Probleme aufgezeigt. Das habe auch der BGH jüngst bestätigt. Insbesondere sei der Wortlaut der geplanten Norm zu unpräzise. Ein Abgeordneter wirft zudem in die Diskussion ein, dass sich der Einsatz „stiller SMS“ seines Wissens nach schon ausreichend auf § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO bzw. zumindest auf § 10a LPolG stützen lasse. Es bestehe daher gar kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

An der öffentlichen Ausschusssitzung hat auch eine Studierendengruppe der juristischen Fakultät teilgenommen. Angeregt von der lebhaften Debatte der Abgeordneten diskutieren die Studierenden auf dem Heimweg über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfs. Gemeinsam kommen sie zu

* Der Autor ist Forschungsreferent im Programmbereich „Digitalisierung“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer. Der Hausarbeit liegt die Abschlussarbeit im Modul Grund- und Menschenrechte des Bachelorstudiengangs „gehobener Polizeivollzugsdienst“ zugrunde, die der Autor im Sommersemester 2020 an der HWR Berlin gestellt hat. Er hat die Aufgabenstellung modifiziert und sie insbesondere um verfassungsprozessuale Fragen ergänzt. Die fiktive Regelung des § 10b LPolG-E ist an § 33b BbgPolG und den Gesetzentwurf des § 25b ASOG Bln angelehnt (Abgeordnetenhaus von Berlin, Drs. 18/2787, S. 13 f.).

dem Schluss, dass sie endlich einmal wissenschaftliche Theorie mit juristischer Praxis verbinden und Verfassungsbeschwerden erheben wollen. So ließe sich herausfinden, ob der Gesetzentwurf verfassungsmäßig ist oder nicht.

Die Studierenden sind sich jedoch uneins über das weitere Vorgehen: Können sie direkt den Weg nach Karlsruhe einschlagen oder müssen sie erst das Landesverfassungsgericht, das ebenfalls über Individualverfassungsbeschwerden entscheiden kann, anrufen? Außerdem sind sie sich unsicher, was der richtige Zeitpunkt für eine Verfassungsbeschwerde ist. Sollten sie abwarten, bis das Gesetz in Kraft getreten ist oder besser sofort aktiv werden? Unschlüssig wendet sich die Gruppe am nächsten Tag an Sie, um Ihre Meinung zur Rechtslage in Erfahrung zu bringen.

Bearbeitungsvermerk

Beantworten Sie die aufgeworfenen Fragen zur Zulässigkeit einer möglichen Verfassungsbeschwerde:

1. Können die Studierenden direkt Verfassungsbeschwerden vor dem BVerfG erheben?

2. Können sie ihre Beschwerde schon gegen den bloßen Gesetzentwurf richten?

Prüfen Sie zudem die Vereinbarkeit des § 10b LPolG-E mit den Vorschriften des Grundgesetzes (gegebenenfalls hilfs-gutachterlich).

Die bereits bestehende Vorschrift für den Einsatz „stiller SMS“ im LPolG lautet:

§ 10a LPolG – Standortermittlung bei Telekommunikationsendgeräten

Zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person können Polizei und Feuerwehr technische Mittel einsetzen, um den Standort eines von einer vermissten, suizidgefährdeten oder einen Notruf auslösenden gefährdeten oder einen Notruf auslösenden gefährdeten hilflosen Person mitgeführten Telekommunikationsendgerätes zu ermitteln, wenn die Ermittlung des Aufenthaltsortes auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Der Entwurf für die neue Vorschrift lautet:

§ 10b LPolG – Standortermittlung bei Telekommunikationsendgeräten zur Abwehr schwerer Straftaten

(1) Die Polizei darf technische Mittel einsetzen, um den Standort eines Telekommunikationsendgerätes zu ermitteln, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, insbesondere aufgrund konkreter Informationen über Planungs- und Vorbereitungshandlungen, anzunehmen ist, dass schwere Straftaten organisiert begangen werden sollen, die drohende Rechtsgutsverletzung auch im Einzelfall schwer wiegt und die Standortermittlung zur Abwehr der mit diesen Straftaten verbundenen dringenden Gefahr erforderlich ist.

(2) Schwere Straftaten nach Absatz 1 sind:

1. Mord oder Totschlag (§§ 211, 212 StGB),
2. Zwangsprostitution und Zwangsarbeit (§§ 232a Abs. 3 und 4, 232b Abs. 3 und 4 StGB),
3. Staatsschutzdelikte im Sinne des § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. a StPO,

[...]

(3) Die Befugnis nach Absatz 1 berechtigt nur zur Standortermittlung des potenziellen Straftäters oder seiner Kontakt- oder Begleitpersonen. Wird erkennbar, dass in den Kernbereich privater Lebensgestaltung oder in ein durch ein Berufsgeheimnis nach §§ 53, 53a StPO geschütztes Vertrauensverhältnis eingegriffen wird, ist die Standortermittlung zu unterbrechen, es sei denn, sie richtet sich gegen den Berufsgeheimnisträger selbst.

(4) Nach Beendigung der Maßnahme sind dabei erhobene Daten unverzüglich zu löschen.

(5) Nach Beendigung der Maßnahme muss, soweit der Zweck der Maßnahme dadurch nicht gefährdet wird, die betroffene Person über Art, Dauer und Umfang der Maßnahme benachrichtigt werden. Eine Benachrichtigung unterbleibt, wenn ihr überwiegende schutzwürdige Belange der betroffenen Person entgegenstehen.

(6) Die Maßnahme darf nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Behördenleitung angeordnet werden; in diesem Fall ist unverzüglich eine richterliche Bestätigung einzuholen.

(7) Absatz 1 tritt mit Ablauf des [einsetzen: Datum desjenigen Tages und Monats des vierten auf die Verkündung des Gesetzes zur Änderung des Landespolizeigesetzes folgenden Kalenderjahres] außer Kraft. Die Anwendung der Absätze 1 bis 6 wird durch eine unabhängige wissenschaftliche Kommission, die von der Landesregierung im Einvernehmen mit dem Innenausschuss des Landtages bestimmt wird, evaluiert. Der Evaluationsbericht wird dem Landtag spätestens zwölf Monate vor dem in Satz 1 genannten Zeitpunkt vorgelegt.“

Lösungsvorschlag

A. Vorfragen zur Zulässigkeit einer möglichen Verfassungsbeschwerde

Eingangs sind die Fragen der Studierendengruppe zur Zulässigkeit einer möglichen Verfassungsbeschwerde zu beantworten.

I. Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit

Eine Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG kann grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Dafür muss der Rechtsweg gegen die mögliche Grundrechtsverletzung aber überhaupt zulässig sein. Gegen formelle Gesetze wie das LPolG steht kein Rechtsweg vor den Fachgerichten offen.¹ Den Studierenden ist es jedoch unbenommen, eine Landesverfassungsbeschwerde zu erheben.² Mithin könnte ihnen der Grund-

rechtsschutz in Karlsruhe ausnahmsweise erst nachrangig offenstehen.

Voraussetzung ist jedoch, dass das Verfahren der Landesverfassungsbeschwerde zum Rechtsweg i.S.v. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gehört. Dem steht die Regelung des § 90 Abs. 3 BVerfGG entgegen, wonach das Recht, eine Verfassungsbeschwerde nach dem Landesverfassungsrecht zu erheben, unberührt von den Vorgaben für den Rechtsschutz vor dem BVerfG bleibt.³ Im Grundrechtsschutz gibt es mithin keinen zweistufigen Instanzenzug, der eine primäre Verfassungsbeschwerde auf Landesebene erfordert. Dies verstieße auch gegen den föderalen Staatsaufbau der Bundesrepublik Deutschland, in dem sowohl der Bund als auch die Länder über Staatsqualität verfügen.⁴ Die Verfassungsordnungen des Bundes und der Länder stehen daher grundsätzlich selbständig nebeneinander.⁵

Die Studierenden können folglich direkt Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erheben.⁶

II. Verfassungsbeschwerde gegen einen Gesetzentwurf

Aktuell befindet sich die geplante Rechtsgrundlage für den gefahrenabwehrrechtlichen Einsatz „stiller SMS“ noch im Gesetzgebungsverfahren. Wollten die Studierenden sofort Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erheben, müsste diese bereits gegen einen bloßen Gesetzentwurf zulässig sein.

Das BVerfG entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 90 Abs. 1 BVerfGG). Fraglich ist, ob ein bloßer Gesetzentwurf einen Akt öffentlicher Gewalt darstellt. Grundsätzlich legt das BVerfG diesen Begriff ausgesprochen weit aus.⁷ Voraussetzung ist, dass es sich um eine Maßnahme grundrechtsgebundener deutscher Staatsgewalt handelt, welche Außenwirkung gegenüber dem Beschwerdeführer entfaltet.

Eine Verfassungsbeschwerde gegen ein formelles Gesetz, das bereits in Kraft getreten ist, ist somit zulässig (vgl. auch § 93 Abs. 3 und § 95 Abs. 3 BVerfGG). Es entfaltet Außenwirkung und kann die Rechte der Bürger potenziell berühren. Einem bloßen Gesetzentwurf fehlt es indes an einer ver-

³ BVerfG NJW 1996, 1464 (1464); BVerfG BeckRS 2006, 24366.

⁴ *Sodan*, LKV 2010, 440 (442); *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 873 (873).

⁵ BVerfGE 4, 178 (189).

⁶ Ob daneben auch eine Beschwerde vor dem Landesverfassungsgericht zulässig ist, hängt von der jeweiligen Landesverfassung ab. So entscheidet der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin nur über Verfassungsbeschwerden, soweit nicht bereits Beschwerde zum BVerfG erhoben ist oder noch wird (Art. 84 Abs. 2 Nr. 5 Verfassung von Berlin). In Berlin ist ein paralleler Verfassungsrechtsschutz demnach ausgeschlossen. Siehe BerlVerfGH LKV 2000, 159 (159).

⁷ BVerfGE 4, 27 (30); *C. Grünwald*, in: Walter/B. Grünwald, Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfGG, 9. Ed., Stand: 1.1.2020, § 90 Abs. 1 Rn. 47.

¹ *Peters/Markus*, JuS 2013, 887 (889).

² Nicht alle Landesverfassungen sehen eine Individualverfassungsbeschwerde vor. Siehe *Sodan*, LKV 2010, 440 (442).

gleichbaren Wirkung. Er ist kein geeigneter Beschwerdegegenstand.⁸ Die Studierenden müssen folglich abwarten, bis die gegenwärtige Reform des LPolG abgeschlossen und das Änderungsgesetz in Kraft getreten ist.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 10b LPolG-E

Nachfolgend ist zu untersuchen, ob § 10b LPolG-E mit den Vorschriften des Grundgesetzes vereinbar ist. In Betracht kommen eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses (I.), des Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung (II.), des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (III.) und des IT-Grundrechts (IV.).

Exkurs zum Prüfungsmaßstab: Grundsätzlich ließe sich auch die Prüfung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erwägen, da bei der Anwendung unionsrechtlich vollständig vereinheitlichter Regelungen nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in aller Regel nicht die Grundrechte des Grundgesetzes, sondern allein die Unionsgrundrechte maßgeblich sind.⁹ Insbesondere das unionale Datenschutzregime ist mit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) bereits weitestgehend harmonisiert.¹⁰ Der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ unterliegt jedoch nicht der DSGVO, sondern der Datenschutz-Richtlinie für den Bereich der Polizei und Justiz (JI-Richtlinie).¹¹ Im Gegensatz zur DSGVO bewirkt sie nur eine Mindestharmonisierung (vgl. Art. 1 Abs. 3 JI-RL).¹² Unionsrechtlich nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht prüft das BVerfG primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.¹³

I. Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG)

Vorrangig zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ist das Fern-

meldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG)¹⁴ als *lex specialis* zu prüfen.¹⁵ Art. 10 Abs. 1 Var. 3 und das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) stehen hingegen in keinem Spezialitätsverhältnis zueinander, sondern schützen unterschiedliche Privatsphären.¹⁶

Ob der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ ungerechtfertigt in das Fernmeldegeheimnis eingreift, ist abhängig davon, dass sein Schutzbereich überhaupt eröffnet ist. Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs.¹⁷ Als entwicklungsöffenes Grundrecht erfasst es demnach auch „neue“ Technologien wie SMS.¹⁸ Der Schutzbereich erstreckt sich zudem nicht nur auf die Vertraulichkeit des Kommunikationsinhalts, welche der Einsatz „stiller SMS“ nicht berührt, sondern auch auf die Begleitumstände des Kommunikationsvorgangs.¹⁹

Zu diesen Begleitumständen könnten die Standortdaten zählen, die anfallen, wenn die Polizei einen potenziellen Straftäter mittels „stiller SMS“ ortet. Dafür spricht, dass jemand, der ein Mobilfunkgerät mit sich führt, zumindest kommunikationsbereit ist. Dagegen spricht indes, dass niemand miteinander kommuniziert. Der Empfänger einer „stillen SMS“ soll vielmehr gar nicht wissen, dass er die SMS erhalten hat. Versendet die Polizei „stille SMS“ steht dies folglich nicht im Zusammenhang mit einem menschlich veranlassten Kommunikationsvorgang.²⁰ Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ist nicht eröffnet.

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation ist auch die Gegenansicht vertretbar. Wer den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG als eröffnet ansieht, muss im Rahmen der Rechtfertigung auf Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG und das Zitiergebot eingehen. Die nachfolgende Prüfung ist gegebenenfalls als Hilfsgutachten zu verfassen.

II. Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG)

§ 10b LPolG-E könnte jedoch in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung eingreifen, da nicht auszuschließen ist, dass sich der Empfänger einer „stillen SMS“ in Räumlichkeiten aufhält, die unter den Wohnungsbegriff des Art. 13 Abs. 1 GG fallen.

Ein Eingriff in das Grundrecht liegt nicht nur vor, wenn Polizeibeamte physisch in eine Wohnung eindringen, um sie

⁸ BVerfGE 1, 396 (406 ff.); 11, 339 (342); 68, 143 (150); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 60. Lfg., Stand: Juli 2020, § 90 Rn. 209. Im Unterschied zum bloßen Gesetzentwurf kann ein bereits vom Parlament beschlossenes, aber noch nicht in Kraft getretenes Gesetz in Ausnahmefällen zulässiger Beschwerdegegenstand sein. So sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG Verfassungsbeschwerden gegen Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen vor ihrer Ausfertigung und Verkündung zulässig (BVerfGE 1, 396 [411 ff.]).

⁹ BVerfG NJW 2020, 314 (316 f.).

¹⁰ Zu den bestehenden mitgliedstaatlichen Spielräumen weiterführend *Kühling/Martini u.a.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016.

¹¹ Vgl. *Bäcker*, in: Wolff/Brink, Beck'scher Online-Kommentar zum DatenschutzR, 33. Ed., Stand: 1.8.2020, Art. 2 Rn. 26 ff.

¹² *Roggenkamp*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 21 Rn. 4.

¹³ BVerfG NJW 2020, 300 (301 ff.).

¹⁴ Auch Telekommunikationsgeheimnis genannt.

¹⁵ BVerfGE 107, 299 (312); 113, 348 (364); 125, 260 (310); a. A.: *Eisenberg/Singelstein*, NStZ 2005, 62 (64) Fn. 27, die in Bezug auf die „stille SMS“ einen Vorrang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung annehmen.

¹⁶ *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, 91. Lfg., Stand: April 2020, Art. 10 Rn. 288.

¹⁷ BVerfGE 115, 166 (182).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 46, 120 (144).

¹⁹ *Durner* (Fn. 16), Art. 10 Rn. 86.

²⁰ BVerfG NJW 2007, 351 (353); vgl. auch BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. *Puschke; Penkuhn/Hill*, JuS 2020, 651 (652 f.).

zu durchsuchen, sondern auch dann, wenn sie sich mit besonderen Hilfsmitteln einen Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung verschaffen, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb entzogen sind, insbesondere die akustische oder optische Wohnraumüberwachung.²¹ Eine solche Eingriffsqualität müsste auch dem Einsatz „stiller SMS“ zukommen, damit der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG berührt ist. Polizeibeamte könnten jedoch allenfalls ermitteln wollen, ob sich ein potenzieller Straftäter in einer konkreten Wohnung aufhält. Die Ortungsmethode „stille SMS“ ist gleichwohl selbst in Gebieten mit einem dichten Funkzellennetz lediglich auf 50 Meter genau und eignet sich daher nur begrenzt für derartige Ermittlungen.²² Mithin verschafft der Einsatz „stiller SMS“ grundsätzlich keinen Einblick in Räume, die der Öffentlichkeit entzogen sind.

Ein Grundrechtseingriff wäre dennoch gegeben, wenn Art. 13 Abs. 1 GG dem Einzelnen auch einen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz gegen staatliche Überwachungsmaßnahmen vermittelte. Hierfür könnte ein vergleichbares Schutzbedürfnis bei der Nutzung digitaler Endgeräte sprechen. Schließlich trägt der Einzelne mit seinem Smartphone und den darauf gespeicherten Daten (z.B. Kontoauszüge oder Urlaubsbilder) oftmals ein Stück „Zuhause“ mit sich umher. Das BVerfG hat jedoch in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung einen derart weiten Schutzbereich ausdrücklich verneint.²³ Nach dieser Rechtsprechung vermag der räumliche Privatsphärenschutz des Art. 13 Abs. 1 GG auch vorliegend nicht, die spezifische Gefährdung der informationellen Selbstbestimmung abzuwehren, da der Versand der „stillen SMS“ losgelöst vom Standort des Betroffenen inner- oder außerhalb einer Wohnung erfolgt.²⁴ § 10b LPolG-E berührt Art. 13 Abs. 1 GG mithin grundsätzlich nicht.

III. Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ könnte indes das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen.

1. Schutzbereich

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG beinhaltet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen.²⁵ Da der Versand einer „stillen SMS“ ohne die Zustimmung ihres Empfängers erfolgt,

kann dieser nicht über die Verarbeitung seiner personenbezogenen Standortdaten entscheiden. Folglich ist der Schutzbereich eröffnet.

2. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor, wenn personenbezogene Daten erhoben, gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden.²⁶ Da es für das BVerfG kein „belangloses Datum“ gibt,²⁷ kommt es auf die Sensibilität der jeweiligen Daten nicht an.²⁸ Mithin greift bereits das einmalige Versenden einer „stillen SMS“ in das Grundrecht ein, da schon dadurch Standortdaten des potenziellen Straftäters anfallen. Erst recht gilt dies für die Erstellung eines umfassenden Bewegungsprofils.²⁹ Auch die Heimlichkeit der staatlichen Maßnahme erhöht ihre Eingriffsintensität.³⁰

Fraglich ist, ob der Eingriff bereits in dem Moment gegeben ist, in dem die Standortdaten erzeugt werden, oder erst, wenn die Polizei die Daten tatsächlich vom Mobilfunkanbieter erhalten hat. Für letzteren Zeitpunkt könnte sprechen, dass der Versand der „stillen SMS“ die Standortermittlung lediglich vorbereitet. Das BVerfG hat jedoch entschieden, dass es für einen Grundrechtseingriff allein auf die Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit der personenbezogenen Daten ankommt.³¹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verfügt demnach über einen Vorfeldschutz gegenüber staatlichen Überwachungsmaßnahmen.³² Ein Eingriff in das Grundrecht liegt bereits dann vor, wenn die Polizei auf die personenbezogenen Standortdaten potenziell zugreifen kann.³³

3. Rechtfertigung

Die Regelung des § 10b LPolG-E greift mithin in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein.

a) Schranke

Denn das Grundrecht ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Betroffene muss vielmehr Beschränkungen im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen.³⁴ Der Einsatz „stiller SMS“ soll insbesondere Straftaten gegen Leib, Leben und Freiheit der Person sowie gegen den Bestand des Staates und

²¹ BVerfGE 109, 279 (309 und 327).

²² Vgl. BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke („recht grobe[s] Bewegungsprofil“); Farthofer, ZIS 2020, 190 (190); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einsatz und Rechtfertigung der „stillen SMS“ im Strafprozess- und Polizeirecht, 2012, S. 5.

²³ BVerfGE 120, 274 (310); a. A.: Buermeyer, HRRS 2007, 329 (332 ff.); Rux, JZ 2007, 285 (292 ff.).

²⁴ BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke; Penkuhn/Hill, JuS 2020, 651 (653).

²⁵ BVerfGE 65, 1 (42).

²⁶ BVerfGE 65, 1 (43).

²⁷ BVerfGE 65, 1 (45).

²⁸ Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 81; Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 44. Ed., Stand: 15.8.2020, Art. 2 Rn. 45 f.

²⁹ BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke; Farthofer, ZIS 2020, 190 (191 f.).

³⁰ BVerfG BeckRS 2020, 16236.

³¹ BVerfGE 65, 1 (44 f.).

³² Bull, NJW 2006, 1617 (1623); Mysegades, NVwZ 2020, 852 (854 f.).

³³ BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke; Eisenberg/Singelnstein, NSTZ 2005, 62 (65); Krüger, ZJS 2012, 606 (610 f.), die in der Datenerzeugung jedoch keinen schwerwiegenden Grundrechtseingriff sieht.

³⁴ BVerfGE 65, 1 (43).

seine innere bzw. äußere Sicherheit verhindern. Damit dient § 10b LPolG-E dem allgemeinen Interesse an einer effektiven Abwehr von Angriffen auf überragend wichtige Individual- und Gemeinschaftsrechtsgüter.

b) Schranken-Schranke

Die Grundrechtsbeschränkungen unterliegen jedoch ihrerseits den Vorgaben des GG.

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

Insbesondere bedarf ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einer Rechtsgrundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar ergeben.³⁵ Die Regelung des § 10b Abs. 1 LPolG-E könnte gegen diesen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen, da sie nicht die konkrete Methode der „stillen SMS“ nennt, sondern den Begriff des „technischen Mittels“ verwendet.

Dem Gesetzgeber steht es jedoch grundsätzlich frei, technikneutrale Begriffe zu verwenden, die offen für den informationstechnischen Fortschritt sind.³⁶ Zwingend ist allein, dass die Norm dennoch hinreichend bestimmt ist. Dieser Anforderung genügt § 10b Abs. 1 LPolG-E, da er insbesondere den Zweck der Datenverarbeitung klar festlegt: die Standortermittlung eines Telekommunikationsendgerätes zur Abwehr schwerer Straftaten.

bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Einsatz „stiller SMS“ auf Grundlage von § 10b LPolG-E muss sich zudem als verhältnismäßig erweisen, damit er verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Ein Gesetz ist verhältnismäßig, wenn es einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1) Legitimer Zweck

Ein legitimer Zweck ist zu bejahen, wenn die Rechtsgrundlage des § 10b LPolG-E einem Zweck dient, der zulässigerweise verfolgt werden darf. Die Landesnorm soll den Einsatz „stiller SMS“ ermöglichen, um schweren Straftaten vorzubeugen. Damit dient sie der Gefahrenabwehr, die als staatliche Schutzaufgabe einen legitimen Zweck darstellt.

(2) Geeignetheit

Die Vorschrift ist geeignet, wenn der angestrebte Zweck mit ihr zumindest gefördert werden kann. Durch die Standortermittlung potenzieller Straftäter kann die Polizei Straftaten verhindern. Mithin erweist sich die Einsatzmöglichkeit „stillen SMS“ als geeignet dafür, den legitimen Zweck der Gefahrenabwehr zu fördern.

(3) Erforderlichkeit

Die Vorschrift des § 10b LPolG-E müsste auch erforderlich sein. Dies setzt voraus, dass der Landesgesetzgeber kein

anderes, gleich geeignetes, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.

Vorliegend erscheint auf den ersten Blick bereits der Regelungsbedarf fraglich zu sein. Schließlich finden sich bereits zwei Rechtsgrundlagen, die der Polizei des Bundeslandes L den Einsatz „stillen SMS“ gestatten: § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO und § 10a LPolG.

§ 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO begründet jedoch keine Ermächtigungsgrundlage zur Gefahrenabwehr, sondern nur zur Strafverfolgung. § 10a LPolG wiederum stellt zwar eine gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigungsgrundlage dar. Er dient gleichwohl ausschließlich dazu, den Aufenthaltsort einer vermissten, suizidgefährdeten oder einen Notruf auslösenden gefährdeten hilflosen Person zu ermitteln.³⁷ Die Norm erlaubt keine Ortung potenzieller Straftäter – soweit sie nicht selbst in Gefahr sind.

Unter Umständen hätte der Landesgesetzgeber aber andere technische Mittel zur Standortermittlung wählen können, die gleich geeignet, aber eingriffsmilder als die „stille SMS“ sind. In Betracht käme etwa der Einsatz eines sogenannten IMSI-Catchers³⁸, der eine virtuelle Funkzelle erzeugt, in die sich alle in einem bestimmten Radius befindlichen Mobilfunkgeräte einwählen.³⁹ Damit kann ein IMSI-Catcher aber den gesamten betroffenen Mobilfunkverkehr – nicht nur den der Zielperson – blockieren und es zugleich ermöglichen, Telefonate abzuhören.⁴⁰ Im Vergleich dazu erweist sich der Einsatz „stillen SMS“ als weniger eingriffsintensiv, da er insbesondere zielgerichteter erfolgen kann, womit sich Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte vermeiden lassen. Außerdem verschafft er der Polizei keinen Zugriff auf Kommunikationsinhalte. § 10b LPolG-E ist demnach als erforderlich anzusehen.

(4) Angemessenheit

§ 10b LPolG-E müsste sich jedoch auch als angemessen erweisen. Das wäre der Fall, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht. Die mögliche Erstellung umfassender Bewegungsprofile stellt einen erheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen dar. Die Bekämpfung schwerer Straftaten wie Mord und Totschlag kann diesen Eingriff gleichwohl grundsätzlich rechtfertigen, da die Gefahrenabwehr im überwiegenden Allgemeininteresse erfolgt.

Zudem finden sich im Gesetzentwurf zahlreiche Anforderungen, die den übermäßigen Gebrauch der „stillen SMS“ verhindern sollen. So erlaubt die Norm nur die Standortermittlung des potenziellen Straftäters und seiner Kontakt- oder Begleitpersonen. Außerdem ist die Standortermittlung zu unterbrechen, wenn sie in den Kernbereich privater Lebens-

³⁵ Franzius, ZJS 2015, 259 (260); Martini, JA 2009, 839 (845).

³⁶ BVerfGE 112, 304 (316); BGH NJW 2018, 2809 (2810) m. Anm. Puschke.

³⁷ Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 22), S. 13 f. in Bezug auf § 25a ASOG Bln, der dem fiktiven § 10a LPolG zugrunde liegt.

³⁸ IMSI steht für „International Mobile Subscriber Identity“.

³⁹ Becker/Ambrock, JA 2011, 561 (566); Jochum, JuS 2010, 719 (719).

⁴⁰ Vgl. BVerfG NJW 2007, 351 (352).

gestaltung oder in ein durch ein Berufsgeheimnis nach §§ 53, 53a StPO geschütztes Vertrauensverhältnis eingreift. § 10b Abs. 5 und 6 LPolG-E stellen sicher, dass die Polizei nicht mehr benötigte Datensätze löschen und den Betroffenen über den Einsatz der „stillen SMS“ informieren muss. Des Weiteren steht die Vorschrift unter einem Richtervorbehalt, sodass in ihr ein vorweggenommener Rechtsschutz verankert ist.⁴¹ Von Bedeutung ist darüber hinaus, dass § 10b Abs. 7 LPolG-E garantiert, dass die Befugnis durch eine unabhängige wissenschaftliche Kommission evaluiert und nach vier Jahren außer Kraft gesetzt werden muss. § 10b LPolG-E ist folglich angemessen.

4. Zwischenergebnis

Die Vorschrift des § 10b LPolG-E stellt einen gerechtfertigten Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Es liegt somit keine Grundrechtsverletzung vor.

IV. IT-Grundrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Eine Verletzung des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil das ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht nur subsidiär anwendbar ist. Nach seiner Konzeption soll das sogenannte IT-Grundrecht Lücken im Rechtsschutz schließen, die daraus resultieren, dass weder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch das Fernmeldegeheimnis greifen.⁴²

Exkurs zum IT-Grundrecht: Das IT-Grundrecht schützt sowohl das Interesse des Einzelnen, dass die ihn betreffenden personenbezogenen Daten in einem informationstechnischen System vertraulich bleiben, als auch die Integrität des Systems selbst.⁴³ Vom sachlichen Schutzbereich erfasst sind indes nur solche Systeme, „die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten“.⁴⁴ Beispiele dafür sind Computer oder Smartphones.⁴⁵ Da-

mit stellt der gefahrenabwehrrechtliche Einsatz „stiller SMS“ regelmäßig einen Eingriff in das IT-Grundrecht dar. Dieser Eingriff ist gerechtfertigt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut wie Leib, Leben und Freiheit der Person vorliegen.⁴⁶

V. Ergebnis

Nachdem die Regelung des § 10b LPolG-E in Kraft getreten ist, könnte die Studierendengruppe direkt Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erheben. Ihre Beschwerde hätte jedoch keine Aussicht auf Erfolg, da die Landesvorschrift materiell verfassungsgemäß ist.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 139, 245 (266).

⁴² BVerfGE 120, 274 (302 ff.); Kritik an der Schaffung eines neuen Grundrechts übten u.a. *Martini*, JA 2009, 839 (840) und *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481 (483 ff.).

⁴³ *Bantlin*, JuS 2019, 669 (670); *Dreier* (Fn. 28), Art. 2 Abs. 1 Rn. 83.

⁴⁴ BVerfGE 120, 274 (314).

⁴⁵ Mobilfunkendgeräte, mit denen sich lediglich Telefonate führen und SMS versenden lassen, fallen hingegen nicht unter den Begriff des informationstechnischen Systems, da ihr Funktions- und Datenverarbeitungsumfang zu beschränkt ist (vgl. BVerfGE 120, 274 [314]; ebenso *Hornung*, CR 2008, 299 [302]). Bei ihrer Nutzung kann allein der Schutz-

bereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eröffnet sein.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 120, 274 (328).