

---

# CyLaw-Report CyLaw-Report

## XXIII: „GPS 2“

---



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

### **Informations- und Datenschutzrecht**

Praxisfragen der GPS-Überwachung

Urteil des OLG Koblenz vom 30.05.2007 – 1 U 1235/06

Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom  
21.03.2007 – 3 Bs 396/05

## Teil 1: Unterlassungs- und Auskunftsanspruch gegen Detekteei bei GPS-Ortung und GPS-Überwachung

### A. Sachverhalt

### B. Unterlassungsanspruch (§§ 823 Abs. 1, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB))

#### I. Beeinträchtigtcs Rechtsgut

1. Eigentums- und Besitzbeeinträchtigung (§§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 862 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)
2. Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. §§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog)

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Wiederholungsgefahr

## C. Auskunftsanspruch gegen Detektei (§ 242 BGB)

### I. Kein allgemeiner Auskunftsanspruch

### II. Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB)

#### 1. Auskunftsanspruch gegen D

#### 2. Anspruch gegen den Auftraggeber von D (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)

##### a) Auffassung der ersten Instanz (LG)

##### b) Auffassung der zweiten Instanz (OLG)

##### aa) Wissen des Auftraggebers von der GPS-Überwachung (Mittäterschaft)

##### bb) Beeinträchtigung des Eigentums, Besitzes und Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

cc) Rechtswidrigkeit des Überwachungsauftrags  
des Auftraggebers

dd) Wiederholungsgefahr

3. Angewiesenheit des K auf Auskunft der D zur Gel-  
tendmachung seines Unterlassungsanspruchs  
gegen Auftraggeber

D. Zusammenfassung



## A. Sachverhalt

Der Kläger (K) hatte eine Beschädigung des rechten vorderen Radkastens seines Fahrzeugs bemerkt. Nach einer Untersuchung in einer Werkstatt stellte sich heraus, dass in dem Radkasten ein GPS-Ortungsgerät installiert war. K ist unbekannt, warum er beschattet wurde und wer den Auftrag hierzu erteilt hatte. Er begehrt die beklagte Detekteei zu verurteilen

1. es künftig zu unterlassen, Ortungsgeräte an seinem Fahrzeug anzubringen und
2. ihm ihren Auftraggeber zu benennen.

## **B. Unterlassungsanspruch (§§ 823 Abs. 1, 862 Abs. 1 S. 2 , 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) (1)**



### **§ 823 Abs. 1 BGB – Schadensersatzpflicht**

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

### **§ 862 Abs. 1 BGB – Anspruch wegen Besitzstörung**

(1) Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.

## **B. Unterlassungsanspruch (§§ 823 Abs. 1, 862 Abs. 1 S. 2 , 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) (2)**



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

### **§ 1004 Abs. 1 BGB – Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch**

(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

# FEX: Unterlassungsanspruch (§§ 823 Abs. 1, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)

Die begründete Unterlassungsklage hat folgende Voraussetzungen:

- einen Eingriff in ein durch §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut,
- der rechtswidrig ist (Fehlen von Rechtfertigungsgründen) und
- unmittelbar bevorsteht (drohende Gefahr als Wiederholungsgefahr).



# I. Beeinträchtigttes Rechtsgut (1)

## 1. Eigentums- und Besitzbeeinträchtigung (§§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 862 Abs. 1 S. 2 i.V.m 1004 Abs. 1 S.2 BGB)

### **LG Bad Kreuznach :**

„[...] Mit dem Anbringen des Ortungsgerätes am Fahrzeug des Klägers hat die Beklagte dessen **Eigentum** an dem Mercedes verletzt. Ihre Handlung führte dazu, dass der Kläger adäquat kausal eine Werkstatt aufsuchte und für die Dauer bis zur Beseitigung des als solchen erkannten Ortungsgerätes von der Möglichkeit der Nutzung seines Pkws ausgeschlossen war.[...]“

Zwar wird durch das Anbringen des Ortungsgeräts das Eigentum des K am PKW und damit eines seiner Rechtsgüter verletzt. Darüber hinaus besteht eine Verletzung seines **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** aus Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

## **I. Beeinträchtigttes Rechtsgut (2)**

---

### **2. Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)**

#### **Art. 2 Abs. 1 GG [Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person]**

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

#### **Art. 1 Abs. 1 GG [Schutz der Menschenwürde]**

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

# FEX: Ausprägungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch die Rechtsprechung des BVerfG



- Schutz der Privatsphäre als „**engere persönliche Lebenssphäre**“, durch die die „Privatheit“ (z.B. Tagebuchaufzeichnungen, Geschlechtsleben) in einem durch den Rechtsgutsträger nach außen abschottbaren Bereich gewahrt wird und in dem er das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden;
- Recht zur Selbstdarstellung des Einzelnen in der Öffentlichkeit, konkretisiert in dem **Recht am eigenen Bild**, dem **Recht am eigenen gesprochenen Wort** und dem **Gegendarstellungsrecht** in den Medien;
- Sozialer Geltungsanspruch des Einzelnen, konkretisiert durch das Recht auf Achtung der **persönlichen Ehre** und die **Kenntnis der eigenen Abstammung**;
- **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**, wodurch u.a. der „Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten“ umfasst ist und dem Einzelnen diesbezüglich die Befugnis einräumt, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“;
- Grundrecht auf Gewährleistung von **Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme**.



- **Individualsphäre** (auch Sozialsphäre): schützt das Selbstbestimmungsrecht und die persönlichen Eigenarten eines Menschen in seinen Beziehungen zur Umwelt, bspw. bei öffentlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Tätigkeiten. Die Individualsphäre genießt dabei den geringsten Schutz, da der Betroffene sich hier als Mitglied einer Sozialgemeinschaft auf Kontakt mit anderen einlässt; jedoch sind schwerwiegende Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht (bspw. Stigmatisierung und Ausgrenzung) auch in dieser Sphäre verboten.
- **Privatsphäre**: beschreibt einen Lebensbereich, zu dem andere nur mit Zustimmung des Betroffenen Zugang haben, wie z.B. häusliche oder familiäre Gemeinschaft. Der Betroffene kann also den Grad der „Öffentlichkeit“ selber bestimmen, dem er sich hier aussetzt. Dabei kann jedoch ein Eingriff in diese Sphäre dann gerechtfertigt sein, wenn er der wahrheitsgemäßen Aufklärung über Vorgänge aus diesem Bereich dient und nach einer Güter- und Interessenabwägung für die Allgemeinheit bedeutsam ist.
- **Intimsphäre**: umfasst die innere Gedanken- und Gefühlswelt, die sich bspw. durch vertrauliche Briefe, Tagebuchaufzeichnungen, Angaben über den Gesundheitszustand oder Details aus dem Sexualleben manifestieren. Die Intimsphäre genießt dabei absoluten Schutz und ist einer Darstellung in der Öffentlichkeit verschlossen.

# FEX: Verhältnis von zivilrechtlichem „allgemeinem Persönlichkeitsrecht“ zu „verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrecht“



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

Auch zivilrechtlich wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet. Weil die Verfassung Prüfungsmaß für einfache Gesetze ist (hier § 823 BGB), können verfassungsrechtliches und zivilrechtliches Persönlichkeitsrecht nicht immer völlig deckungsgleich sein. Sonst läge in den Worten W. Leisners, eine „Gesetzmäßigkeit der Verfassung und nicht eine Verfassungsmäßigkeit der Gesetze vor“. Daher kann durch den Gesetzgeber und auch durch richterrechtliche Rechtsfortbildung der zivilrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch über das nach verfassungsrechtlichen Anforderungen gebotene Mindestmaß hinaus ausgeweitet werden.

# 1. Beeinträchtigttes Rechtsgut (3)

## 2. Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung



### OLG Koblenz:

„In der Installation des GPS-Senders lag [...] auch ein **Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Abs. 1 GG)** als Ausfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das im Bereich des Privatrechts als sonstiges Recht **i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB geschützt** ist.“

**FEX:** Hinzuweisen ist darauf, dass es sich beim Unterlassungsanspruch wegen Eigentumsverletzung um eine unmittelbare Anwendung von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB handelt, während der Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung des Besitzes (§ 862 Abs. 1 S.2 BGB) und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eine analoge Anwendung von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt (zur analogen Anwendung CyLaw-Report S.5).

## II. Rechtswidrigkeit

### III. Wiederholungsgefahr

---

Die **Rechtswidrigkeit** ist indiziert, da von den Parteien im Verfahren weder widerstreitenden Interessen dargelegt, noch Rechtfertigungsgründe vorgetragen wurden.

Da bereits ein Eingriff stattgefunden hat, ist eine **Wiederholungsgefahr** für gleichartige Verletzungshandlungen widerlegbar vermutet.

# C. Auskunftsanspruch gegen Detektei (§ 242 BGB)

## I. Kein allgemeiner Auskunftsanspruch (1)

**FEX:** Das Zivilrecht kennt diverse spezielle Auskunfts- und Rechenschaftspflichten, z.B.:

- Auskunftspflicht des Besitzers/Inhabers eines Inbegriffs von Gegenständen, der zur Herausgabe verpflichtet ist (§ 260 BGB),
- Auskunftsanspruch der geschiedenen Ehegatten gegeneinander in Unterhaltssachen (§ 1580 BGB),
- Auskunftsanspruch von Verwandten bei Unterhaltspflicht (§ 1605 BGB),
- Auskunftspflicht des Schuldners über „alle das Verfahren betreffende Verhältnisse“ (§ 97 InsO),
- Auskunftsanspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung (§ 131 AktG),



## C. Auskunftsanspruch gegen Detektei (§ 242 BGB)

### I. Kein allgemeiner Auskunftsanspruch (2)

- Auskunftspflicht der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer der GmbH, § 51a GmbHG
- bei der GbR: Einsichtsrecht des nicht geschäftsführenden Gesellschafters in „die Geschäftsbücher und Papiere“, § 716 BGB
- bei der OHG: Einsichtsrecht des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters in „die Handelsbücher und Papiere“, § 118 HGB
- bei der KG: Einsichtsrecht des Kommanditisten in die „Bücher“, § 166 HGB
- beim Verein: Auskunftsanspruch über „den Stand des Geschäfts“, § 27 i.V.m. § 666 BGB.

**LG Bad Kreuznach:** „Es gibt keine allgemeine Auskunftspflicht.“

# C. Auskunftsanspruch gegen Detektei (§ 242 BGB)



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

## II. Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben

### 1. Auskunftsanspruch gegen D (1)

#### § 242 BGB – Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

## II. Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben

### 1. Auskunftsanspruch gegen D (2)



Für einen Auskunftsanspruch aus **Treu und Glauben** müsste nach Ansicht des **LG Bad Kreuznach** dargetan werden, dass „[...]der Auskunftsbegehrende in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechtes im Ungewissen ist, während der Verpflichtete unschwer in der Lage ist, Auskunft zu erteilen.“

Ein solcher Auskunftsanspruch ist nur dann berechtigt, „[...] wenn und soweit vom Bestehen des Anspruchs ausgegangen werden kann, zu dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll. Bei gesetzlichen Ansprüchen muss dargetan werden, dass der Anspruch, dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll, dem Grunde nach besteht.[...]“

Der Auskunftsanspruch des K erfordert demnach einen weiteren Anspruch des Auskunft Begehrenden K gegen einen Dritten – hier den Auftraggeber der Observation.

## II. Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben

### 2. Anspruch gegen den Auftraggeber von D



#### a) Auffassung der ersten Instanz (LG)

Erforderlich wäre somit ein hinreichend substantiierter Vortrag des K zum Bestehen eines zumindest dem Grunde nach gegebenen Anspruchs gegen einen Dritten, etwa eines möglichen Anspruchs des K auf Unterlassung weiterer Überwachungsmaßnahmen gegen den Auftraggeber der Observation aus § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.

#### **LG Bad Kreuznach:**

„Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass auch der Auftraggeber der Beklagten rechtswidrig gehandelt habe, sind nicht ersichtlich.[...] Damit ist nicht nachgewiesen, dass der Auftraggeber selbst Rechte des Klägers beeinträchtigte und deswegen dieser einen Anspruch gegen ihn hätte, zu dessen Durchsetzung er auf die Auskunft der Beklagten angewiesen wäre.“

## b) Auffassung der zweiten Instanz (OLG)

### aa) Wissen des Auftraggebers von der GPS-Überwachung (Mittäterschaft)

Hingegen geht das OLG Koblenz von einem möglichen Anspruch des K gegen den Auftraggeber aus, da dieser als Mittäter gehandelt hat:

#### **OLG Koblenz**

„Der Senat geht [...] davon aus, dass der unbekannte Auftraggeber als **Mittäter** respektive mittelbarer Handlungsstörer an der unerlaubten Handlung der Beklagten mitgewirkt hat. [...] Der **Erklärungsgehalt der Zeugenaussage** des Ehemannes der Beklagten [...] lässt zur Überzeugung des Senats gerade auch den Rückschluss auf das **Einverständnis des Auftraggebers** mit der von der Detektei vorgeschlagenen "Intensivierung" der Überwachungsmaßnahme zu.“

## bb)-dd) Weitere Tatbestandsvoraussetzungen



### **§ 29 BDSG - Geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zweck der Übermittlung**

(1) Das geschäftsmäßige Erheben, Speichern oder Verändern personenbezogener Daten zum Zweck der Übermittlung, insbesondere wenn dies der Werbung, der Tätigkeit von Auskunftseien, dem Adresshandel oder der Markt- und Meinungsforschung dient, ist zulässig, wenn

1. kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung hat, oder [...].

## bb)-dd) Weitere Tatbestandsvoraussetzungen

- Eine Beeinträchtigung des Eigentums, Besitzes und Rechts auf informationelle Selbstbestimmung liegt vor, s. Teil 1, B, I., 1.f..
- Eine rechtmäßige Erhebung gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG liegt weiterhin nicht vor, da Grund zu der Annahme besteht, dass Interessen des Betroffenen einer Speicherung entgegenstehen.
- die Wiederholungsgefahr liegt aufgrund des weiterhin bestehenden Interesses des Auftraggebers an der Überwachung vor.

Somit sind nach Ansicht des OLG die Voraussetzungen für einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB gegeben.

### 3. Angewiesenheit des K auf Auskunft der D zur Geltendmachung seines Unterlassungsanspruchs gegen Auftraggeber



#### **OLG Koblenz:**

„Die [...] Auskunftserteilung ist schließlich auch für die Beklagte nicht **unzumutbar**. Hat die Beklagte schon ein irgend schützenswertes Geheimhaltungsinteresse nicht dargetan, so muss eine mögliche Belastung des geschäftlichen Verhältnisses zu ihrem Auftraggeber im Blick auf das greifbar gewichtige Schutzbedürfnis des – nachvollziehbar verunsicherten – Klägers zurückstehen.“

Der K hat einen Anspruch auf Unterlassung gegen die beklagte D und auch gegen deren Auftraggeber. Um den Unterlassungsanspruch gegen den Auftraggeber durchzusetzen hat K einen Auskunftsanspruch gegen D auf Benennung ihres Auftraggebers.



## Teil 2: Detektei als Verwaltungshelfer einer Ausländerbehörde

- A. Sachverhalt
- B. Recht und Eingriff
- C. Rechtfertigung durch Augenscheinnahme (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG))
- D. Rechtfertigung als Erhebung personenbezogener Daten (§ 86 Aufenthaltsgesetz (AufenthG))
- E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPolG))
- F. Rechtfertigung durch Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG)

- G. Entbehrlichkeit der Ermächtigungsgrundlage wegen Beauftragung einer privaten Detektei
  - I. Private als Verwaltungshelfer und behördliche Letztentscheidungsverantwortung
  - II. Notwendigkeit der Ermächtigungsgrundlage bei Beauftragung Privater
  - III. Zusammenfassung
- H. Unmittelbares Beweisverwertungsverbot?
  - I. VG: Abwägungsentscheidung
  - II. OVG: Unmittelbares Beweisverwertungsverbot
    - 1. Fehlen einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung nach HmbDSG (Hamburger Datenschutzgesetz)
      - a) Beweisverwertung als „Verarbeitung“
      - b) Verarbeitung rechtmäßig erhobener Daten

2. Unmittelbares Verwertungsverbot aus allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts
  - a) Rechtsgrundlagen des unmittelbaren Verwertungsverbots
    - aa) Verwertungsverbot als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)
    - bb) Öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch
    - cc) Zusammenfassung
  - b) Voraussetzungen des unmittelbaren Verwertungsverbots
  - c) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (1): Gefahr für hochwertige Rechtsgüter

d) Ausnahmen vom unmittelbaren Verwertungsverbot (2): „gleichsam notwehrähnlicher Lage“

III.OVG: Verbot mittelbarer Beweisverwertung (absolutes Beweisverwertungsverbot)?

1. Mittelbare Beweisverwertung oder absolutes Beweisverwertungsverbot – Optionen
2. Voraussetzungen der mittelbaren Beweisverwertung im Verwaltungsrecht

## Teil 3: Schlussfolgerungen

## Teil 4: Ausblick

# Teil 2: Detektei als Verwaltungshelfer einer Ausländerbehörde



## A. Sachverhalt (1)

Die aus dem Ausland stammende, mit einem 17 Jahre jüngeren deutschen Ehemann (E) verheiratete Antragstellerin (A) sucht einstweiligen Rechtsschutz gegen die Abschiebung in ihre Heimat. Die Ausländerbehörde ist der Auffassung, dass die A kein Bleibe-recht hat, weil die Ehe mit E nur eine Scheinehe sei. Diese an-gesichts von Art. 6 Abs. 1 GG nur sehr qualifiziert zu belegende Behauptung begründet die Behörde unter anderem mit Ermit- tlungsergebnissen einer sechswöchigen Überwachung durch eine private Detektei. Diese Detektei hatte die Behörde eingeschaltet, nachdem bei ihr Zweifel entstanden waren, ob „über das formale Band der Ehe hinaus auch eine eheliche Lebensgemeinschaft be- gründet worden sei.“ Der Auftrag an die Detektei war informa- tionstechnologisch undifferenziert – nur der Preis für die Dienst- leistung wurde vereinbart.

## A. Sachverhalt (2)

---

### Art 6 Abs. 1 GG

(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

## A. Sachverhalt (3)

Während der Ermittlungszeit kam es unter anderem

- zu einer neuntägigen Bewegungsüberwachung des Kraftfahrzeugs des Ehemanns mit GPS und
- zu einer achttägigen mobile Videoüberwachung des Eingangsbereichs der angeblichen Ehemwohnung.

Gestützt unter anderem auf diese Ermittlungen hat die Behörde das Verwaltungsgericht (VG) im einstweiligen Rechtschutz überzeugt, dass A und E eine Scheinehe führten.

Den Argumenten der A, dass die Detektei und die Behörde rechtswidrig ermittelt hätten und wegen des Verstoßes gegen einfaches und Verfassungsrecht ein **Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot** bestehe, ist das VG nicht gefolgt.

## A. Sachverhalt (4)

Die A legt gegen die Entscheidung des VG vor dem Oberverwaltungsgericht Beschwerde ein. Unter anderem argumentiert sie, dass für längerfristige Observationen selbst im Strafrecht der Richtervorbehalt gelte (§ 163f Abs. 3 StPO) und es „herrschender Lehre und Rechtsprechung“ entspreche, dass die infolge einer ohne den Richter angeordnete Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse nicht (unmittelbar) verwertet werden dürfen (Beweisverwertungsverbot).





## § 163 f Strafprozessordnung (StPO)

(1) Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass eine **Straftat von erheblicher Bedeutung** begangen worden ist, so darf eine planmäßig angelegte **Beobachtung** des Beschuldigten angeordnet werden, die

1. durchgehend länger als 24 Stunden dauern oder
  2. an mehr als zwei Tagen stattfinden
- soll (längerfristige Observation).

Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre.

Gegen andere Personen ist die Maßnahme zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Die Maßnahme darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(3) **Die Maßnahme darf nur durch das Gericht**, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. [...]



## **FEX:**

Kennzeichnend für den sogenannten einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutz ist, dass regelmäßig nur eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgt und dann eine Abwägung zwischen dem sofortigen Vollzugsinteresse der Behörde und dem Aufschiebungsinteresse der Betroffenen vorgenommen wird. Insbesondere die Schwere der Folgen des sofortigen Vollzugs wie auch die Erfolgsaussichten der Rechtsmittel der A werden bei der Bewertung des Aufschiebungsinteresses berücksichtigt.



## FEX:

Die juristische Dogmatik unterscheidet zwischen **unmittelbaren** und **mittelbaren** Beweisverwertungsverböten (absolute Beweisverwertungsverböte). Unmittelbare Beweisverwertungsverböte föhren dazu, dass die durch den Einsatz einer bestimmten Informationstechnologie gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen. Viel schwieriger ist die Ermittlung der Bedeutung von mittelbaren Beweisverwertungsverböten.

Das **OVG** verneint für diesen Sachverhalt ein absolutes Beweisverwertungsverbot: „[...] [die Behörde; Erg. der Verf.] nicht daran gehindert ist, die aus der rechtswidrig [en Ermittlung; Erg. der Verf.] erlangten Erkenntnisse **überhaupt wahrzunehmen und daran neue - rechtmäßige und durch die rechtswidrigen Ermittlungsergebnisse nicht unmittelbar beeinflusste - Ermittlungen** anzuknüpfen.[...]“

## B. Recht und Eingriff (1)

### **OVG Hamburg:**

„Die von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen - bestehend aus [...] Anbringen eines GPS-Peilsenders an dem PKW des Ehemanns [...] stellen erhebliche Eingriffe in das durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht und das davon umfasste Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Für behördliche Eingriffe in dieses Grundrecht bedarf es einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht; ferner hat der Gesetzgeber dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.“

## B. Recht und Eingriff (2)

---

### Art 20 Abs. 3 GG

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

## **C. Rechtfertigung durch Augenscheinnahme (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Hamburgisches Verwal- tungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG)) (1)**



### **§ 26 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (Hmb- VwVfG )- Beweismittel**

(1) Die Behörde bedient sich unter Beachtung des § 3 b der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Sie kann insbesondere

1. Auskünfte jeder Art einholen; [...]
4. den Augenschein einnehmen. [...]

## C. Rechtfertigung durch Augenscheinnahme (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG)) (2)



### § 26 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HessVwVfG):

(1) Die Behörde bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Sie kann insbesondere

1. **Auskünfte jeder Art einholen,**
2. Beteiligte anhören, Zeugen und Sachverständige vernehmen oder die schriftliche oder elektronische Äußerung von Beteiligten, Sachverständigen und Zeugen einholen,
3. Urkunden und Akten beiziehen,
4. **den Augenschein einnehmen.**

[...]



## C. Rechtfertigung durch Augenscheinnahme (§ 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG)) (3)



### **OVG Hamburg:**

„[...]§ 26 HmbVwVfG stellt keine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Einem Verständnis dieser Bestimmung als Ermächtigung steht bereits das rechtsstaatliche Erfordernis der Normenklarheit entgegen.“

§ 26 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 Nr. 4 HmbVwVfG und ebenso § 26 HessVwVfG stellen keine Befugnis für die Behörde dar, in die Rechte der Bürger einzugreifen, sondern sie regeln vielmehr, welche Beweismittel der Behörde überhaupt zur Ermittlung von Sachverhalten zur Verfügung stehen.

## D. Rechtfertigung als Erhebung personen- bezogener Daten (§ 86 Aufenthaltsgesetz (AufenthG))



### § 86 AufenthG - Erhebung personenbezogener Daten

Die mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden dürfen zum Zweck der Ausführung dieses Gesetzes und ausländerrechtlicher Bestimmungen in anderen Gesetzen personenbezogene Daten **erheben**, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz und nach ausländerrechtlichen Bestimmungen in anderen Gesetzen erforderlich ist. Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 des Bundesdatenschutzgesetzes sowie entsprechender Vorschriften der Datenschutzgesetze der Länder dürfen erhoben werden, soweit dies im Einzelfall zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist.

## D. Rechtfertigung als Erhebung personen- bezogener Daten (§ 86 Aufenthaltsgesetz (AufenthG))



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

### **OVG Hamburg:**

„[...]Bestimmung stellt lediglich einen Grundtatbestand der Befugnis zur Datenerhebung dar. Eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung personenbezogener Daten durch [...] den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur [...] Verwendung von GPS-Peilsendern [...] enthält das Aufenthaltsgesetz dagegen **nicht.**“

## E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPolG)) (1)

---



Eine Ermächtigungsgrundlage für die Ausländerbehörde könnte die Datenerhebung durch Observation sein (§ 9 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 HmbDVPolG).

### § 9 HmbDVPolG - Datenerhebung durch Observation

(1) Die Polizei darf **personenbezogene Daten** erheben durch eine **planmäßig angelegte Beobachtung, die innerhalb einer Woche länger als 24 Stunden oder über den Zeitraum einer Woche hinaus vorgesehen ist oder tatsächlich durchgeführt wird**, (längerfristige Observation)  
[...]

## E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPOIG)) (2)



1. über die für eine Gefahr Verantwortlichen und unter den Voraussetzungen von § 10 SOG über die dort genannten Personen, wenn dies zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist,

2. über Personen, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Personen **Straftaten von erheblicher Bedeutung** [Hervorhebung durch die Verfasserin] begehen werden, wenn die Datenerhebung zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich ist, sowie über deren Kontakt- oder Begleitpersonen, wenn die Aufklärung des Sachverhaltes auf andere Weise aussichtslos wäre.

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

## **E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPOIG)) (3)**

(2) Der Einsatz nach Absatz 1 darf nur vom Polizeipräsidenten angeordnet werden. [...]

(4) Auf eine Observation, die nicht die in Absatz 1 genannten Voraussetzungen erfüllt (kurzfristige Observation), finden die Absätze 1 bis 3 keine Anwendung. [...]

Durch eine kurzfristige Observation darf die Polizei Daten nur erheben, soweit dies zum Zwecke der Gefahrenabwehr (§ 1 Absatz 1) erforderlich ist und ohne diese Maßnahme die Erfüllung der polizeilichen Aufgabe gefährdet wird.

(5) Die Polizei darf unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auch besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Betroffenen verwenden.

# E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPolG)) (4)



## § 1 HmbDVPolG - Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei

(1) Dieses Gesetz findet Anwendung, soweit die Vollzugspolizei (Polizei) zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) [...] Daten verarbeitet. [...]

(4) Straftaten von erheblicher Bedeutung sind

1. Verbrechen,

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

a) sich gegen Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder bedeutende Sach- oder Vermögenswerte richten,

## **E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPOIG)) (5)**



- b) auf den Gebieten des unerlaubten Waffen- oder Betäubungsmittelverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung, der Vorteilsannahme oder -gewährung, der Bestechlichkeit oder Bestechung (§§ 331 bis 335 des Strafgesetzbuches) oder des Staatsschutzes (§§ 74 a und 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes) begangen werden oder,
- c) gewerbs-, gewohnheits-, serien-, bandenmäßig oder sonst organisiert begangen werden.



## **E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPOIG)) (6)**



### **§ 10 SOG - Maßnahmen gegen Dritte**

Gegen andere als die in den §§ 8 und 9 genannten Personen dürfen Maßnahmen nur gerichtet werden, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht abgewehrt oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht beseitigt werden kann und soweit die Verwaltungsbehörde nicht über ausreichende eigene Kräfte und Mittel verfügt. [...]

## **E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPOIG)) (7)**



### **§ 95 AufenthG – Strafvorschriften**

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...]

2. unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung oder zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. [...]

### **§ 15 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)**

Datenerhebung durch Observation und Einsatz technischer Mittel

(1) Im Sinne dieser Bestimmung ist

1. **Observation** die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person länger als vierundzwanzig Stunden innerhalb einer Woche oder über den Zeitraum einer Woche hinaus, [...]

## **E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPoIG)) (8)**

Wie sich aus den Vorschriften ergibt darf die Polizei nach Anordnung des Polizeipräsidenten gem. § 9 Abs. 2 HmbDVPoIG eine längerfristige Observation mit Videoüberwachung nach § 9 Abs. 1 HmbDVPoIG und GPS-Peilung nach § 9 Abs. 5 Satz 1 HmbDVPoIG vornehmen, wenn Tatsachen den Verdacht rechtfertigen, dass A eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ begehen wird gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 HmbDVPoIG i.V.m. § 1 Abs. 4 HmbDVPoIG. Ebenso das Hessische Landesrecht:

### **§ 15 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)**

Datenerhebung durch Observation und Einsatz technischer Mittel

(1) Im Sinne dieser Bestimmung ist

[...]

## E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPOIG)) (9)



1. **Observation** die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person länger als vierundzwanzig Stunden innerhalb einer Woche oder über den Zeitraum einer Woche hinaus,

2. **Einsatz technischer Mittel ihre für die betroffene Person nicht erkennbare Anwendung**, insbesondere zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen sowie zum Abhören oder Aufzeichnen des gesprochenen Wortes.

(2) Die Polizeibehörden können durch Observation oder den Einsatz technischer Mittel personenbezogene Daten erheben

1. auch über andere als die in den §§ 6 und 7 genannten Personen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist,

[...]

## **E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPolG)) (10)**



2. über **Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat mit erheblicher Bedeutung begehen werden,**

3. über Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit Personen in Verbindung stehen, die Straftaten der in Nr. 2 genannten Art begehen werden, und die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist,

4. über die in § 13 Abs. 2 Nr. 3 genannten Personen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Maßnahme zum Schutz der gefährdeten Person rechtfertigen.

[...]

## E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPOIG)) (11)

---



(3) Außer bei Gefahr im Verzug erfolgt die Anordnung der Observation oder des Einsatzes technischer Mittel **durch die Behördenleitung** oder eine von dieser beauftragte Bedienstete oder einen von dieser beauftragten Bediensteten, soweit nach Abs. 5 nicht eine richterliche Anordnung erforderlich ist. Für eine Observation über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten ist die Zustimmung des Ministeriums des Innern oder einer von ihm benannten Stelle erforderlich.

## E. Rechtfertigung als polizeiliche Observation (§ 9 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbDVPolG)) (12)



### OVG Hamburg:

„Zum anderen liegen auch die materiellen Voraussetzungen von §§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2, 10 Abs. 1 oder § 12 Abs. 1 Satz 1 HmbDVPolG nicht vor. Insbesondere würde die hier allein in Betracht zu ziehende Straftat nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG [...] **nicht als „erhebliche Straftat“** im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HmbDVPolG verstanden werden können, da sie nicht unter die diesbezügliche Legaldefinition in § 1 Abs. 4 HmbDVPolG fällt. [...]

„Diese Ermächtigungsgrundlagen sind für die von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen offenkundig nicht einschlägig. Zum einen ermächtigt dieses Gesetz allein die Vollzugspolizei, **nicht aber Ordnungsbehörden** wie das hier als Ausländerbehörde handelnde Bezirksamt. [...]

§ 9 HmbDVPolG ist keine taugliche Ermächtigungsgrundlage.

## F. Rechtfertigung durch Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) (1)

### OVG Hamburg:

„Das Hamburgische Datenschutzgesetz (HmbDSG) [...] enthält ebenfalls keine Ermächtigungsgrundlage für die hier von der Antragsgegnerin veranlassten Ermittlungsmaßnahmen. Die o.g., speziell für die Polizei geltenden Rechtsvorschriften im Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei gehen den Bestimmungen des Hamburgischen Datenschutzgesetzes vor (§ 2 Abs. 7 HmbDSG). **Generell dürfen aber gemäß § 12 Abs. 2 Satz 4 HmbDSG Daten bei Betroffenen ohne ihre Kenntnis - wie hier geschehen - nur erhoben werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder der Schutz von Leben oder Gesundheit oder die Abwehr einer erheblichen Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen dies erforderlich macht. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall offenkundig nicht gegeben.**“



## **F. Rechtfertigung durch Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) (2)**

### **§ 2 Abs. 7 Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) – Anwendungsbereich**

(7) Soweit besondere Rechtsvorschriften auf die Verarbeitung personenbezogener Daten anzuwenden sind (Rechtsvorschriften über den Datenschutz), gehen sie den Vorschriften dieses Gesetzes vor.

### **§ 12 Abs. 2 Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) – Datenerhebung**

(2) S. 4: Bei Betroffenen dürfen Daten ohne ihre Kenntnis nur erhoben werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder der Schutz von Leben oder Gesundheit oder die Abwehr einer erheblichen Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen dies erforderlich macht. [...]

## G. Entbehrlichkeit der Ermächtigungsgrundlage wegen Beauftragung einer privaten Detektei



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

### I. Private als Verwaltungshelfer und behördliche Letztentscheidungsverantwortung

#### **OVG Hamburg:**

„Die Antragsgegnerin ist ferner grundsätzlich berechtigt, jedenfalls dann, wenn die **Aufgabenzuständigkeit und –verantwortung** bei ihr verbleibt, private Dritte als sog. Verwaltungshelfer, welche Dienste für die Behörde erbringen, ohne selbst Behörde zu sein, einzuschalten [...]. Im Übrigen darf durch den Einsatz von Verwaltungshelfern die **Letztentscheidungsverantwortung** der Behörde nicht angetastet oder faktisch ausgehöhlt werden [...].

**Selbst diesem Gebot hat die Antragsgegnerin nicht genügt, da sie [...] die Dauer und die Maßnahmen der Observation dagegen „in die Entscheidungskompetenz der Beauftragten gestellt“ hat [...].“**

## II. Notwendigkeit der Ermächtigungsgrundlage bei Beauftragung Privater



Eine Beauftragung Dritter durch die Behörde ist grds. möglich, findet jedoch ihre Grenzen im **Vorbehalt des Gesetzes**, d.h. dass eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für das Handeln der Behörde vorliegen muss.

### **OVG Hamburg:**

„Es versteht sich jedoch von selbst, dass durch den Einsatz privater Personen die gesetzlich bestimmten Grenzen der Eingriffsbefugnisse nicht zu Lasten des Bürgers erweitert werden können. Im Übrigen darf durch den Einsatz von Verwaltungshelfern die Letztentscheidungsverantwortung der Behörde nicht angetastet oder faktisch ausgehöhlt werden [...].“

Da es an einer Ermächtigungsgrundlage für die Ausländerbehörde zur Nutzung von GPS-Peilsendern fehlt, war die Maßnahme der Detektei rechtswidrig.

### III. Zusammenfassung

Das OVG geht wegen des Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage von der Rechtswidrigkeit der Datenorganisation aus.

#### **OVG Hamburg:**

„Die Ergebnisse der nach der Verhandlung von der Antragsgegnerin veranlassten Beobachtung der Antragstellerin und des deutschen Ehemannes durch eine private Detektei werden vom Beschwerdegericht nicht berücksichtigt, weil sie **auf rechts-widrige Weise erlangt** worden [...] sind.“

Fraglich ist, ob aus einer rechtswidrigen Beweiserhebung ein (unmittelbares) Beweisverwertungsverbot resultiert.

# H. Unmittelbares Beweisverwertungsverbot?

## FÖR-Hintergrund: Beweisverbote

Beweisverbote hindern an der Erhebung und/oder Verwertung von Beweisen. Zu unterscheiden sind:

- Beweisthemaverbote: die Aufklärung bestimmter Tatsachen ist verwehrt;
- Beweismittelverbote: die Nutzung bestimmter Beweismittel ist untersagt;
- Beweismethodenverbote: eine bestimmte Art und Weise der Beweiserhebung ist untersagt;
- Beweisverwertungsverbote: die ermittelten Tatsachen dürfen nicht zur Urteilsfindung herangezogen werden.



## FÖR-Hintergrund: Beweisverbote

Paradigma eines Beweisverwertungsverbots ist **§ 136 a Strafprozessordnung:**

- (1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten. [...]
- (3) [...] Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, **dürfen auch dann nicht verwertet werden**, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

## I. VG: Abwägungsentscheidung (1)

### **VG Hamburg:**

„Denn selbst wenn man das Vorgehen der Antragsgegnerin, namentlich was den Einsatz der genannten technischen Mittel betrifft, als rechtlichen bedenklich bewerten würde, würde sich hieraus **nicht zwangsläufig auch das Verbot ergeben, diese Erkenntnisse im gerichtlichen Verfahren zu verwerten.**[...] Den Anforderungen an eine rechtliche Prüfung wird auch durch eine **einzelfallbezogene Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen** Genüge getan. Dabei ist das hinter dem Ermittlungsinteresse der Behörde stehende öffentliche Interesse an der Erforschung des zutreffenden Lebenssachverhaltes wertend in Beziehung zu setzen mit dem Interesse der von den jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen Betroffenen.“

## I. VG: Abwägungsentscheidung (2)

### **VG Hamburg:**

„Die Antragsgegnerin hat der absolut geschützten Rechtssphäre zuzurechnende Erkenntnisse weder gewonnen noch gewinnen wollen. Sie hat sich vielmehr darauf beschränkt, äußerlich in Erscheinung tretende Verhaltensweisen des Ehemannes der Antragstellerin und der Antragstellerin selbst feststellen zu lassen. Ihre eigentliche Intimsphäre, insbesondere die Vertraulichkeit des gesprochenen und geschriebenen Wortes, wurde nicht tangiert. [...]“

Somit geht das VG von einem leichten Eingriff in die Grundrechte und einem erheblichen Aufklärungsinteresse der Behörde aus, so dass die gewonnenen Erkenntnisse berücksichtigt werden dürfen (kein unmittelbares Beweisverwertungsverbot).



## II. OVG: Unmittelbares Beweisverwertungsverbot



### 1. Fehlen einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung nach HmbDSG (1)

#### § 13 Abs. 1 HmbDSG - Zulässigkeit der weiteren Datenverarbeitung; Zweckbindung

(1) Die weitere Datenverarbeitung ist zulässig, wenn sie

1. erforderlich ist zur Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Stelle und
2. den Zwecken dient, für die die Daten erhoben wurden.

Daten, von denen die Stelle ohne Erhebung Kenntnis erlangt hat oder die bei ihr neu entstanden sind, dürfen für Zwecke verarbeitet werden, für die sie erstmals gespeichert worden sind.

# 1. Fehlen einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung nach HmbDSG (2)

## § 4 Abs. 2 HmbDSG – Begriffsbestimmungen

(2) Datenverarbeitung ist das Erheben, Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren, Löschen und Nutzen personenbezogener Daten.

Im Einzelnen ist [...]

7. Nutzen jede sonstige Verwendung von Daten ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren. [...]

# 1. Fehlen einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung nach HmbDSG (3)

## a) Beweisverwertung als „Verarbeitung“

### **OVG Hamburg:**

„[Es handelt sich – Anm. d. Verf.] bei der Verwendung von Ermittlungserkenntnissen zum Zwecke des Nachweises einer Scheinehe sowie der darauf gestützten Begründung einer aufenthaltsrechtlichen Entscheidung um das „Nutzen“ und damit um eine „weitere Datenverarbeitung“ der betreffenden Daten [im Sinne von § 4 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 Nr. 7 HmbDSG – Anm. d. Verf.].“

## b) Verarbeitung rechtmäßig erhobener Daten

### **OVG Hamburg:**

„Die Bestimmung des § 13 Abs. 1 HmbDSG regelt allerdings nicht explizit den Fall einer weiteren Verarbeitung von Daten, die zuvor auf **rechtswidrige** Weise erhoben worden sind.“

## b) Verarbeitung rechtmäßig erhobener Daten

### **OVG Hamburg:**

„Die Bestimmung des § 13 Abs. 1 HmbDSG regelt allerdings nicht explizit den Fall einer weiteren Verarbeitung von Daten, die zuvor auf **rechtswidrige** Weise erhoben worden sind. [...]“

Unter Rekurs auf die Entstehungsgeschichte der Norm, geht das Gericht davon aus, dass auch die Daten, die im Wege der „weiteren Datenverarbeitung“ genutzt werden, aufgrund des Eingriffscharakters dieser Nutzung den gleichen rechtlichen Voraussetzungen unterliegen müssen die bei einer erstmaligen Datenerhebung gelten.

„Dieser Gedanke könnte dafür sprechen, jedenfalls **grundsätzlich aus der Rechtswidrigkeit einer Ersterhebung von Daten auch auf die Rechtswidrigkeit (und damit Unzulässigkeit) ihrer weiteren Verarbeitung zu schließen.**“

Dies lässt das Gericht aber im Hinblick auf II.2. aber dahinstehen.

## 2. Unmittelbares Verwertungsverbot aus allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts

### a) Rechtsgrundlagen des unmittelbaren Verwertungsverbots

#### aa) Verwertungsverbot als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)

##### **OVG Hamburg:**

„Wird ein Bürger durch **rechtswidrige Ermittlungsmethoden einer Behörde** in seinen Rechten verletzt, so spricht zum einen das **Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich gegen eine (unmittelbare) Verwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse.**[...]“

## bb) Öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch

### OVG Hamburg:

„Desweiteren dürfte das anerkannte Rechtsinstitut des **öffentlichrechtlichen Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruchs** es im Grundsatz verbieten, eine Rechtsverletzung in Gestalt einer rechtswidrigen Beweiserhebung durch eine **(unmittelbare) Verwertung** dieser Ermittlungserkenntnisse zu seinen Lasten fortzusetzen [...].“

Die A und E können demzufolge verlangen, dass ein Zustand hergestellt wird, der dem vor der rechtswidrigen Erhebung der Beweise entspricht, so dass zumindest die Ergebnisse der rechtswidrigen Erhebung nicht berücksichtigt werden.

## cc) Zusammenfassung

### OVG Hamburg:

„Im verwaltungsverfahrenrechtlichen Schrifttum wird im Ergebnis weithin übereinstimmend angenommen, **dass auf rechtswidrige Weise erlangte Erkenntnisse** - sofern die Rechtswidrigkeit der Ermittlung auf einer **Verletzung individueller Rechte** und nicht bloß auf einem Verstoß gegen Normen beruht, die allein öffentliche (z. B. Geheimhaltungs-) Interessen schützen - **grundsätzlich nicht (unmittelbar) zu Lasten des betroffenen Bürgers verwendet werden dürfen.**“

## b) Voraussetzungen des unmittelbaren Verwertungsverbots



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

Voraussetzung für ein Verwertungsverbot von rechtswidrig erlangten Kenntnissen nach den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts ist die Verletzung individueller Rechte, also eines sogenannten „subjektiv-öffentlichen Rechts“.



# FÖR-Hintergrund: Subjektives Öffentliches Recht

Darunter versteht man die dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) verlangen zu können. Voraussetzung für ein subjektives Recht ist, dass eine Rechtsnorm vorliegt, die den Staat zu einem bestimmten Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) verpflichtet, und die Rechtsnorm – zumindest auch – dem Schutz der Interessen einzelner Bürger dient (Individualinteresse). Als entsprechendes Recht kommen auch die Grundrechte, als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, in Betracht.

Hier ist das subjektive öffentliche Recht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von A und E (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) durch die Observation verletzt. Zu klären bleibt, ob eine Ausnahme vom Grundsatz des unmittelbaren Verwertungsverbotes greift.

## c) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (1): Gefahr für hochwertige Rechtsgüter (Folie 1)

### **OVG Hamburg:**

„Ausnahmen von dem Grundsatz des Verbots der (unmittelbaren) Verwertung sind demgegenüber im Einzelfall möglich, wenn das verletzte Recht des Bürgers aufgrund besonderer Umstände gegenüber einem in der betreffenden Situation anders nicht zu schützenden, gewichtigeren öffentlichen Verwertungsinteresse (insbesondere in Gestalt höherwertiger Rechtsgüter Dritter) zurücktreten muss. [...]

Es ist nicht ersichtlich, dass hier eine Ausnahme von dem Grundsatz der (unmittelbaren) Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Erkenntnisse zu machen wäre. Zum einen handelt es sich bei den durchgeführten Maßnahmen um **gravierende Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin und des deutschen Ehemanns** [...].

## c) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (1): Gefahr für hochwertige Rechtsgüter (Folie 2)



[...] Zum anderen stehen hier **keine derart hochwertigen Rechtsgüter** (insbesondere Dritter) auf dem Spiel, dass deren Schutz hier ausnahmsweise **die (unmittelbare) Verwertung der rechtswidrig erlangten Ermittlungsergebnisse erfordern würde**. [...]"

## d) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (2): „gleichsam notwehrähnlicher Lage“ (Folie 1)



### **OVG Hamburg:**

„Zwar ist es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in zivil-, familien- oder arbeitsrechtlichen Streitigkeiten möglich, dass das Gericht Erkenntnisse verwertet, die sich eine Prozesspartei durch Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verschafft hat, wenn die beweisbelastete Prozesspartei sich in einer **gleichsam notwehrähnlichen Lage** befunden hat und **eine Abwägung der beteiligten Interessen ergibt, dass das Interesse an einer Verwertung dieser Beweise trotz des damit verbundenen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schutzwürdig ist**; das Interesse, sich Beweismittel zu verschaffen, reicht dafür allein allerdings **nicht** aus.[...]“

## d) Ausnahmen vom Verwertungsverbot (2): „gleichsam notwehrähnlicher Lage“ (Folie 2)



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

Eine Anwendbarkeit dieses Grundsatzes **im Verwaltungsprozess** lehnt das Hamburgische OVG ab, da die Behörde anders als der Private umfassendere Informationsmöglichkeiten hat und einer strikten rechtsstaatlichen Gesetzesbindung unterliegt.

# III. OVG: Verbot mittelbarer Beweisverwertung (absolutes Beweisverwertungsverbot)? (1)



## 1. Mittelbare Beweisverwertung oder absolutes Beweisverwertungsverbot - Optionen

Grundsätzlich bestehen für das Verwaltungsrecht zwei Optionen:

- entweder man erlaubt neue Ermittlungen, die aufgrund der Spuren der rechtswidrigen Beweiserhebungen erfolgen (sogenannte **mittelbare Beweisverwertung**)
- oder man entscheidet sich für ein absolutes Beweisverwertungsverbot.

### III. OVG: Verbot mittelbarer Beweisverwertung (absolutes Beweisverwertungsverbot)? (2)



#### **OVG Hamburg:**

„Ein **absolutes Verwertungsverbot** besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings dann, wenn die betreffenden Informationen durch die **Verletzung des unantastbaren Kernbereichs der privaten Lebensführung** erlangt worden sind.[...]“

Bei der GPS Surveillance handelt es sich nicht um einen solchen Eingriff in den unantastbaren Kernbereich.

# FEX: Fernwirkung von Beweisverwertungs- verboten im Strafverfahrensrecht



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

Nach der Rechtsprechung stellt sich die Frage der Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren unter Berücksichtigung der jeweils konkreten Sachlage und der Art des Verbots, da eine allgemeine Grenze, ab der ein Verwertungsverbot vorliegen würde, nicht existiere. Die Befürworter einer Fernwirkung, die sich für ein generelles Beweisverwertungsverbot aussprechen, stützen sich auf den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und rechtsethische Prinzipien, sowie auf die aus den USA stammende sog. „**fruit of the poisonous tree-doctrine**“. Dieses absolute Verwertungsverbot soll jedoch nach Aussage des US-amerikanischen Supreme Courts in erster Linie der Kontrolle der polizeilichen Ermittlungstätigkeit dienen und die Polizeibehörden bei ihren Strategien zur Beweisbeschaffung disziplinieren.



## 2. Voraussetzungen der mittelbaren Beweisverwertung im Verwaltungsrecht (1)



### **OVG Hamburg:**

„Das Beschwerdegericht lässt es allerdings **offen**, ob es den Verwaltungsbehörden **stets erlaubt ist, rechtswidrig erlangte Erkenntnisse als Anknüpfungspunkt für neue, dasselbe Thema betreffende Ermittlungen zu nutzen**, und ein absolutes, nicht einmal deren Verwendung als sog. Spurenansätze erlaubendes Verwertungsverbot somit generell nicht besteht.[...] Soweit im Strafverfahrensrecht die mittelbare Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel in der Regel angenommen wird, **lassen sich die dem zugrunde liegenden Erwägungen auf den Bereich des Verwaltungsrechts nicht ohne weiteres übertragen**. [...] Vergleichbar gewichtige öffentliche Interessen liegen demgegenüber im Bereich des Verwaltungsrechts jedenfalls nicht immer vor.[...]

## 2. Voraussetzungen der mittelbaren Beweisverwertung im Verwaltungsrecht (2)



„Auch im Bereich des Verwaltungsrechts werden nach der Auffassung des Beschwerdesenats Erkenntnisse aus rechtswidrig erhobenen Beweisen aber zumindest dann als Anknüpfungspunkt für weitere Ermittlungen zu demselben Thema genutzt werden dürfen, wenn **öffentliche Interessen von erheblichem Gewicht** betroffen sind, die sich mit dem staatlichen Strafanspruch vergleichen lassen. **Ein solcher Fall dürfte hier vorliegen.** Das öffentliche Interesse daran, aufenthaltsrechtlich motivierte Scheinehen von Ausländern aufzudecken [...] hat erhebliches Gewicht; dies gilt auch unter dem generalpräventiven Gesichtspunkt [...]. **Dieses öffentliche Interesse rechtfertigt zwar** (aus den dargestellten Gründen) **einerseits nicht die unmittelbare Verwertung der hier rechtswidrig erlangten Erkenntnisse, es steht aber andererseits der Annahme eines absoluten, auch mittelbaren Verwertungsverbots entgegen.**“

## 2. Voraussetzungen der mittelbaren Beweisverwertung im Verwaltungsrecht (3)

---



Demnach können hier die rechtswidrig erlangten Beweise zumindest einer mittelbaren Beweisverwertung zugeführt werden, so dass weitere Ermittlungen möglich sind.

## Teil 3: Schlussfolgerungen (1)

1. Mehrtägige GPS- wie Videosurveillance gehören zumindest dem ersten Anschein nach zum Standardrepertoire bestimmter Anbieter auf dem Detekteimarkt.
2. Jedenfalls in den Entscheidungen des Teils 1 und 2 werden diese jüngeren und relativ preisgünstigen Informationstechnologien rechtswidrig eingesetzt.
3. Hervorzuheben bei Teil 2 ist, dass hier eine Behörde eine private Detektei beauftragt hatte, die Ermittlungsmaßnahmen vornahm, die nicht einmal durch die Polizei hätten getroffen werden dürfen.
4. Offensichtlich bestand bei der Behörde kein Bewusstsein für die Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahmen der Detektei – andernfalls hätte sie die rechtswidrig erhobenen Erkenntnisse nicht zur Begründung ihrer Entscheidung verwandt.

## Teil 3: Schlussfolgerungen (2)

---

5. Wenn die Kriterien in Teil 2 verallgemeinerungsfähig wären, dann muss ein Hoheitsträger bei der Beauftragung einer privaten Detektei selbst die Qualität der Informationstechnik, die eingesetzt werden darf, spezifizieren und (rechtliche) prüfen.
6. In Teil 2 führt die Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu einem unmittelbaren Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der so organisierten Daten.

## Teil 4: Ausblick

---

Die Frage, inwieweit Detekteien GPS-Surveillance einsetzen dürfen, wird die Rechtsprechung weiter beschäftigen. Jedenfalls bei der Feststellung, ob eine nichteheliche Lebensgemeinschaft besteht, hat das OLG Oldenburg entschieden: eine punktuelle persönliche Überwachung sei weniger eingreifend und genauso geeignet. Deswegen wurde die Erstattung der Kosten für den GPS-Einsatz einer Detektei abgelehnt.