

Lösungsskizze

Die Verfassungsbeschwerde des T hat Aussicht auf Erfolg, soweit diese zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und §§ 90 ff. BVerfGG erfüllt sind.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Gegenstand des Verfahrens sind zwar Maßnahmen der Landespolizei Schleswig-Holstein, die sich dabei auf eine landesgesetzliche Ermächtigung stützt. Mangels Landesverfassungsbeschwerde scheidet jedoch eine vorrangige Zuständigkeit des Landesverfassungsgerichts aus; vgl. auch § 90 Abs. 3 BVerfGG.

II. Beschwerdeberechtigung

T müsste auch beschwerdeberechtigt sein. Dies setzt einerseits eine „Beteiligtenfähigkeit“, andererseits auch eine Prozessfähigkeit, also die Möglichkeit seine Rechte selbst prozessual geltend zu machen, voraus. Die Beteiligtenfähigkeit wird von § 90 Abs. 1 BVerfGG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG „Jedermann“ zuerkannt, wobei damit die Grundrechtsfähigkeit angesprochen ist¹. Diese kommt T als natürlicher Person unproblematisch zu. Demgegenüber meint die Prozess- oder Verfahrensfähigkeit die „Grundrechtsmündigkeit“, auch diese ist bei erwachsenen, voll geschäftsfähigen Personen anzunehmen².

III. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ein konkreter Akt öffentlicher Gewalt. Das damit angesprochene Verhalten (Handeln oder Unterlassen) ist Sachentscheidungsvoraussetzung. Insofern kommen sowohl Akte der Legislative, Exekutive als auch Judikative als tauglicher Verfahrensgegenstand in Betracht. Vorliegend wendet sich T gegen die polizeilichen Maßnahmen. Deren Rechtsnatur ist dabei nicht maßgeblich, auch Realakte werden erfasst. Nicht näher muss darauf eingegangen werden, ob sich T aufgrund der Rechtswegerschöpfung ebenfalls gegen die bestätigenden Gerichtsurteile wendet. Auch mehrere Akte der öffentlichen Gewalt können angegriffen werden und damit Beschwerdegegenstand sein³. Dabei hat es das BVerfG auch für zulässig erachtet, dass die Verfassungsbeschwerde bei mehreren in derselben Sache ergangenen Entscheidungen gegen jede einzelne dieser Entscheidungen gerichtet wird, und den Beschwerdeführer nicht darauf verwiesen, ausschließlich die letztinstanzliche Entscheidung anzugreifen⁴. In jedem Fall sind also die polizeilichen Einzelmaßnahmen als Exekutivakte taugliche Beschwerdegegenstände⁵. Trotz seiner privaten Moti-

¹ Im Rahmen der *Beschwerdeberechtigung* ist nur maßgeblich, dass der Beschwerdeführer abstrakt und grundsätzlich Grundrechtsberechtigter ist, während im Rahmen der *Beschwerdebefugnis* die konkrete Möglichkeit der Verletzung bestimmter Grundrechte zu prüfen ist.

² Dieser Aspekt ist vor allem bei Minderjährigen, ggf. auch juristischen Personen zu problematisieren; allg. zur Grundrechtsmündigkeit *Bethge*, in: Maunz u. a. (Hrsg.), BVerfGG, Loseblattsammlung (Stand: 34. Erg.-Lieferung 2011), § 90 Rn. 168 ff.

³ *Bethge*, in: Maunz u. a. (Hrsg.), BVerfGG, Loseblattsammlung (Stand: 34. Erg.-Lieferung 2011), § 90 Rn. 183.

⁴ *Stelkens*, DVBl 2004, 403 (404).

⁵ Die Ausdehnung auf die gerichtlichen Entscheidungen würde auch nicht zu einem anderen Prüfungsmaßstab führen, zumal das BVerfG keine Superrevisionsinstanz ist, sondern nur prüft, ob das Gericht bei seiner Urteilsfindung spezifi-

vation handelte der Polizist P bei der Durchführung auch in Ausübung seines Dienstes und nicht als Privatperson.

IV. Beschwerdebefugnis

Da die Verfassungsbeschwerde in erster Linie ein Instrument grundrechtlichen Individualrechtsschutzes und kein Verfahren der objektiven Verfassungssicherung ist, in welchem dem Antragsteller eine bloße Anstoßfunktion für die Eröffnung des Verfahrens zukäme, muss der Beschwerdeführer daher prinzipiell ein eigenes Grundrecht einklagen⁶. Eine Populärverfassungsbeschwerde (Popularklage) ist ausgeschlossen⁷. Diesem Ziel dient neben anderen Kriterien vor allem das Erfordernis der Beschwerdebefugnis⁸, die sich aus zwei Komponenten zusammensetzt⁹:

- Zum einen muss nach dem Sachvortrag des Beschwerdeführers eine eigene Grundrechtsverletzung als möglich erscheinen. Notwendig ist eine schlüssige Rechtsverletzungsbehauptung (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. § 90 Abs. 1 BVerfGG).
- Zum zweiten muss der Beschwerdeführer durch den angegriffenen Akt öffentlicher Gewalt (Beschwerdegegenstand) in seinen Grundrechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen (beschwert) sein¹⁰.

Die polizeilichen Maßnahmen, die gegen T ergriffen wurden, waren auf die Kenntnisnahme von Inhalten seiner „Online“-Kommunikation gerichtet. Diese kann Schutzgegenstand des Art. 10 Abs. 1 GG in Form des Fernmeldegeheimnisses sein, dessen Verletzung somit nicht von vornherein ausgeschlossen, mithin möglich erscheint. Gleiches gilt für die subsidiären Auffanggrundrechte des Art. 2 Abs. 1 GG, sei es als allgemeine Handlungsfreiheit, als allgemeines Persönlichkeitsrecht oder seiner Teilgehalte wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Die Grundrechtsbeschwerde als Voraussetzung für eine Entscheidung zur Sache muss prinzipiell noch im Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde gegeben sein („Gegenwärtigkeit“). Die polizeilichen Maßnahmen dürften sich also mit ihrer Beendigung nicht erledigt haben. Davon kann nicht ausgegangen werden, die mögliche Grundrechtsverletzung wirkt fort und wurde in Form der bestätigenden Gerichtsentscheidungen noch perpetuiert.

Des Weiteren müsste T selbst und unmittelbar betroffen sein. Er war Adressat der Maßnahmen, sein Handeln und seine Kommunikation sollten erhoben und ggf. in einem weiteren Verfahren gegen ihn verwendet werden. Selbstbetroffenheit und Unmittelbarkeit sind daher gegeben.

V. Rechtswegerschöpfung

Gemäß § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG kann eine Verfassungsbeschwerde i. d. R. erst nach Erschöpfung des Rechtsweges eingelegt werden. T hat vor den Verwaltungsgerichten – in allen Instanzen erfolglos –

sches Verfassungsrecht missachtet hat. Die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen nach einfachem Recht wäre ebenfalls nicht Gegenstand des Verfahrens.

⁶ *Bethge*, in: Maunz u. a. (Hrsg.), BVerfGG, Loseblattsammlung (Stand: 34. Erg.-Lieferung 2011), § 90 Rn. 336.

⁷ BVerfGE 43, 291 (386); 79, 1 (14); *Hopfau*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau (Hrsg.), GG, 11. Aufl., 2008, Art. 93 Rn. 184, 187.

⁸ BVerfGE 60, 360 (371).

⁹ *Bethge*, in: Maunz u. a. (Hrsg.), BVerfGG, Loseblattsammlung (Stand: 34. Erg.-Lieferung 2011), § 90 Rn. 336.

¹⁰ BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (206); 108, 370 (384); 109, 279 (305); 110, 141 (151); 113, 348 (362).

Rechtsschutz gegenüber den polizeilichen Maßnahmen gesucht, sodass auch diese Sachentscheidungsvoraussetzung erfüllt ist.

VI. Subsidiarität

Des Weiteren dürfte der Verfassungsbeschwerde der Grundsatz der Subsidiarität nicht entgegenstehen. Nach diesem – vom BVerfG letztlich in erweiternder Auslegung des § 90 Abs. 2 BVerfGG "gefundenen" – Grundsatz hat der Beschwerdeführer neben der Erschöpfung des Rechtswegs alle anderweitig bestehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, die geeignet sind, die Grundrechtsverletzung zu beseitigen oder ohne Inanspruchnahme des BVerfG im praktischen Ergebnis dasselbe zu erreichen¹¹. Anhaltspunkte, wie T sein Ziel anderweitig erreichen kann, sind nicht ersichtlich – auch liegt keine Fallgruppe vor, in denen die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde diskutiert wird¹².

VII. Frist

Die Verfassungsbeschwerde müsste innerhalb der Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG (ein Monat) eingelegt worden sein: Dabei bewirkt § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, dass die Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG erst mit Zustellung, Verkündung oder Bekanntgabe der letztinstanzlichen Entscheidung zu laufen beginnt. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass T fristgerecht gehandelt hat.

VIII. Form / ordnungsgemäßer Antrag

T muss seine Verfassungsbeschwerde schriftlich einlegen und mit einer Begründung versehen; vgl. §§ 23, 92 BVerfGG. Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerde des T diesen formalen Kriterien genügt.

IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Anhaltspunkte, die über das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung und den Grundsatz der Subsidiarität hinaus, geeignet wären, das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis des T auszuschließen sind nicht ersichtlich.

B. Begründetheit

Im Rahmen der Begründetheit ist zunächst zu beachten, dass das BVerfG, selbst wenn das letztinstanzliche Urteil auch zum Gegenstand des Verfahrens gemacht wird, keine Superrevisionsinstanz ist. Daher wird die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen nach einfachem Gesetzesrecht nicht überprüft. Maßgeblich ist ausschließlich die Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht.

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit T durch die polizeilichen Maßnahmen in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt wird. Die Maßnahmen der Überwachung des allgemein zugänglichen Chats sowie der Nutzung einer fremden Online-Identität, mit und ohne Einverständnis des Berechtigten, sind dabei jeweils eigenständig auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.

I. Allgemein zugänglicher Chat

Zunächst könnte also die Teilnahme des Polizeibeamten P an einem allgemein zugänglichen Chat mithilfe eines Pseudonyms, unter dem er auch verschiedene Gespräche mit T geführt hat, eine Verletzung der

¹¹ *Sperlich*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2005, § 90 Rn. 127.

¹² *Bethge*, in: Maunz u. a. (Hrsg.), BVerfGG, Loseblattsammlung (Stand: 34. Erg.-Lieferung 2011), § 90 Rn. 401 ff.

Grundrechte des T darstellen. Denkbar sind Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bzw. am gesprochenen / geschriebenen Wort als Unterfall.

1. Verletzung von Art. 10 Abs. 1 GG – Fernmeldegeheimnis

Neben dem Post- und Briefgeheimnis schützt Art. 10 Abs. 1 GG auch moderne Kommunikationsmittel, nämlich in Form des Fernmeldegeheimnisses. Fraglich ist, ob ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in diesen Schutzbereich vorliegt.

a) *Schutzbereich*

Zunächst müsste der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses eröffnet sein. Dieses schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe der Telekommunikationstechnik. Die Beteiligten sollen dabei möglichst so gestellt werden, wie sie bei einer Kommunikation unter Anwesenden stünden¹³. Das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG ist entwicklungs offen und umfasst daher nicht nur die bei Entstehung des Grundgesetzes bekannten Arten der Nachrichtenübertragung, sondern auch neuartige Techniken¹⁴. Die konkrete Übermittlungsart (Kabel oder Funk, analoge oder digitale Vermittlung) oder Ausdrucksform (Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) ist daher nicht von Belang¹⁵. Unerheblich ist auch, ob der Staat oder ein privates Unternehmen, die jeweiligen Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen betreibt¹⁶. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses erfasst die Vertraulichkeit der ausgetauschten Informationen und schirmt damit den Kommunikationsinhalt gegen unbefugte Kenntniserlangung durch Dritte ab¹⁷. Darüber hinaus sind die näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs geschützt. Dazu zählt, ob, wann und wie oft zwischen Personen oder Endeinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder dieser versucht wurde¹⁸.

Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG umfasst damit auch die mit einem an das Internet angeschlossenen informationstechnischen System (PC) geführte laufende Fernkommunikation¹⁹, unabhängig von der konkreten technischen Realisierung (Voice-over-IP, Echtzeit-Chat, zeitversetzte Kommunikation in einem Forum, E-Mail). Die Teilnahme des T an einem allgemein zugänglichen Internet-Chat, für den man sich zuvor registrieren muss, ist daher vom sachlichen Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG erfasst.

b) *Eingriff*

Es müsste zudem ein Eingriff in den speziellen Schutzgegenstand des Art. 10 Abs. 1 GG vorliegen. Ein solcher kann insbesondere im Fall eines zielgerichteten Rechtsakts (Finalität), welcher unmittelbar den Schutzbereich des Grundrechts berührt, rechtlich verbindlich ist und mit Zwang durchgesetzt werden kann, angenommen werden ("klassischer Eingriff"²⁰). Darüber hinaus ist aber auch alles staatliche Handeln als Eingriff zu bewerten, das dem einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, unmöglich macht. Danach liegt ein Eingriff auch vor bei nicht-finalen (= unbeabsichtigten) Beeinträchtigungen des Staates und bei faktischen (= tatsächlichen) Eingriffen vor, wobei die Grundrecht-

¹³ BVerfGE 115, 166 (182) m. w. N.

¹⁴ Baldus, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Ed. 11 (Stand: 01. 07. 2011), Art. 10 Rn. 7.

¹⁵ BVerfG, NJW 2006, 976.

¹⁶ BVerfGE 107, 299 (313).

¹⁷ BVerfGE 115, 166, (183).

¹⁸ BVerfG, NJW 2006, 976.

¹⁹ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

²⁰ Zu den Eingriffsbegriffen statt vieler Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 238 ff.

te nicht schon vor jeder nachteiligen Betroffenheit, insbesondere nicht vor bloßen Belästigungen²¹, schützen sollen. Maßgeblich ist also neben der Intention auch die Intensität und Typizität der Maßnahme ("moderner Eingriffsbegriff").

Die Überwachung der Kommunikation ist kein finaler Rechtsakt, insbesondere kein Verwaltungsakt. Die Kenntnisnahme persönlicher Gespräche erreicht aber auch als faktische Maßnahme (Realakt) die erforderliche Intensität. So sind als Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG im Einzelnen folgende Maßnahmen anerkannt worden: die gerichtliche Anordnung der Überwachung und Aufzeichnung der Kommunikation²² bzw. des Zugriffs auf diese²³, die Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten²⁴ sowie die einer Kenntnisnahme vorausgehenden Arbeitsschritte, wie die Erfassung der Kommunikation und ihre Bereitstellung etwa für einen späteren Abgleich der Kommunikationsdaten mit anderen Daten²⁵.

Insofern könnte sich also auch die Teilnahme eines Ermittlers an einem öffentlich-zugänglichen Chat als Eingriff darstellen. Hinzuweisen ist aber darauf, dass der Eingriff immer auch die spezifische Schutzfunktion des jeweiligen Grundrechts beeinträchtigen muss. Daran könnte es bei einer Teilnahme an einem öffentlich zugänglichen Chat fehlen.

Art. 10 Abs. 1 GG schützt lediglich das Vertrauen des Einzelnen darin, dass eine Fernkommunikation, an der er beteiligt ist, nicht von Dritten, die nicht ihrerseits Kommunikationsteilnehmer sind, zur Kenntnis genommen wird. Dagegen ist das Vertrauen der Kommunikationspartner zueinander nicht Gegenstand des Grundrechtsschutzes. Steht im Vordergrund einer staatlichen Ermittlungsmaßnahme nicht der unautorisierte Zugriff auf die Telekommunikation, sondern die Enttäuschung des personengebundenen Vertrauens in den Kommunikationspartner, so liegt darin kein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG²⁶. Die staatliche Wahrnehmung von Inhalten der Telekommunikation ist daher nur dann am Telekommunikationsgeheimnis zu messen, wenn eine staatliche Stelle eine Telekommunikationsbeziehung von außen überwacht, ohne selbst Kommunikationsadressat zu sein. Das Grundrecht schützt dagegen nicht davor, dass eine staatliche Stelle selbst eine Telekommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger aufnimmt²⁷.

Auch wenn der Polizist P gegenüber T seine wahre Identität und Intention der Kontaktaufnahme nicht offenbart, so wurde er doch Kommunikationsbeteiligter und -adressat. Die Chat-Kommunikation wurde in diesem Fall staatlicherseits "von innen" und nicht – wie für einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG erforderlich – von außen überwacht und erhoben.

Hinsichtlich Art. 10 Abs. 1 GG erscheint dieses „Autorisierungskonzept“²⁸ des BVerfG überzeugend, ohne dass damit zugleich eine grundsätzliche Aussage zum fehlenden Eingriffscharakter derartiger Überwachungsmaßnahmen auch für andere Grundrechte getroffen werden kann. Immer wenn eine staatliche Stelle auf dem technisch dafür vorgesehenen Weg von Inhalten der Internetkommunikation Kenntnis erlangt und dabei selbst Kommunikationspartner wird oder einverständlich mit mindestens einem Kommunikationsteilnehmer handelt, also von diesem autorisiert ist, bleibt die von Art. 10 GG geschützte Vertraulichkeit des Kommunikationsmittels unberührt. Das Fernmeldegeheimnis schützt nur „mediengebundenes“, nicht aber das personengebundene Vertrauen. Diese Erkenntnis hat sich nicht erst im Zuge der

²¹ Vgl. zur Kritik am „Bagatellvorbehalt“ sogleich unter Gliederungspunkt XX.

²² BVerfG(K), NJW 2007, 2752.

²³ BVerfG, NJW 2009, 2433.

²⁴ BVerfGE 100, 313 (366).

²⁵ BVerfGE 100, 313 (366).

²⁶ Vgl. BVerfGE 106, 28 (37 f.).

²⁷ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

²⁸ *Bäcker*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 106 ff. m.w.N.

Verbreitung moderner Übermittlungsformen durchgesetzt, sondern lässt sich bereits dem Hörfallen-Beschluss des BVerfG²⁹ entnehmen.

c) Zwischenergebnis

Mangels Eingriff scheidet somit eine Verletzung des Fernmeldegeheimnis des T aus Art. 10 Abs. 1 GG aus.

2. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG³⁰)

Daneben erscheint auch eine Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 GG, sei es in Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder dessen speziellen Ausprägungen des Rechts am gesprochenen bzw. geschriebenen Wort, denkbar. Eine Grundrechtsverletzung setzt einen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Eingriff in den Schutzbereich voraus.

a) Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lässt sich als die Summe unbenannter, in der Rechtsprechung entwickelter Persönlichkeitsrechte veranschaulichen³¹, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen³². Das in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung³³ geht über den Schutz der Privatsphäre hinaus³⁴, liegt gleichsam quer zur Privat-, Sozial- und Intimsphäre. Es beinhaltet die Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten grundsätzlich selbst zu bestimmen³⁵. Da auch das (eigene) gesprochene oder (im Internet) geschriebene Wort als personenbezogenes Datum anzusehen ist, sind diese beiden – in der Rechtsprechung anerkannten Rechtspositionen³⁶ – nicht nur ein Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern im speziellen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung³⁷.

Das (aktive³⁸) Handeln des Einzelnen im Internet, unerheblich zu welchem Zweck, wird von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt³⁹, während die Kenntnisnahme der dabei geäußerten Meinungen, Daten und Informationen vom (passiven) Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgedeckt wird. Bei einer Online-Kommunikation in einem allgemein zugänglichen Chat handelt es sich um personenbezogene Daten, die somit vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst werden.

b) Eingriff

Auch hinsichtlich der Grundrechte des Art. 2 Abs. 1 GG müsste ein Eingriff feststellbar sein. Dabei können die im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 GG auf Kommunikationsinhalte bezogenen staatlichen Maßnah-

²⁹ BVerfGE 106, 28 (35 ff.).

³⁰ Nachfolgend wird die Ansicht zugrunde gelegt, auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie seine speziellen Teilgehalte fänden ihre Rechtsgrundlage ausschließlich in Art. 2 Abs. 1 GG; ein Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG ist entbehrlich; s. dazu Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007; Luch, Das Medienpersönlichkeitsrecht, 2008, S. 85 f.

³¹ Lang, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Ed. 11 (Stand: 01. 07. 2011), Art. 2 Rn. 34.

³² Vgl. BVerfG, NJW 2008, 822 (824); BVerfGE 99, 185 (193); 114, 339 (346).

³³ BVerfGE 65, 1 ff.

³⁴ BVerfG, NJW 2008, 822 (826).

³⁵ Grundlegend BVerfGE 65, 1 (43).

³⁶ Statt vieler Di Fabio, in: Maunz u.a. (Hrsg.), GG, Loseblatt (Stand: 61. Ergänzungslieferung 2011), Art. 2 GG, Rn. 196 ff. m. w. N.

³⁷ Schulz, Änderungsfeste Grundrechte, 2008, S. 484 f.

³⁸ Zur Abgrenzung zwischen (aktivem) allgemeiner Handlungsfreiheit und (passiven) allgemeinem Persönlichkeitsrecht Luch, MMR 2011, 75 (77).

³⁹ Luch, MMR 2011, 75 (77).

men (Überwachung und Aufzeichnung der Kommunikation bzw. Zugriff auf diese, Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten) auch beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Grundrechtseingriff klassifiziert werden. Über den durch die Kriterien der Unmittelbarkeit und Finalität geprägten klassischen Eingriffsbegriff hinaus schützt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in diesem weiten Sinne vor jeder Form der Erhebung, schlichter Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung von persönlichen – d. h. individualisierten oder individualisierbaren – Informationen⁴⁰.

Allerdings erscheint auch hier fraglich, ob die Teilnahme an einem öffentlich zugänglichen Chat durch staatliche Stellen und damit auch die Kenntnisnahme der dort geäußerten Inhalte Eingriffscharakter hat. So soll ein staatlicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Hinblick auf den Erhebungsakt auszuschließen sein, wenn die Information aus offenen Quellen stammt⁴¹, wobei schon die Einordnung von Zugangsgesicherten Chaträumen als offene Quelle Schwierigkeiten bereitet.

aa) BVerfG: kein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG

Nach dem BVerfG soll ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. seine Einzelausprägungen ausscheiden, wenn sich die auf der Website angezeigten Inhalte an „einen nicht weiter abgegrenzten Personenkreis richten“⁴². Erfasst würden auch Angebote, die zwar eine vorherige Registrierung erfordern, bei denen aber eine Kontrolle der Identität durch den Betreiber der Seite nicht stattfindet⁴³. Jeder, der die Hürde der Registrierung nimmt, erhält einen Benutzernamen (in der Regel werden Pseudonyme gewählt) und ein Passwort, so dass auch Ermittlungsbehörden das Anmelden unter einer fiktiven Identität möglich ist. Für die grundrechtliche Beurteilung ist es zunächst unerheblich, ob aufgrund der Registrierung Zugang zu besonderen Inhalten oder einem geschützten Kommunikationsraum (Chat, Forum, Blog o. ä.) gewährt wird, weil eine Abgrenzung zwischen Kommunikation und sonstigen Inhalten nicht möglich ist. Zu beachten ist lediglich, dass bei Kommunikationsplattformen jeglicher Art mit den daran Beteiligten weitere Grundrechtsträger hinzutreten, deren Rechte durch die staatlichen Maßnahmen beeinträchtigt werden könnten. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus:

„Das heimliche Aufklären des Internet greift ... nicht stets in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ein. ...

Zumindest in der Regel ist auch ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verneinen.

Eine Kenntnisnahme öffentlich zugänglicher Informationen ist dem Staat grundsätzlich nicht verwehrt. Dies gilt auch dann, wenn auf diese Weise im Einzelfall personenbezogene Informationen erhoben werden können (...). Daher liegt kein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor, wenn eine staatliche Stelle im Internet verfügbare Kommunikationsinhalte erhebt, die sich an jedermann oder zumindest an einen nicht weiter abgegrenzten Personenkreis richten. So liegt es etwa, wenn die Behörde eine allgemein zugängliche Webseite im World Wide Web aufruft, eine je-

⁴⁰ *Di Fabio*, in: Maunz u.a. (Hrsg.), GG, Loseblatt (Stand: 61. Ergänzungslieferung 2011), Art. 2 GG, Rn. 176.

⁴¹ *Gusy*, DVBl 1991, 1288.

⁴² BVerfGE 120, 274 (344 f.); so auch *Bär*, MMR 1998, 463 (464); *ders.*, Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren, 2007, S. 309; zu den verschiedenen Anmeldeöglichkeiten in Chaträumen ausführlich *Böckenförde*, Die Ermittlung im Netz, 2003, S. 241 ff.

⁴³ So auch *Böckenförde* (Fn. 42), S. 250.

dem Interessierten offen stehende Mailingliste abonniert oder einen offenen Chat beobachtet.

Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt nicht schon dann vor, wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begibt, wohl aber, wenn sie dabei ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausnutzt, um persönliche Daten zu erheben, die sie ansonsten nicht erhalten würde (...).

Danach wird die reine Internetaufklärung in aller Regel keinen Grundrechtseingriff bewirken. Die Kommunikationsdienste des Internet ermöglichen in weitem Umfang den Aufbau von Kommunikationsbeziehungen, in deren Rahmen das Vertrauen eines Kommunikationsteilnehmers in die Identität und Wahrhaftigkeit seiner Kommunikationspartner nicht schutzwürdig ist, da hierfür keinerlei Überprüfungsmechanismen bereitstehen. Dies gilt selbst dann, wenn bestimmte Personen – etwa im Rahmen eines Diskussionsforums – über einen längeren Zeitraum an der Kommunikation teilnehmen und sich auf diese Weise eine Art „elektronische Gemeinschaft“ gebildet hat. Auch im Rahmen einer solchen Kommunikationsbeziehung ist jedem Teilnehmer bewusst, dass er die Identität seiner Partner nicht kennt oder deren Angaben über sich jedenfalls nicht überprüfen kann. Sein Vertrauen darauf, dass er nicht mit einer staatlichen Stelle kommuniziert, ist in der Folge nicht schutzwürdig.⁴⁴

bb) Schulz/Hoffmann: Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG

Fraglich ist, wie sich dieses Autorisierungskonzept grundrechtsdogmatisch erklären lässt, insbesondere ob dieses tatsächlich bereits den Grundrechtseingriff entfallen lässt. Dabei können unterschiedliche Ansatzpunkte gewählt werden, die jedoch alle nicht vollumfänglich überzeugen, obgleich sie zum Teil zu sachgerechten Lösungen – allerdings auf einer anderen, in der Regel Rechtfertigungsebene – beitragen können.

(1) Öffentlichkeitssphäre

Zunächst ließe sich damit argumentieren, dass die Öffentlichkeitssphäre ein grundrechtlich nur eingeschränkt geschützter Bereich ist, da dort mit einer Beobachtung zu rechnen sei, sodass kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen könne. Stützen ließe sich dies mit einem Vergleich aus der „analogen“ Welt, nämlich der Streifenfahrt und der Beobachtung des öffentlichen Raums durch staatliche Stellen oder auch des Nachschlagens in einem Telefonbuch⁴⁵. Die bloße Streifenfahrt wird nicht als Grundrechtseingriff eingeordnet⁴⁶, obwohl auch diese regelmäßig die Erhebung (personenbezogener) Daten zum Ziel hat. Allerdings überzeugt dieser Vergleich aus verschiedenen Gründen nicht. Zunächst kommt es auch im Kontext der Beobachtung des öffentlichen Raums auf die konkrete staatliche Maßnahme an. So wird der Eingriffscharakter von Videobeobachtungen öffentlich zugänglicher Räume kaum noch bestritten⁴⁷, sodass die Polizeigesetze auch entsprechende Rechtsgrundlagen vorsehen. Weiterhin sind in der analogen Welt tatsächlich *öffentliche* Räume denkbar – dies ist aber im Internet gerade nicht der Fall. Es gibt keine den Stra-

⁴⁴ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

⁴⁵ So *Germann*, Gefahrabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 512.

⁴⁶ Statt vieler *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2009, Rn. 165.

⁴⁷ *Gusy* (Fn. 46), Rn. 214 ff.; *Petri*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, H Rn. 193 ff. m.w.N.

Ben vergleichbaren Internetseiten, vielmehr befindet sich derjenige, der im Internet „auf Streife“ ist, immer auf privat betriebenen Homepages, deren Betreibern ein virtuelles Hausrecht zukommt⁴⁸. Und schließlich zeigt das allgemeine Persönlichkeitsrecht, für das vom BVerfG die sog. „Sphärentheorie“ entwickelt wurde⁴⁹, dass der Öffentlichkeitsbezug privater Handlungen allenfalls ein Abwägungstopos im Rahmen der Rechtfertigung ist und nicht *per se* den Schutz ausschließt⁵⁰. Die in der Literatur vorgenommenen Versuche, die nicht geschützten öffentlichen von den geschützten privaten Bereichen im Internet abzugrenzen, können daher vor allem im Rahmen der Bewertung der Schutzwürdigkeit der Kommunikationsteilnehmer hilfreich sein, die Rechte der Betreiber der jeweiligen Angebote bleiben bei einem solchen Ansatz jedoch weitgehend unberücksichtigt. Da Ausgrenzungen auf der Schutzbereichsebene oftmals von subjektiven Vorstellungen geleitet sind und eine Tendenz zur Willkürlichkeit aufweisen, sollte daher auch in diesem Kontext im Sinne einer Zweifelsregelung „in dubio pro libertate“⁵¹ die Schutzwürdigkeit der gesamten Internetkommunikation angenommen werden.

(2) Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Weiterhin fordert auch der Ansatz, grundrechtlich sei nur die Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens durch die staatlichen Stellen, was in der Regel wiederum eine Identifizierbarkeit erfordere, Kritik heraus. Auch bei anderen staatlichen Maßnahmen ist es keineswegs so, dass lediglich heimliche und täuschende staatliche Handlungen Grundrechtsrelevanz besitzen. Dies zeigt schon das bereits angeführte Beispiel der offenen Videobeobachtung des öffentlichen Raums. Heimliche Maßnahmen besitzen unbestritten eine höhere Eingriffsintensität⁵² – daraus aber den Schluss auf die fehlende Schutzwürdigkeit bei fehlender Täuschung oder Verschleierung des staatlichen Charakters zu ziehen, überzeugt nicht. Der zum Teil angeführte Vergleich mit dem Einsatz von verdeckten Ermittlern⁵³ zeigt dies deutlich. Die Regelungen haben angesichts der Heimlichkeit eine besondere Schutzrichtung, dennoch sind aber auch andere Datenerhebungen in der „analogen“ Welt vom Vorliegen spezieller Voraussetzungen abhängig.

Hinzu kommt, dass sich bei einer vermeintlichen „Jedermann-Kommunikation“ die Schutzwürdigkeit nur ablehnen ließe, wenn mangels Identifizierbarkeit der Kommunikationsteilnehmer tatsächliche Anonymität vorläge – dann wären die geäußerten Inhalte der Beteiligten nämlich schon keine personenbezogenen Daten und aus diesem Grund der Schutzbereich mangels Individualisierbarkeit nicht eröffnet. Allerdings ist aufgrund der Rückführbarkeit der einzelnen Kommunikationsinhalte auf die IP-Adresse und der in der Regel möglichen Verknüpfung mit einer natürlichen Person⁵⁴ nahezu das gesamte Handeln im Internet lediglich pseudonymer Natur⁵⁵. Dies ist unabhängig von der Art der Registrierung, selbst bei öffentlich zugänglichen Blogs, Chats oder Foren ist der Personenbezug daher gegeben.

(3) Geringe Eingriffsintensität

⁴⁸ Zum „virtuellen Hausrecht“ *Karavas*, Digitale Grundrechte, 2007, S. 18 ff.; *Maume*, MMR 2007, 620 ff.; *Schmidl*, K&R 2006, 563 ff.; *Redeker*, CR 2007, 265 ff.

⁴⁹ Ausführlich zur Sphärentheorie *Luch* (Fn. 6), S. 42 ff. m.w.N.

⁵⁰ So dezidiert *Luch* (Fn. 30), S. 73; zum Polizeirecht allgemein *Petri* (Fn. 47), Rn. 19, zum Internet Rn. 154.

⁵¹ *Schneider*, in: v. Caemmerer u.a. (Hrsg.), Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, 1960, S. 263 ff. s. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 516 f.

⁵² Zum qualitativen Unterschied zwischen offenen und heimlichen Maßnahmen *Krey/Haubrich*, JR 1992, 309 (313); *Kutscha*, NJW 1994, 85 (87); *Kretschmer*, Jura 1997, 581 (584); *Tiedemann*, KJ 1998, 529 (531).

⁵³ BVerfGE 120, 274 (345); *Eijfert*, NVwZ 2008, 521 (522); *Valerius*, Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden in den Kommunikationsdiensten des Internet, 2004, S. 125 f.; *Wartjen*, in: Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchung, 2008, S. 57 (65).

⁵⁴ Zur Klassifizierung der IP-Adresse als personenbezogenes Datum *Härtling*, CR 2008, 743 (745); *Meyerdierks*, MMR 2009, 8 (9 ff.).

⁵⁵ Eine Ausnahme kann nur angenommen werden, wenn vom Internet-Nutzer sog. Anonymisierungsdienste in Anspruch genommen werden – allerdings sind diese technisch anspruchsvoll und kaum verbreitet.

Zum Teil wird – ausgehend vom sog. „modernen“ Eingriffsbegriff⁵⁶ – vertreten, dass die Grundrechte nicht vor bloßen Bagatelleingriffen, Belästigungen und geringfügigen Beeinträchtigungen schützen⁵⁷. Erforderlich sei eine gewisse Intensität. Insofern ließe sich argumentieren, die Kenntnisnahme von auf öffentlich zugänglichen Portalen o. ä. geäußerten Meinungen oder offenbarten Daten überschreite diese Grenze nicht und sei daher von jedem einzelnen Kommunikationsteilnehmer hinzunehmen. Gegen die Ausgrenzung bestimmter Beeinträchtigungen ausgehend von der Intensität der Maßnahmen bestehen schon grundsätzliche Einwände, die auch und gerade im Kontext des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Geltung beanspruchen. Zwar wird zum Teil der Schutzbereich begrenzt, indem ein „gesteigertes Gefährdungspotenzial bestimmter Maßnahmetypen“ oder die „besondere Sensibilität bestimmter Informationen“ gefordert wird⁵⁸, allerdings sollte – angesichts des Umstandes, dass die Annahme der selbstbestimmten Beherrschbarkeit der Daten eine Utopie und aufgrund der ubiquitären Datenverfügbarkeit im Internet faktisch nicht zu gewährleisten ist – an der vom BVerfG geprägten Aussage, dass es kein „belangloses Datum“ gebe⁵⁹, festgehalten werden.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfasst Daten jeder Art und Güte⁶⁰. Beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann bereits die Erhebung einzelner Daten persönlichkeitsrelevant sein und nicht nur die später ggf. erfolgende Zusammenführung, Verarbeitung oder Verwertung der Erkenntnisse. Beide Ebenen stellen eigenständige Grundrechtseingriffe dar⁶¹, bei denen sich hinsichtlich der Intensität eine pauschale Beurteilung verbietet. Zudem spricht die weitergehende Konkretisierbarkeit der staatlichen Maßnahmen dafür, schon die Erhebung als maßgeblichen Ansatzpunkt zu betrachten. Das Abstellen auf den „staatlichen Umgang mit Daten und Informationen“, der „gerade als Prozess zu strukturieren und transparent“ zu machen ist, um „die Belange des Betroffenen im Rahmen dieses Prozesses zu wahren“⁶², hat zwar auf den ersten Blick den Vorteil, den eigentlichen Zweck staatlicher Datenerhebung zu beurteilen, allerdings sind diese Maßnahmen dem Betroffenen weit weniger bekannt und zum Teil aus zahlreichen Einzelhandlungen zusammengesetzt, die es schwer erscheinen lassen, klare Konturen für eine rechtliche Beurteilung zu finden. Zudem steht auch schon jede Datenerhebung in einer engen Verbindung zu den späteren Handlungen. Dieser Bezug findet sich im legitimen Zweck jeder staatlichen Datenerhebung – dass eine spätere konkrete Verwendungsabsicht zumindest noch der Regelfall ist bzw. aus grundrechtlicher Perspektive zu sein hat⁶³, zeigen die Ausführungen des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung deutlich⁶⁴.

(4) (Mutmaßliche) Einwilligung

⁵⁶ Dazu statt vieler *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 5. Aufl. 2009, Vor Art. 1 Rn. 83 ff. m.w.N.

⁵⁷ Kritisch auch *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 157 f., 205 ff.; das Kriterium der „Intensität“ wird auch abgelehnt von *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998), 57 (87); anders wohl *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 255 ff.

⁵⁸ So *Bäcker* (Fn. 28), S. 122, der sich dezidiert gegen ein „Freiheitsrecht am eigenen Datum“ wendet (S. 121).

⁵⁹ BVerfGE 65, 1 (45).

⁶⁰ *Schulz* (Fn. 37), S. 469. Die Gefahr eines „Super-Abwehrrechts“ (so die Kritik bei *Bäcker* [Fn. 28], S. 121) ist dabei ebenso wie im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit („Jeder kann tun und lassen was er will“) im Interesse eines effektiven Grundrechtsschutzes hinzunehmen.

⁶¹ Bei der gezielten Zusammenführung erkennt das BVerfG dies an; vgl. BVerfG, NJW 2008, 822 (836).

⁶² So *Bäcker* (Fn. 28), S. 121 unter Verweis auf *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 280 ff.; *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (520 f.).

⁶³ Ähnlich *Murswiek*, in *Sachs* (Fn. 56), Art. 2 Rn. 121.

⁶⁴ BVerfGE 121, 1 ff.; vgl. auch BVerfG, BGBl. I 2008, 1850 (Wiederholung); BVerfG, NVwZ 2009, 96 ff. (Erweiterung); dazu *Jenny*, CR 2008, 282 ff.; *Gietl*, DuD 2008, 317 ff.; *Bär*, MMR 2008, 307 f.; *Hoeren*, MMR 2008, 365 f.; zur Erweiterung *Köcher*, DuD 2009, 20 ff.; *Bär*, MMR 2009, 35 f.

Wenn das BVerfG von einer technischen Öffnung der Webserver spricht, beschreibt es letztlich dogmatisch eine Einwilligungslösung, wie sie auch in der Literatur vorherrscht⁶⁵. Durch die Eröffnung des freien Zugangs erkläre sich der Betreiber mit dem Zugriff auf die Daten durch beliebige Dritte einverstanden⁶⁶. Bereits das pauschale Unterstellen dieser (mutmaßlichen) Einwilligung kann jedoch nicht überzeugen. Dies gilt insbesondere bei den beschriebenen Angeboten, die eine vorherige Registrierung erfordern. Durch diese Individualisierung zeigt der Webseitenbetreiber gerade, dass er nicht jeden Zugriff zulassen will, bspw. weil kriminelle Zwecke verfolgt werden. Die Einwilligung ist eine reine Fiktion, zudem muss sie für jeden Grundrechtsberechtigten gesondert festgestellt werden. Der Umstand allein, dass der Personenkreis, dem eine Nachricht, bspw. die sog. Statusmitteilungen bei Facebook, StudiVZ oder Wer-kennt-wen, übermittelt wird, nicht überschaubar ist, heißt keinesfalls, dass man auch mit einer Kenntnisnahme durch staatliche Stellen in ihrer dienstlichen Eigenschaft einverstanden ist. Die Offenbarung im Privaten, und sei es auch an eine unüberschaubare Internet-Community, ist gerade nicht gleichbedeutend mit einem antizipierten Einverständnis auch für die staatliche Kenntnisnahme. Vielmehr ist auch der – unvernünftige – Umgang mit persönlichen Daten grundrechtlicher Freiheitsgebrauch, dessen Inanspruchnahme zu respektieren ist⁶⁷. Und auch die Einwilligung der Betreiber dürfte keinesfalls vorliegen, auch wenn man zunächst argumentieren könnte, die Diensteanbieter stünden einer Kenntnisnahme der Nutzerdaten durch staatliche Stelle undifferenziert gegenüber. Allerdings sollen gerade – auf bestimmte Nutzergruppen wie Studenten, Geschäftspartner, aber eben auch Kriminelle abgestimmte – geschlossene Systeme geschaffen werden, deren Vertraulichkeit, selbst bei einer im Prinzip offenen Zugänglichkeit, Teil des Geschäftsmodells der Betreiber ist.

Wird eine derartige Einwilligungslösung konsequent verfolgt, muss zudem anerkannt werden, dass die (mutmaßliche) Einwilligung auf einer öffentlich zugänglichen Seite ausdrücklich aufgehoben werden kann. So etwa, wenn der Betreiber eines Chatforums ausdrücklich erklärt, dass eine Beteiligung staatlicher Stellen (insbesondere unter einer falschen Identität) nicht gestattet sei. Eine derartige Erklärung kann entweder auf der Startseite oder deutlich erkennbar im Rahmen der von allen Nutzern zu akzeptierenden Benutzerregeln verortet werden. Missachten die Behörden diese Erklärung, indem Ermittler dennoch in staatlicher Funktion an den durch Mitgliedschaften personalisierten Chats teilnehmen, muss demnach ein Eingriff in die Grundrechte des Betreibers vorliegen, der einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Auf die effektive technische Möglichkeit, diese Einschränkung durchzusetzen, kann es dabei nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr, dass diese klar zum Ausdruck gebracht wird.

Indes wird vorgebracht, dass ein ausdrücklicher oder geheimer Vorbehalt des Angebotsbetreibers, keine Beamten in offizieller Funktion als Besucher zuzulassen, unerheblich sei. Insoweit wird auf die sog. Testkäufer-Fälle verwiesen, bei denen die Erfüllung des Tatbestandes des § 123 StGB (Hausfriedensbruch) von Testkäufern, die in Warenhäusern die Einhaltung von Preisbindungen überprüfen, obwohl die Warenhausbetreiber dies mit einem Schild am Eingang verboten haben, verneint wird⁶⁸. Der Vergleich überzeugt schon deshalb nicht, weil das „Eindringen“ in jenen Fällen nur deshalb nicht als widerrechtlich eingestuft wurde, da dem Hausrecht des Inhabers eine stärkere, dieses brechende Befugnis (vertragliche Befugnis der Herstellerfirmen zur Entsendung von Testkäufern) gegenüberstand⁶⁹. Insoweit wurde gerade

⁶⁵ Vgl. etwa *Bär*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 25 Rn. 98; *ders.*, MMR 1998, 463 (464).

⁶⁶ Dagegen ist bereits zu Recht angemerkt worden, dass die technischen Möglichkeiten einer Privatperson schon generell kein Maßstab für die Zulässigkeit staatlicher Ermittlungsmaßnahmen darstellen kann, die aufgrund von Art. 1 Abs. 3 GG die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einhalten müssen, vgl. *Bückerfürde* (Fn. 42), S. 170 f.

⁶⁷ *Schulz*, DuD 2009, 601 (604).

⁶⁸ *Bär* (Fn. 65), Rn. 98; *ders.*, MMR 1998, 463 (464); *ders.* (Fn. 42), S. 310.

⁶⁹ Vgl. etwa LG Frankfurt, NJW 1963, 1022 (1023).

eine Interessenabwägung vorgenommen, wie es auch für staatliche Maßnahmen im Internet angezeigt ist, die jedoch nicht auf der Tatbestands- oder Eingriffsebene, sondern sachgerecht auf der Rechtfertigungsebene zu verorten ist.

cc) Stellungnahme

Es sprechen also die besseren Argumente vorliegend dafür, einen staatlichen Eingriff anzunehmen. Ein öffentlich-zugänglicher Chat mit nicht näher bekannten Kommunikationsteilnehmern lässt sich zwar der Öffentlichkeitsosphäre zuordnen; diese ist allerdings auch vom Schutzgehalt erfasst. Tritt ein Polizist unter einer Legende, also einem Nickname, der keinen Rückschluss auf seine dienstliche Eigenschaft zulässt, auf, liegt auch eine Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens vor. Die Einwilligung des T bezieht sich gerade nur auf „private“ Nutzer eines Chats; der Umstand, dass T dies nicht wirksam überprüfen kann, steht nicht entgegen. Die weiteren Überlegungen (geringe Eingriffsintensität, mutmaßliche Einwilligung) sind zudem auf der Rechtfertigungsebene zu verorten, die eine sachgerechtere Beurteilung des Einzelfalls ermöglicht. Insbesondere kann T nicht unterstellt werden, er habe auch in die staatliche Kenntnisnahme seiner Chat-Beiträge eingewilligt, da man in "privaten", wenn auch offenen Kommunikationsräumen im Internet, nicht mit der Anwesenheit von Polizeibeamten unter einer Legende rechnet. Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des T liegt folglich vor.

c) Rechtfertigung

Schließt man sich der Ansicht, auch in der Kenntnisnahme von in allgemein zugänglichen Chaträumen geäußerten Daten sei ein Grundrechtseingriff zu sehen, an⁷⁰, muss bereits an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit der Rechtfertigung dieses Eingriffs erfolgen. Um Wiederholungen zu vermeiden, sei insofern auf die Ausführungen zur Nutzung einer "fremden" Online-Identität verwiesen.

II. Nutzung einer fremden „Online-Identität“ mit Einverständnis des Berechtigten

Die Kenntnisnahme der Online-Kommunikation des T über eine fremde "Online-Identität", im Einverständnis mit dem eigentlich Berechtigten, könnte ebenfalls eine Verletzung von Art. 10 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG darstellen.

1. Verletzung von Art. 10 Abs. 1 GG – Fernmeldegeheimnis

Zumal die Eröffnung des Schutzbereichs in gleicher Weise zu beurteilen ist, wie bei öffentlich-zugänglichen Chaträumen, stellt sich lediglich die Frage, ob die staatliche Maßnahme auch bezogen auf das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG Eingriffscharakter besitzt.

Erlangt eine staatliche Stelle Kenntnis von den Inhalten einer über die Kommunikationsdienste des Internet geführten Fernkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin nur dann ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, wenn die staatliche Stelle hierzu nicht durch Kommunikationsbeteiligte autorisiert ist. Da das Telekommunikationsgeheimnis das personengebundene Vertrauen der Kommunikationsbeteiligten zueinander nicht schützt, erfasst die staatliche Stelle die Kommunikationsinhalte bereits dann autorisiert, wenn nur einer von mehreren Beteiligten ihr diesen Zugriff freiwillig ermöglicht hat. Ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG ist zu verneinen, wenn etwa ein Teilnehmer eines geschlossenen Chats der

⁷⁰ An dieser Stelle sind beide Ansichten vertretbar; entscheidend ist es nur, überhaupt die Problematik des (fehlenden) Grundrechtseingriffs zu erörtern.

für die Verfassungsschutzbehörde handelnden Person seinen Zugang freiwillig zur Verfügung gestellt hat und die Behörde in der Folge diesen Zugang nutzt⁷¹.

Somit sind zwei Kriterien maßgeblich: einerseits die Kenntnisnahme auf dem technisch dafür vorgesehenen Weg – dies ist vorliegend gegeben – sowie andererseits die Autorisierung der Nutzung durch einen der Kommunikationsteilnehmer. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Polizeibeamte (wie in der Entscheidung zur Hörfalle) lediglich "mithört", oder ob er die fremde Identität aktiv nutzt. Diese Täuschung kann einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bedingen, für Art. 10 Abs. 1 GG steht sie der Annahme einer autorisierten Kommunikationsteilnahme nicht entgegen.

Ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG liegt folglich nicht vor. Eine Grundrechtsverletzung scheidet aus.

2. Art. 2 Abs. 1 GG

Zumal die Online-Kommunikation in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG fällt, muss lediglich der Eingriffscharakter der staatlichen Maßnahme bewertet werden. Auch das BVerfG tendiert offenbar in derartigen Situationen dazu, einen Eingriff anzunehmen. Ein solcher liege zwar nicht schon dann vor, "wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begibt, wohl aber, wenn sie dabei ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausnutzt, um persönliche Daten zu erheben, die sie ansonsten nicht erhalten würde"⁷². So stellt sich die Situation vorliegend dar, T denkt er kommuniziere mit seiner "Online-Bekanntschafft" F, zu dem er schon vorher regen Kontakt hat. Die polizeiliche Maßnahme zielt gerade darauf ab, dieses – dem F gegenüber bestehende – personengebundene Vertrauen "zu erschleichen"; die Polizei kann so auf Daten zugreifen, die T gerade nicht in einem öffentlich zugänglichen Chat oder gegenüber einem nicht abgrenzbaren Personenkreis geäußert hätte.

Insofern müsste eigentlich eine Auseinandersetzung mit der Rechtfertigung dieses Eingriffs erfolgen. Um Wiederholungen zu vermeiden, sei insofern aber auf die Ausführungen zur Nutzung einer "fremden" Online-Identität, die ohne Ermächtigung genutzt wird und daher zusätzlich in Art. 10 Abs. 1 GG eingreift, verwiesen.

III. Nutzung einer fremden „Online-Identität“ ohne Einverständnis des Berechtigten

Schließlich ist noch der staatliche Zugriff auf die Online-Kommunikation des T zu bewerten, die ohne eine Ermächtigung des Kommunikationspartners erfolgte.

1. Verletzung von Art. 10 Abs. 1 GG – Fernmeldegeheimnis

Auch hier stellt sich wiederum die Frage, ob eine Verletzung des Art. 10 Abs. 1 GG vorliegt. Die Eröffnung des Schutzbereichs ist gegeben, fraglich sind lediglich das Vorliegen eines Eingriffs und die verfassungsrechtliche Rechtfertigung.

a) *Eingriff*

⁷¹ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

⁷² Zu Ermittlungen durch verdeckte Ermittler BVerwG, NJW 1997, 2534; *Di Fabio*, in: Maunz u.a. (Hrsg.), GG, Loseblatt (Stand: 61. Ergänzungslieferung 2011), Art. 2 GG, Rn. 176; *Dutge*, JZ 1996, 556 (562 f.); *Wartjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 163; speziell zu Ermittlungen im Netz *Ger mann* (Fn. 45), S. 519 ff.

Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt nach der Rechtsprechung des BVerfG immer dann vor, wenn die Kommunikation entweder auf einem technisch nicht vorgesehenen Weg erhoben wird oder es an einer Autorisierung durch einen Kommunikationspartner fehlt. Die Nutzung des Chats durch die Polizei erfolgte durchaus auf dem technisch vorgesehenen Weg – lediglich die Erlangung der Nutzungsdaten wurde über eine „gefälschte“ Homepage realisiert. Jedoch lag die Ermächtigung des K, dessen Benutzer- und Zugangsdaten verwendet wurden, nicht vor – die Kenntnisnahme der Kommunikation war weder von K noch von T autorisiert. Auch das BVerfG erkennt an, dass "das heimliche Aufklären des Internet ... in Art. 10 Abs. 1 GG ein[greift], wenn die Verfassungsschutzbehörde zugangsgesicherte Kommunikationsinhalte überwacht, indem sie Zugangsschlüssel nutzt, die sie ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat". So läge es etwa, wenn ein mittels Keylogging erhobenes Passwort eingesetzt wird, um Zugang zu einem E-Mail-Postfach oder zu einem geschlossenen Chat zu erlangen⁷³. Folglich liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG vor.

b) *Rechtfertigung des Eingriffs*

Insofern ist zu prüfen, ob und inwieweit dieser staatliche Eingriff einer Rechtfertigung zugänglich ist. Hierzu bedürfte es zunächst einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage; zudem müsste die konkrete Anwendung durch die Polizeibehörden verfassungsgemäß gewesen sein.

aa) *Verfassungsgemäßes einschränkendes Gesetz*

Bereits dargelegt wurde, dass Maßnahmen, die auf § 209a LVwG SH gestützt werden, in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen können: in Form der Erhebung aus öffentlich zugänglichen Bereichen und Chats im Internet, in jedem Fall aber bei nicht zugänglichen Chats mit dem Einverständnis eines der Beteiligten, zumal auch diese Maßnahmen, mangels einschränkender Vorgaben in der Vorschrift von dieser abgedeckt sind. Darüber hinaus sind aber auch Beeinträchtigungen des Art. 10 Abs. 1 GG möglich, zumal von der Vorschrift des § 209a LVwG SH auch die Kenntnisnahme ohne das Einverständnis der Kommunikationsbeteiligten oder auf dafür nicht vorgesehenen technischen Wegen abgedeckt ist. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass auch weitere Grundrechte Gegenstand einer solchen Datenerhebung im Internet sein könnten, wie bspw. die Meinungsäußerungsfreiheit, die Religionsausübungsfreiheit oder ähnliches.

(1) *Qualifizierung der Schranke(n)*

Beide Grundrechte – Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 GG – sind, trotz abweichender Formulierung, mit einem einfachen Gesetzesvorbehalt versehen (vgl. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG „Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden“, Art. 2 Abs. 1 GG „verfassungsmäßige Ordnung“). Sollten weitere Grundrechte betroffen sein, also bspw. die Religionsausübungs- oder Meinungsäußerungsfreiheit, müssten auch die besonderen Voraussetzungen erfüllt sein bzw. § 209a LVwG SH als Ausprägung der verfassungsimmanenten Schranken angesehen werden können.

(2) *Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes*

Anhaltspunkte für eine formelle Verfassungswidrigkeit sind nicht ersichtlich; es ist davon auszugehen, dass Zuständigkeiten und Kompetenzen, Gesetzgebungsverfahren und Form beachtet wurden.

(3) *Materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes*

⁷³ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

§ 209a LVwG SH ist jedoch nur materiell verfassungsgemäß, wenn es die Voraussetzungen der grundgesetzlichen Schrankenregelung erfüllt sind, keine sonstigen Grundgesetzverstöße vorliegen und auch die Schranken-Schranken beachtet wurden.

Aufgrund der Einordnung der Schranken als einfacher Gesetzesvorbehalt, ist § 209a LVwG SH als gesetzliche Regelung geeignet, als Grundlage von Grundrechtseinschränkungen zu dienen. Auch sonstige Grundgesetz-Verstöße (Bestimmtheitsgebot⁷⁴, Rückwirkungsproblematik) sind nicht erkennbar. Hinsichtlich der Schranken-Schranken ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG mit § 227 LVwG SH Rechnung getragen wurde.

(a) *Kernbereichsschutz (Art. 1 Abs. 1 GG) / Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG)*

Fraglich ist indes, ob Art. 19 Abs. 2 GG beachtet wurde. Das BVerfG hat aus dem Wesensgehalt der Persönlichkeitsentfaltung Rückschlüsse auf die Gewährleistung eines absolut geschützten (staatsfreien), dabei nicht zwingend räumlich definierten Kernbereichs individueller Freiheit gezogen⁷⁵; dabei ist es unerheblich, ob man diesen absolut zu schützenden Bereich individueller Freiheit Art. 1 Abs. 1 GG (dem Menschenwürdegehalt des Art. 10 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG⁷⁶) oder dem Wesensgehalt des Art. 19 Abs. 2 GG zuordnet. In jedem Fall sind effektive Sicherungsmechanismen zu verlangen. Diese fehlen in § 209a LVwG SH. Die Vorschrift deckt – tatbestandlich – auch eine Erhebung besonders sensibler Gespräche ab. Zu Art. 13 Abs. 3 GG hat das BVerfG aber zutreffend ausgeführt: „[Aus Art. 1 Abs. 1 GG] folgt, dass solche Sachverhalte, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen, wie etwa Gespräche mit einem Seelsorger, Arzt, Strafverteidiger oder nahen Verwandten nicht der Überwachung unterliegen können. Der Gesetzgeber hat sicherzustellen, dass solche Gespräche entweder erst gar nicht aufgenommen werden oder aber die akustische Überwachung abgebrochen und die Aufzeichnung gelöscht wird“⁷⁷. Eine Unterscheidung zwischen akustischer (Wohnraum-) Überwachung und Erhebung von Kommunikationsinhalten, die über das Internet ausgetauscht werden, erscheint nicht angezeigt. So hat das BVerfG auch hinsichtlich einer dem § 209a LVwG SH vergleichbaren Vorschrift Sicherungsmechanismen für den Kernbereich eingefordert und aufgrund des Fehlens die Norm für verfassungswidrig erklärt: „[Die Ermächtigungsgrundlage] enthält keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Solche Regelungen sind jedoch erforderlich, soweit eine staatliche Stelle zur Erhebung von Inhalten der Telekommunikation unter Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG ermächtigt wird“⁷⁸.

Insofern erscheint es gut vertretbar, bereits mit dieser Begründung das Vorliegen eines verfassungsgemäßen einschränkenden Gesetzes zu verneinen und somit eine Verletzung der Grundrechte des T aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 GG anzunehmen.

(b) *Verhältnismäßigkeit*

Darüber hinaus ist die Vorschrift, mangels einschränkender Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere mit Blick auf Art. 10 Abs. 1 GG, wohl aber auch bezüglich Art. 2 Abs. 1 GG, unverhältnismäßig. Während sich legitimer Zweck (Gefahrenabwehr), Geeignetheit und Erforderlichkeit noch begründen lassen, stehen Zielerreichung und Beeinträchtigung der geschützten Rechtspositionen der Betroffenen außer Verhältnis (fehlende Angemessenheit). Das BVerfG führt aus:

⁷⁴ Die Bestimmtheit der Vorschrift hätte andiskutiert werden können.

⁷⁵ BVerfGE 6, 32 (41)

⁷⁶ Zur Figur des Menschenwürdegehalts der Grundrechte *Schulz* (Fn. 37).

⁷⁷ BVerfGE 109, 279 (318 ff.).

⁷⁸ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

„Der Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis wiegt schwer. Auf der Grundlage der angegriffenen Norm kann die [Behörde] auf Kommunikationsinhalte zugreifen, die sensibler Art sein und Einblicke in die persönlichen Angelegenheiten und Gewohnheiten des Betroffenen zulassen können. Betroffen ist nicht nur derjenige, der den Anlass für die Überwachungsmaßnahme gegeben hat. Der Eingriff kann vielmehr eine gewisse Streubreite aufweisen, wenn Erkenntnisse nicht nur über das Kommunikationsverhalten desjenigen, gegen den sich die Maßnahme richtet, sondern auch über seine Kommunikationspartner gewonnen werden. Die Heimlichkeit des Zugriffs erhöht die Eingriffsintensität. Zudem können wegen der weiten Fassung der Eingriffsvoraussetzungen (...) auch Personen überwacht werden, die für den Eingriffsanlass nicht verantwortlich sind.

Ein derart schwerwiegender Grundrechtseingriff setzt auch unter Berücksichtigung des Gewichts der Ziele [der Gefahrenabwehr⁷⁹] grundsätzlich zumindest die Normierung einer qualifizierten materiellen Eingriffsschwelle voraus. Daran fehlt es hier. ... Eine derart weitreichende Eingriffsermächtigung ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar⁸⁰.

(4) **Zwischenergebnis**

Den polizeilichen Maßnahmen liegt folglich kein verfassungsgemäßes einschränkendes Gesetz zu Grunde.

c) *Zwischenergebnis*

Der Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG (und Art. 2 Abs. 1 GG), der aus der Nutzung einer fremden Online-Identität ohne Einverständnis des Berechtigten zur Erhebung von Gesprächsinhalten des T resultiert, kann nicht gerechtfertigt werden; auf die konkrete Anwendung durch die Polizei kommt es nicht mehr entscheidend an.

2. *Zwischenergebnis*

Folglich ist Art. 10 Abs. 1 GG verletzt; aufgrund einer vergleichbaren Argumentation fehlt es auch dem Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG ein verfassungsgemäßes Gesetz als taugliche Grundlage. Auch dieser ist als verletzt anzusehen.

IV. *Zwischenergebnis*

Von den polizeilichen Maßnahmen ist jedenfalls die Nutzung einer fremden Online-Identität ohne Einverständnis des Berechtigten zur Erhebung von Gesprächsinhalten des T verfassungswidrig (nach vorzugswürdiger Ansicht gilt dies auch für die Nutzung einer fremden Online-Identität ohne Einverständnis des Berechtigten und die Erhebung aus einem allgemein zugänglichen Chat).

Die Verfassungsbeschwerde ist insofern auch begründet.

C. *Ergebnis*

Die Verfassungsbeschwerde des T hat Aussicht auf Erfolg. Sie ist zulässig und (zumindest hinsichtlich einer Maßnahme und des Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG) auch begründet.

⁷⁹ So die Entscheidung zum Verfassungsschutz, unter Bezugnahme auf strafrechtliche Ermittlungen.

⁸⁰ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

Zusatzfrage

Hinsichtlich eines unmittelbaren Vorgehens gegen die gesetzliche Grundlage der polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen könnte insbesondere die Beschwerdebefugnis fraglich sein. Demgegenüber sind die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Insbesondere ist auch ein Legislativakt ein tauglicher Beschwerdegegenstand, eine Erschöpfung des Rechtsweges ist mangels Rechtsschutz gegen ein Gesetz nicht erforderlich und auch die Subsidiarität steht nicht entgegen. Zwar hat das BVerfG zum Teil vertreten, dass der Beschwerdeführer selbst dann, wenn er von einem Gesetz unmittelbar, gegenwärtig und selbst betroffen ist, zunächst Rechtsschutz bei den Fachgerichten suchen muss, um eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu initiieren⁸¹. T hat jedoch bereits den fachgerichtlichen Instanzenzug durchlaufen.

Daher ist insbesondere zu prüfen, ob T von der Ermächtigungsgrundlage selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen ist.

Grundsätzlich ist Voraussetzung einer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung, dass ein Akt der Rechtsanwendung zwischen die abstrakte gesetzliche Regelung und die Rechtssphäre des Beschwerdeführers tritt. Ein Beschwerdeführer, der das Gesetz selbst angreift, muss deshalb geltend machen können, gerade durch die angegriffene Rechtsnorm und nicht erst durch ihren Vollzug in seinen Rechten verletzt zu sein⁸². Setzt das Gesetz zu seiner Durchführung rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen staatlichen Praxis einen besonderen, vom Willen der vollziehenden Stelle beeinflussten Vollziehungsakt voraus, muss der Beschwerdeführer grundsätzlich zunächst diesen Akt angreifen und den gegen ihn eröffneten Rechtsweg erschöpfen⁸³, bevor er die Verfassungsbeschwerde erhebt⁸⁴.

Die Verfassungsbeschwerde kann sich jedoch ausnahmsweise unmittelbar gegen ein vollziehungsbedürftiges Gesetz richten, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht beschreiten kann oder weil er keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt. In solchen Fällen steht ihm die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz ebenso zu wie in jenen Fällen, in denen die grundrechtliche Beschwer ohne vermittelnden Vollzugsakt durch das Gesetz selbst eintritt⁸⁵.

Vorliegend kann insbesondere eine Parallele zu den Vorschriften aus der StPO gezogen werden, die den sog. „Großen Lauschangriff“ legitimierten und Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG waren, das die Zulässigkeit der unmittelbar gegen das Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerden überwiegend bejahte⁸⁶. Demgegenüber wurde die unmittelbare und gegenwärtige Selbstbetroffenheit in der Entscheidung zum nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz, welches eine dem § 209a LVwG SH vergleichbare Vorschrift enthielt, weitgehend verneint⁸⁷. Bei entsprechender Argumentation sind beide Ansichten vertretbar, vorzugswürdig erscheint es jedoch aufgrund der „Streubreite“ des Eingriffs die unmittelbare Betroffenheit anzunehmen. Dazu hat das BVerfG mit Blick auf den Großen Lauschangriff ausgeführt⁸⁸:

„Beim Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Worts in Wohnungen handelt es sich um Maßnahmen, von denen der Betroffene weder vor noch während der Durchführung etwas erfährt, so dass fachgerichtlicher Rechtsschutz insoweit nicht in Anspruch genommen werden kann. Der Umstand, dass § ... eine nachträgliche Be-

⁸¹ BVerfGE 69, 122 (124 ff.).

⁸² BVerfGE 16, 147 (158f.); 68, 287 (300).

⁸³ *Bethge*, in: Maunz u. a. (Hrsg.), BVerfGG, Loseblattsammlung (Stand: 34. Erg.-Lieferung 2011), § 90 Rn. 373b.

⁸⁴ BVerfGE 1, 97 (102f.).

⁸⁵ BVerfGE 30, 1 (16f.); 67, 157 (169f.); 100, 313 (354).

⁸⁶ BVerfGE 109, 279 ff.

⁸⁷ BVerfG, NJW 2008, 822 ff.

⁸⁸ Eine andere Argumentationslinie, die nicht treffend auf diesen Sachverhalt übertragen werden kann, findet sich in der Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz.

nachrichtigung der Beteiligten von den getroffenen Maßnahmen vorsieht, steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen. Ihre Erhebung unmittelbar gegen das Gesetz ist nicht nur dann zulässig, wenn nach der gesetzlichen Regelung die Betroffenen zu keinem Zeitpunkt Kenntnis von einem heimlichen Vollzugsakt erhalten, sondern darüber hinaus auch dann, wenn eine nachträgliche Bekanntgabe zwar vorgesehen ist, von ihr aber auf Grund weit reichender Ausnahmetatbestände auch langfristig abgesehen werden kann. ...

Die Möglichkeit der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (...). Der geforderte Grad der Wahrscheinlichkeit wird davon beeinflusst, welche Möglichkeit der Beschwerdeführer hat, seine Betroffenheit darzulegen (...). So ist bedeutsam, ob die Maßnahme auf einen tatbestandlich eng umgrenzten Personenkreis zielt (...) oder ob sie eine große Streubreite hat und Dritte auch zufällig erfassen kann. ...

Betroffener ist jeder, in dessen Persönlichkeitsrechte durch die akustische Wohnraumüberwachung eingegriffen wird, auch wenn er nicht Zielperson der Anordnung ist.

Die Möglichkeit, Objekt einer akustischen Wohnraumüberwachung zu werden, besteht praktisch für jedermann Der akustischen Überwachung unterliegt nicht nur die eigene Wohnung des Beschuldigten. Es dürfen ... auch sämtliche dem Wohnungsbegriff unterfallende Räumlichkeiten Dritter überwacht werden, sofern sich der Beschuldigte darin vermutlich aufhält. Damit können Wohnungsinhaber betroffen werden, die selbst unter Tatverdacht stehen, aber auch solche, die lediglich mit einem Beschuldigten in Kontakt stehen, ohne in die verfolgten Straftaten verwickelt zu sein. Der Überwachung ausgesetzt sind schließlich diejenigen Personen, die sich als unverdächtige Dritte in der Wohnung des Beschuldigten oder eines anderen, von einer Anordnung betroffenen, Wohnungsinhabers aufhalten⁸⁹.

Die Situation bei der Überwachung von Online-Kommunikationen erscheint vergleichbar, da sich hier anders als bei der Telefonüberwachung, die regelmäßig auf wenige Beteiligte beschränkt ist, in allgemein zugänglichen Chaträumen, Foren oder ähnlichem im Regelfall viele verschiedene Personen „aufhalten“ werden und dort kommunizieren. Die „Gefahr“, von einer Überwachungsmaßnahme erfasst zu werden, auch wenn diese nicht gegen die eigene Person gerichtet ist, muss dabei als ähnlich groß angesehen wie beim großen Lauschangriff – dies vor allem, weil einschränkende Vorkehrungen nicht ersichtlich sind. Die Streubreite einer auf § 209a LVwG SH gestützten Maßnahme ist relativ groß, jedermann ist zumindest potentiell selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen. Aufgrund der Intensität eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, erscheint es auch nicht sachgerecht, den Einzelnen auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz zu verweisen, selbst wenn eine nachträgliche Benachrichtigung vorgesehen ist.

⁸⁹ BVerfGE 109, 279 (XX).