

RiLG Dr. Markus Löffelmann
Landgericht München I
Nymphenburger Str. 16
80335 München
Markus.Loeffelmann@lg-m1.bayern.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/641

A09, A14

Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf

der Landesregierung

**Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen - Sechstes Gesetz zur Änderung des
Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen**

Landtag Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/2351

A. Vorbemerkung

Das Recht der Sicherheitsbehörden auf Bundes- und Länderebene ist, namentlich determiniert durch die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, terroristische Anschläge und Bedrohungslagen sowie Erkenntnisse aus Untersuchungsausschüssen in einem Erneuerungsprozess begriffen. Für den Bereich des Polizeirechts zu nennen sind hier auf Bundesebene die Änderungen des BPolG¹ und des BKAG², auf Länderebene die umfassende Neuausrichtung des Polizeirechts in Bayern³ sowie - unterschiedlich weit gediehene - Änderungsinitiativen in Baden-Württemberg⁴, Hessen⁵, Niedersachsen⁶, Bremen⁷ und Sachsen⁸. Im Kontext dieser Entwicklung ist auch der gegenständliche Gesetzentwurf zu sehen, der sich in vielen Punkten an Reformbemühungen auf Bundes- und Länderebene anlehnt. Als rechtstatsächlichen Hintergrund der Novellierung nennt der Entwurf die „Entwick-

¹ BGBl. I 2017, 1066.

² BGBl. I 2017, 1354.

³ BayGVBl. 2017, 388; dazu ausf. *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff.; sowie jüngst BayGVBl. 2018, 301; dazu demnächst *Löffelmann*, GSZ 2018, Heft 3 (im Erscheinen). Gegen beide Gesetze sind bereits mehrere Popularklagen (Art. 98 S. 4 BV) und Meinungsverschiedenheiten (Art. 75 Abs. 3 BV) beim BayVerfGH anhängig bzw. in Vorbereitung und Verfassungsbeschwerden zum BVerfG angekündigt worden.

⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Polizeigesetzes und des Gesetzes über die Ladenöffnung in Baden-Württemberg vom 26.9.2017, Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 16/2741.

⁵ Art. 3 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Hessen, Hessischer Landtag Drs. 19/5412 und 19/5782.

⁶ Entwurf eines Reformgesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung und anderer Gesetze vom 19.1.2018.

⁷ Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bremischen Polizeigesetzes wurde am 10.1.2018 in der Innen- deputation behandelt und nach massiver öffentlicher Kritik nicht weiter verfolgt, vgl.

<https://netzpolitik.org/2018/nach-kritik-verschaerfung-des-polizeigesetzes-in-bremen-auf-eis-gelegt/>.

⁸ Referentenentwurf eines Gesetzes über die Aufgaben, Befugnisse, Datenverarbeitung und Organisation des Polizeivollzugsdienstes im Freistaat Sachsen (Sächsisches Polizeivollzugsgesetz - SächsPVDG) vom 18.4.2018.

lung der internationalen terroristischen Bedrohungen“, welche zu einer „hohen abstrakten Gefährdungslage für Europa und auch die Bundesrepublik Deutschland geführt“ habe, sowie die „Alltagskriminalität“, welche zunehmend organisiert erfolge und vor nationalen Grenzen keinen Halt mache (S. 1, 27). Der Entwurf versteht sich ausdrücklich als Vorgriff auf eine durch das Urteil des BVerfG vom 20.04.2016 zum BKAG und die Entwicklung der europäischen Datenschutzgesetzgebung veranlasste grundsätzliche Überarbeitung des Polizeigesetzes von Nordrhein-Westfalen. Nur „besonders wichtige Befugnisse und Regelungen zur effektiven Verhinderung von Straftaten, insbesondere im Bereich des Terrorismus“ (S. 2, 27) würden mit dem gegenständlichen Entwurf vorgezogen normiert.

B. Einzelne Kritikpunkte

I. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 8 Abs. 4 und 5 PolG-E)

Der Gesetzentwurf setzt die in der Entscheidung zum BKAG konsolidierte Rechtsprechung des BVerfG zum polizeilichen Tätigwerden im Gefahrenvorfeld nur teilweise zutreffend um. Zwar beachtet § 8 Abs. 4 PolG-E - anders als Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BayPAG⁹ - die verfassungsgerichtliche Vorgabe, dass eine Vorverlagerung polizeilicher Befugnisse stets nur bei Wahrung einer hinreichenden Nähe zwischen Zielperson der Maßnahme und prognostizierter Rechtsgutsgefährdung zulässig ist.¹⁰ Auch begrenzt der Gesetzentwurf - wiederum anders als Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BayPAG - in Abs. 5 S. 2 die Alternative, dass das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung begründe, zutreffend auf den Bezug zu terroristischen Gefahren.¹¹ Nicht den verfassungsgerichtlichen Vorgaben entspricht hingegen die Einhegung des Gefahrenvorfelds durch den Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung. Der Gesetzentwurf (S. 29) hebt zurecht hervor, das BVerfG erlaube Eingriffe im Gefahrenvorfeld nur zum Schutz von „überragend wichtigen Rechtsgütern“. Darunter versteht das BVerfG jedenfalls den Bestand und die Grundlagen der Existenz des Staates, Leib, Leben und Freiheit der Person sowie versorgungskritische Infrastruktur.¹² Der Begriff der Straftaten von erheblicher Bedeutung geht über diesen Rahmen weit hinaus. Es handelt sich dabei um Straftaten, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevöl-

⁹ Dazu ausf. krit. *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145, 146 ff.

¹⁰ BVerfGE 141, 220, 272: „Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann“ (Hervorh. d. d. Verf.). Prägnant auch BVerfGE 115, 320, 361 f.: „Ob ein Grundrechtseingriff zur Abwehr künftig drohender Rechtsgutbeeinträchtigungen auch im Vorfeld konkreter Gefahren verhältnismäßig sein kann, hängt nicht nur davon ab, ob eine hinreichende Aussicht darauf besteht, dass der Eingriff Erfolg verspricht (...), sondern auch davon, welche Anforderungen die Eingriffsnorm hinsichtlich der Nähe der betroffenen Personen zur fraglichen Rechtsgutbedrohung vorsieht (vgl. BVerfGE 100, 313 [395]; 107, 299 [322f., 329]; 110, 33 [60f.]; 113, 348 [385ff., 389]). Verzichtet der Gesetzgeber auf begrenzende Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts sowie an die Nähe der Betroffenen zur abzuwehrenden Bedrohung und sieht er gleichwohl eine Befugnis zu Eingriffen von erheblichem Gewicht vor, genügt dies dem Verfassungsrecht nicht.“

¹¹ BVerfGE 141, 220, 272 f.: „In Bezug auf terroristische Straftaten (...) können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“

¹² BVerfGE 120, 274, 328.

kerung erheblich zu beeinträchtigen.¹³ Hierzu zählen z. B. auch Eigentums- oder Betäubungsmitteldelikte (vgl. auch die beispielhafte Aufzählung in § 8 Abs. 3 PolG NRW). Allgemein handelt es sich um Straftaten mittlerer Schwere im Gegensatz zu den schweren (vgl. § 100a Abs. 2 StPO) und besonders schweren (vgl. § 100c Abs. 2 StPO, Art. 13 Abs. 3 GG) Straftaten. Der gefahrenabwehrrechtliche Begriff der überragend wichtigen Rechtsgüter dürfte dabei noch enger zu verstehen sein als der strafprozessuale der besonders schweren Straftaten.

Hinzu kommt, dass das BVerfG in seiner jüngeren Rechtsprechung eine Präferenz für rechtsgutsbezogene und nicht straftatenbezogene Eingriffsschwellen im Bereich des Gefahrenabwehrrechts zu erkennen gegeben hat.¹⁴ Da einer Qualifizierung als Straftat stets eine gesetzgeberische Entscheidung zugrunde liegt, Verletzungen von Rechtsgütern sich andererseits nicht in strafbaren Handlungen erschöpfen, macht ein rechtsgutsbezogener dogmatischer Ansatz im Bereich des Gefahrenabwehrrechts durchaus Sinn. Andererseits eignet straftatenbezogenen Eingriffsschwellen durch den Bezug auf deliktsspezifische Tatbestandsmerkmale in der Regel ein - wünschenswerter - höherer Grad an Bestimmtheit.¹⁵ Bei § 8 Abs. 4 PolG-E kommt dieser Gesichtspunkt jedoch kaum zum Tragen, da die allgemeine Bezugnahme auf Straftaten von erheblicher Bedeutung selbst sehr unspezifisch ist. Letzten Endes dürfte es dem BVerfG darauf ankommen, dass der jeweilige Polizeigesetzgeber eine eigenständige Abwägung zwischen Art und Ausprägung zu erwartender Rechtsgutsverletzungen und den polizeilichen Maßnahmen zu deren Aufklärung und Abwehr trifft und nicht lediglich im Sinne eines Automatismus an die Entscheidung des Strafgesetzgebers, eine Rechtsgutsverletzung als Straftat zu qualifizieren, anschließt.

Kritisch zu betrachten ist unter Bestimmtheitsgesichtspunkten schließlich die Übernahme der Formulierung „konkrete Wahrscheinlichkeit“ in Abs. 5 S. 2 aus der Entscheidung des BVerfG zum BKAG in den Gesetztext.¹⁶ Zugespitzt ist auch eine Wahrscheinlichkeit von 0,1 Prozent eine konkrete Wahrscheinlichkeit. Grundsätzlich werden Wahrscheinlichkeiten in einem ordinalen System z. B. als niedrig, hoch oder überwiegend klassifiziert. Welche Anforderungen an die erforderliche Gefahrprognose der zentrale Rechtsbegriff der konkreten Wahrscheinlichkeit stellt, ist völlig unklar. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Legaldefinition der drohenden Gefahr in § 8 Abs. 4 PolG-E von der Verwendung dieses Begriffs in anderen Gesetzen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10¹⁷; Art. 11 Abs. 3 BayPAG) abweicht. Im Schrifttum wird mit dem Begriff bislang teils eine konkrete¹⁸, teils eine gegenwärtige Gefahr bezeichnet.¹⁹ Die Begriffsvielfalt und Rechtsunsicherheit nimmt daher mit der Definition im gegenständlichen Gesetzentwurf weiter zu. Nur am Rande ist anzumerken, dass das BVerfG die Formulierung „drohende Gefahr“ selbst nicht in einem technischen Sinne verwendet. „Drohend“ hat in der betreffenden Passage des BKAG-Urteils nicht die Funktion eines das Substantiv näher konkretisierenden Attributs (wie z. B. in den Zusammensetzungen abstrakte Gefahr, konkrete Gefahr, drin-

¹³ Vgl. BVerfGE 103, 21, 33 f.; 107, 299, 321 f.; 110, 33, 65; BVerfG, NJW 2001, 2320, 2321; BVerfG, StV 2003, 1; vgl. auch *Rieß*, GA 2004, 623 m. w. N. sowie BT-Drucks. 13/10791, S. 5.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 122, 120, 142; 125, 260, 329; 141, 220, 270.

¹⁵ So zutreffend *Möstl*, DVBl. 2010, 808, 811 ff.

¹⁶ Vgl. zur Kritik hieran bereits *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145, 148.

¹⁷ Näher zur dortigen Auslegung des Begriffs *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil VI § 4 Rn. 33; *Huber*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 1 Artikel 10-Gesetz Rn. 28.

¹⁸ Vgl. etwa *Schmidbauer/Steiner*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 54; darauf weist auch die Gesetzgebung (Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299 S. 10) hin.

¹⁹ Vgl. *Pewestorf/Söllner/Tölle*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 ASOG Rn. 26 m. w. N.

gende Gefahr etc.), sondern lediglich eines Prädikats.²⁰ In Zusammenhänge wie dem vom BVerfG erörterten gestellt, würde der Begriff der drohenden Gefahr zu unsinnigen Doppelungen führen („sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein über-
ragend wichtiges Rechtsgut hinweisen“).

Vor diesem Hintergrund sollte darüber nachgedacht werden, auf die Einführung eines neuen polizei-
rechtlichen Gefahrenbegriffs zu verzichten und stattdessen - analog zu den Änderungen im BKAG -
die Voraussetzungen eines Tätigwerdens im Gefahrenvorfeld bei den jeweiligen Standardbefugnissen
festzulegen. Auch sollte deutlicher werden, welche Art von Rechtsgutsverletzungen der Gesetzgeber
bei der Schaffung von Befugnissen im Gefahrenvorfeld im Blick hat. Der Begriff der Straftaten von
erheblicher Bedeutung ist zu weit und unbestimmt, um eingriffsintensive Maßnahmen ausreichend
einzugrenzen.

II. Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 12a PolG-E)

Die Schaffung der Befugnis zu polizeilichen Anhalte- und Sichtkontrollen begegnet angesichts der
damit verbundenen verhältnismäßig geringfügigen Grundrechtseingriffe grundsätzlich keinen verfas-
sungsrechtlichen Einwänden. Die Befugnis ist in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht ausrei-
chend eingegrenzt und prozessual durch einen Behördenleitervorbehalt abgesichert. Die Begründung
des Gesetzentwurfs zur Erforderlichkeit der Maßnahme überzeugt. Insbesondere handelt es sich
dabei - entgegen der Entwurfsbegründung (S. 2) und anders als bei der verfassungsrechtlich umstrit-
tenen sog. Schleierfahndung²¹ - um keine vollkommen verdachtsunabhängige Maßnahme. Nach Abs.
2 ist die strategische Fahndung „nur zulässig, wenn auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzuneh-
men ist, dass in diesem Gebiet Straftaten (...) begangen werden sollen.“ Damit setzt die Maßnahme
den - allerdings nicht personenbezogenen - Verdacht künftiger Straftaten voraus. § 12a PolG-E liegt
daher phänomenologisch näher an den weitgehend unumstrittenen Befugnisnormen zur Identitäts-
feststellung an gefährlichen Orten und Kontrollstellen²² als an der anlass- und verdachtsunabhä-
ngigen Schleierfahndung.

Nicht unproblematisch erscheint jedoch, dass nach der Entwurfsbegründung unter die Befugnis zur
Augenscheinnahme mitgeführter Fahrzeuge und Sachen nach § 12a Abs. 1 S. 2 PolG-E auch das Ver-
langen, „den Kofferraum eines Autos oder eine Handtasche zu öffnen, um Einblick zu nehmen“, fallen
soll (S. 31). Abgesehen davon, dass sich eine Mitwirkungspflicht der betroffenen Personen aus der
Norm nicht erschließt, wird unter Augenscheinnahme gewöhnlich die natürliche Wahrnehmung eines
Objekts von außen verstanden. Im Gegensatz dazu erlaubt die (körperliche) Untersuchung (vgl. § 81a
StPO) oder die Durchsuchung ein nicht nur äußerliches Wahrnehmen, sondern Eröffnen des Objekts
und steht deshalb unter erhöhten Voraussetzungen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Abgren-
zung der Augenscheinnahme zur Durchsuchung in § 12a Abs. 1 S. 2 und 3 PolG-E in der Auslegung der
Entwurfsbegründung zu unscharf. Besonders virulent wird diese Problematik, wenn es sich bei den
mitgeführten Fahrzeugen um solche handelt, die dem Schutz des Art. 13 GG unterfallen (z. B. Wohn-

²⁰ BVerfGE 141, 220, 272 f.: „Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon beste-
hen, (...), sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichti-
ges Rechtsgut hinweisen“ (Hervorh. d. d. Verf.).

²¹ Vgl. dazu BayVerfGH BayVBl. 2003, 560; 2006, 339; 2011, 206 und die vehemente Kritik von *Rachor*, in: Lis-
ken/Denninger (Hrsg.), Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Teil E Rn. 376 ff.

²² Vgl. *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Fn. 21), Teil E Rn. 330 ff., 347 ff. m. w. N.

wägen, Wohnmobile, Schlafkabinen von Lkw).²³ Während eine bloße Augenscheinnahme von außen keinen Eingriff in Art. 13 GG begründet, sondern nur in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁴, wäre ein Einblicknehmen in das Innere solcher Fahrzeuge in einer über die natürliche Wahrnehmung von außen hinausgehenden Weise verfassungsrechtlich zu Zwecken der Gefahrenabwehr nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 4 oder 7 GG zulässig. § 12a Abs. 1 S. 2 PolG-E müsste daher in jedem Fall verfassungskonform so interpretiert werden, dass ein Einblicknehmen in das Innere von Fahrzeugen, die dem Schutz des Art. 13 GG unterfallen, nicht gedeckt ist.

Nur am Rande ist anzumerken, dass sich die in der Entwurfsbegründung (S. 31, 33) dargestellte Anknüpfung der Maßnahme auch an drohende Gefahren und drohende terroristische Gefahren i. S. d. § 8 Abs. 4 und 5 PolG-E aus dem Gesetztext nicht erschließt.

III. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 15a PolG-E)

Die neue Befugnisnorm des § 15a Abs. 1 Nr. 2 PolG-E begegnet in der Alternative, dass Straftaten „begangen werden“ kompetenziellen Bedenken. Das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden, begründet einen strafprozessualen Anfangsverdacht, die Maßnahme wäre in dieser Alternative daher in erster Linie durch den Bundesgesetzgeber zu regeln, der das strafprozessuale Ermittlungsinstrumentarium abschließend bestimmt hat (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG unter dem Titel „gerichtliches Verfahren“).

In den Alternativen, dass Straftaten „verabredet“ oder „vorbereitet“ werden, begegnet die Norm Bedenken unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten. Hinsichtlich der Alternative des Verabredens erscheint schon die Geeignetheit der Maßnahme zweifelhaft, da ein solches Verabreden optisch kaum erkennbar sein dürfte und der Aufnahme für Zwecke der späteren Strafverfolgung (vgl. Abs. 2) daher nur geringe Beweiskraft zukommt.²⁵ Hinsichtlich der Alternative des Vorbereitens ist problematisch, dass unter diesen Begriff zahlreiche unspezifische Verhaltensweisen gefasst werden können, etwa das bloße Sich-Aufhalten oder - worauf die Entwurfsbegründung abstellt (S. 35) - bloßes Warten. Letzten Endes lässt sich in dieser Alternative die Einsatzmöglichkeit der Videoüberwachung kaum mehr in einer für die Normadressaten vorhersehbaren Weise begrenzen, denn als öffentlich zugängliche Orte, an denen Straftaten von erheblicher Bedeutung in diesem Sinne „vorbereitet“ werden, qualifizieren sämtliche öffentliche Örtlichkeiten, an denen sich potenzielle Täter aufhalten. Auch eine zeitliche Einhegung („solange“) fehlt hier.

IV. Zu Artikel 1 Nr. 5 (§ 20c PolG-E)

Die Einführung einer Befugnis zur präventiv-polizeilichen Telekommunikationsüberwachung und Quellen-Telekommunikationsüberwachung begegnet grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen

²³ Wohnung i. S. d. Art. 13 GG ist jeder nicht allgemein zugängliche feststehende, fahrende oder schwimmende Raum, der zur Stätte des Aufenthalts oder Wirkens von Menschen gemacht wird, Maunz-Dürig/*Papier*, Art. 13 Rn. 10; *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 13 Rn. 4.

²⁴ BVerfGE 109, 279, 327.

²⁵ Zum (primär) repressiven Charakter der Maßnahme *Zöllner*, NVwZ 2005, 1235 ff.; *Roggan*, NVwZ 2001, 134, 138 f.; *Petri*, in: *Lisken/Denninger* (Fn. 21), Teil G Rn. 195, der dogmatisch überzeugend zwischen der Videoüberwachung (präventiv) und -aufzeichnung (repressiv, Strafverfolgungsvorsorge) differenziert.

Einwänden. Die Befugnis nach § 20c PolG-E hält sich im Rahmen der in gefestigter verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung entwickelten Vorgaben²⁶ und gleicht die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen an die in den meisten anderen Bundesländern an.

Zur Kritik an der Formulierung „konkrete Wahrscheinlichkeit“ in Abs. 1 Nr. 2 siehe oben I.

Einfachrechtlich ist nicht nachvollziehbar, warum die Erstreckung der Maßnahme auf so genannte Nachrichtenmittler (§ 20c Abs. 1 Nr. 3 und 4 PolG-E) nur bezüglich Zielpersonen nach Nr. 1 und nicht auch solche nach Nr. 2 der Vorschrift gilt.

Kritisch zu sehen ist außerdem der präventive Kernbereichsschutz gem. Abs. 8 S. 1. Die Vorschrift folgt zwar den verfassungsgerichtlichen Vorgaben²⁷, verfügt aber lediglich über einen theoretischen Anwendungsbereich, da eine Überwachungssituation, in der zu erwarten ist, dass ausschließlich („allein“) Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst werden, kaum denkbar ist.²⁸

Die Evaluierungs- und Verfallsklausel in Abs. 12 ist ausdrücklich zu begrüßen.

V. Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 34b - 34d PolG-E)

1. Zu § 34b PolG-E

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist zwischen Aufenthalts- und Kontaktverboten einerseits und Aufenthaltsgeboten andererseits zu differenzieren. Als Eingriffen in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) Betroffener unterliegen Aufenthalts- und Kontaktverbote einem allgemeinen Schrankenvorbehalt. Aufenthaltsgebote sind hingegen, soweit deutsche Staatsbürger betroffen sind, am Grundrecht aus Art. 11 GG zu messen, das einen qualifizierten Schrankenvorbehalt vorsieht, bei nichtdeutschen Grundrechtsträgern ebenfalls an Art. 2 Abs. 1 GG. Aufenthaltsgebote können zudem am Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen sein, wenn sie den zulässigen Aufenthalt auf einen relativ eng umgrenzten Raum (z. B. auf eine bestimmte Unterkunft oder ein Grundstück) begrenzen.²⁹ Die Übergänge zwischen Art. 11 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sind insoweit fließend.³⁰ Im Extremfall kann ein Aufenthaltsgebot einer Inhaftierung, also einer Freiheitsentziehung gleichkommen. Dem Wortlaut nach erlaubt § 34b Abs. 1 Nr. 1 PolG-E durch das Verbot, sich „aus einem bestimmten Bereich zu entfernen“ jedenfalls auch Freiheitsbeschränkungen³¹, was durch die

²⁶ Vgl. ausf. *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler (Fn. 17), Teil VI § 4 Rn. 3 ff. m. zahlr. w. N.

²⁷ BVerfGE 113, 348, 390; 129, 208, 245 ff.; BVerfG NJW 2016, 3508, 3511.

²⁸ Vgl. zu dieser Kritik bereits *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler (Fn. 17), Teil VI § 4 Rn. 53 und 185 zu § 3a G 10 und § 11 BNDG.

²⁹ Vgl. etwa BVerfGE 22, 180, 218 f. zur zwangsweisen Unterbringung in einem offenen Heim oder einer Familie; BVerfG NVwZ 2011, 743 zur Bildung eines polizeilichen Kessels; Art. 11 GG wird dann durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verdrängt, vgl. *Jarass/Pieroth* (Fn. 23), Art. 2 Rn. 111, Art. 11 Rn. 2, jew. m. w. N.

³⁰ Vgl. z. B. BVerfG NVwZ 1983, 603 zu Aufenthaltsbeschränkungen für Asylbewerber, wo „angesichts des räumlichen Umfangs des Zuständigkeitsbereichs der Ausländerbehörde, innerhalb dessen sich der Asylbewerber nach § 20 I AsylVfG frei bewegen darf (eine größere Stadt oder ein Landkreis)“ der Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts nicht als eröffnet angesehen wurde.

³¹ BVerfGE 105, 239, 248: „Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist. Der Tatbestand der Freiheitsentziehung kommt nur in Betracht, wenn

Hinweise der Entwurfsbegründung auf zu Freiheitsentziehungen ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung (S. 39) nicht ausgeräumt wird. Vielmehr dürfte die Entwurfsbegründung so zu verstehen sein, dass „das bloße Gebot, sich in einem Raum aufzuhalten“ (S. 39) durchaus als vom Normzweck des § 34b Abs. 1 Nr. 1 PolG-E erfasst anzusehen sei. Da der Verstoß gegen eine solche Anordnung mit Freiheitsstrafe (§ 34d Abs. 1 Nr. 1 PolG-E) - also körperlichem Zwang - sanktioniert ist, liegt es nahe, darin bereits eine Freiheitsentziehung zu sehen, jedenfalls handelt es sich aber um einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in Gestalt einer Freiheitsbeschränkung.

Soweit durch ein Aufenthaltsgebot (nur) in Art. 11 GG eingegriffen wird, genügt der Zweck der „Abwehr einer Gefahr im Sinne des § 8, die sich auf eine Straftat von erheblicher Bedeutung bezieht“, nur teilweise dem Kriminalvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 Alt. 5 GG. Erforderlich ist insoweit, dass im konkreten Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Begehung von Straftaten zu erwarten ist.³² Diese Voraussetzung ist in den Fällen der gleichfalls in Bezug genommenen § 8 Abs. 4 und 5 PolG-E (S. 39), die das Gefahrenvorfeld betreffen, nicht gewahrt. Allerdings dürfte im Falle drohender terroristischer Straftaten (§ 8 Abs. 5 PolG-E) die Maßnahme unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden sein, wobei jedoch zu berücksichtigen, dass sich das BVerfG bislang ausdrücklich nur zu informationellen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld geäußert hat. Die Befugnisse nach § 34b PolG-E betreffen hingegen aktionelle Maßnahmen. Auf drohende Gefahren nach § 8 Abs. 4 PolG-E lassen sich diese Überlegungen nicht übertragen, da die Einhegung durch den Begriff der Straftaten von erheblicher Bedeutung zu weit und unbestimmt ist. Entgegen der Entwurfsbegründung (S. 39) gewährleistet der Begriff der Straftaten von erheblicher Bedeutung materiell gerade nicht, „dass eine Anordnung nur zum Schutz besonders bedeutsamer Rechtsgüter erfolgt“. Außerdem hat der Gesetzgeber gerade im Gefahrenvorfeld die den Anlass des Eingreifens bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung deuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das in diesem Bereich besonders hohe Risiko einer Fehlprognose noch hinnehmbar ist.³³ Diesem Anspruch wird der Begriff der „drohenden Gefahr“ nicht gerecht (vgl. oben I.).

Soweit durch die Anordnung eines Aufenthaltsgebots das Freiheitsgrundrecht betroffen ist, stellt sich das Problem der Verhältnismäßigkeit in verschärfter Weise, denn das Freiheitsgrundrecht besitzt generell unter den grundrechtlich verbürgten Rechten einen besonderen Rang³⁴, weshalb es als „unverletzlich“ gekennzeichnet ist und Art. 104 GG für seine Beschränkung qualifizierte Anforderungen statuiert. Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht - zumal zu Zwecken, die nicht dem Schuldausgleich dienen - sind nur „aus besonders gewichtigen Gründen“ unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.³⁵ Die materiellen Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung müssen hinreichend detailliert und umso genauer geregelt sein, je gewichtiger der Eingriff ist.³⁶ Diesen Anforderungen wird die beabsichtigte Regelung, jedenfalls sofern sie sich auf drohende Gefahren i. S. d. § 8 Abs. 4 PolG-E bezieht, nicht gerecht.

Bloße Aufenthaltsverbote und Kontaktverbote greifen hingegen grundsätzlich nur in Art. 2 Abs. 1 GG ein, u. U. auch in andere Grundrechte (z. B. Art. 12 GG bei der Berufsausübung oder Art. 4 GG bei der

die - tatsächlich und rechtlich an sich gegebene - körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird (vgl. BVerfGE 94, 166 [198])“ (Hervorh. d. d. Verf.).

³² Jarass/Pieroth, (Fn. 23), Art. 11 Rn. 17 m. w. N.

³³ BVerfGE 110, 33, 56; 113, 348, 378 ff.

³⁴ BVerfGE 104, 220, 234.

³⁵ BVerfGE 90, 145, 172; 58, 208, 224; 70, 297, 307; 128, 326, 372 f.; BVerfG NVwZ 2016, 1079.

³⁶ Vgl. BVerfGE 78, 374, 387 f.; 96, 68, 97; 109, 133, 188; 117, 71, 111.

Religionsausübung beeinträchtigenden Beschränkungen). Die einfachgesetzlichen Schranken können hier niedriger ausfallen als bei Aufenthaltsgeboten und sind vorliegend nicht zu beanstanden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, gerade auch mit Blick auf die zulässige Anordnungsdauer, dass Anordnungen nach § 34b PolG-E - anders als solche nach der Parallelnorm in Art. 16 BayPAG³⁷ - generell einem Richtervorbehalt unterliegen.

2. Zu § 34c PolG-E

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist die elektronische Aufenthaltsüberwachung (im Folgenden: EAÜ) als sehr eingriffsintensive Maßnahme einzustufen, die gleich mehrere Grundrechte berührt. Mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG kann das beständige Tragen der „Fußfessel“ nicht nur in einem über eine bloße Lästigkeit hinausgehenden Maße als störend empfunden werden, sondern auch verhaltenssteuernde und einschüchternde Wirkung haben.³⁸ Da die elektronische Überwachung des Aufenthaltsorts Rückschlüsse auf die persönliche Lebensgestaltung zulässt, ist ferner das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen. Daten, die über den Standort einer Person Auskunft geben, sind personenbezogene Daten.³⁹ Dabei kommt erschwerend zum Tragen, dass die Maßnahme eine lückenlose Nachverfolgung des Standorts der betroffenen Person ermöglicht, also die Erstellung eines vollständigen Bewegungsprofils. Damit handelt es sich generell um eine besonders eingriffsintensive Maßnahme⁴⁰, die im Falle einer „Rundumüberwachung“ sogar die Gefahr einer Verletzung der Menschenwürde begründet.⁴¹ Soweit das Freiheitsgrundrecht und das Wohnungsgrundrecht betroffen sind, wiegt der Eingriff noch schwerer. Soweit die EAÜ auch die Bestimmung des Standorts einer Person *innerhalb* einer Wohnung ermöglicht, ist weiter Art. 13 GG betroffen.⁴² Aus dem qualifizierten Schrankenvorbehalt gem. Art. 13 Abs. 4 GG folgt, dass ein Einsatz der Maßnahme in Wohnungen zu präventiv-polizeilichen Zwecken nur zur Abwehr dringender Gefahren i. S. d. Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG zulässig ist.⁴³

In Bayern wurde die elektronische Aufenthaltsüberwachung als Mittel des Gefahrenabwehrrechts bereits durch das Gesetz vom 24.07.2017⁴⁴ eingeführt. Im Rahmen des dortigen Gesetzgebungsverfahrens wurden gerade von Seiten der Polizeipraxis massive Zweifel an der Geeignetheit der Maßnahme zur Verhinderung von Terrorismus und Schwerekriminalität geäußert.⁴⁵ Diese Kritik korrespon-

³⁷ Hierzu krit. *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145, 149.

³⁸ Z. B. wenn der Betroffene sich aus Angst vor Stigmatisierung nicht mehr ins Schwimmbad oder Fitnessstudio traut. Zum Topos des Einschüchterungseffekts als verfassungsrechtlichem Maßstab vgl. BVerfGE 65, 1, 42; 107, 299, 328; 113, 29, 46; 115, 320, 354 f.; 120, 378, 402; 125, 260, 319, 332; ähnlich EuGH, Urteil vom 8.4.2014, C293/12 und C594/12, Rn. 37 zur „Vorratsdatenspeicherung“.

³⁹ Vgl. BVerfGK 9, 62.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 113, 348, 383; 120, 378, 417, 427 ff.; 125, 260, 301.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 109, 279, 323; 112, 304, 319; 141, 220, 280 f.; BVerfG NJW 2007, 2753, 2757.

⁴² Zur Reichweite des Art. 13 GG beim Einsatz von Überwachungstechnologie in Wohnungen näher BVerfGE 120, 274, 309 ff.

⁴³ Art. 13 Abs. 7 GG kommt insoweit nicht zum Tragen, da sich die Schranke nicht auf den Einsatz technischer Mittel bezieht.

⁴⁴ BayGVBl. 2017, 388.

⁴⁵ Vgl. Stellungnahme der Gewerkschaft der Polizei vom 3.3.2017, S. 3: „Außerdem kann die Fußfessel ja nur den jeweiligen aktuellen Aufenthaltsort des Delinquenten anzeigen, das evtl. Betreten von verbotenen Zonen anzeigen (...) und alarmiert auch bei Manipulationsversuchen bzw. zu Ende gehender Akku-Leistung. Was der mit einer Fußfessel ausgestattete Mensch jedoch aktuell an Aktivitäten betreibt, bleibt völlig im Dunkeln. Und ein Terrorist, der sein Leben für die Durchführung eines Anschlags opfert, wird sich mit oder ohne Fußfessel in

diert mit den Erfahrungen, die im Bereich der strafprozessualen Führungsaufsicht mit der elektronischen Fußfessel gewonnen wurden, wo dieses Instrument seit dem Änderungsgesetz vom 22.12.2010⁴⁶ in § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12, S. 3 StGB als Mittel der Überwachung und Führung wegen bestimmter schwer wiegender Delikte⁴⁷ straffällig gewordener Personen verankert ist.⁴⁸ Soweit der gegenständliche Entwurf die Regelung in einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Bekämpfung terroristischer Straftaten stellt, dürfte die Geeignetheit der Maßnahme noch skeptischer einzuschätzen sein: Abgesehen davon, dass terroristische Akte sich auch vom heimischen Schreibtisch aus koordinieren, planen und ausführen lassen, erscheint wenig plausibel, dass Personen, die zu schwersten terroristischen Straftaten entschlossen sind, sich davon durch das Tragen einer elektronischen Fußfessel abhalten lassen. Praktisch ist das kaum möglich.⁴⁹ Nach der Logik des Terrorismus könnte sogar die Gefahr einer Instrumentalisierung der staatlichen Überwachungsmaßnahme zu Propagandazwecken bestehen: Anschläge, die trotz „elektronischer Fesselung“ verübt werden, sind eine öffentlichkeitswirksame Demonstration hoheitlicher Hilflosigkeit. Außerdem könnte die Fußfessel gezielt für Ablenkungsmanöver genutzt werden. Jedenfalls aber steht die Maßnahme der elektronischen Aufenthaltsüberwachung in einem heiklen Spannungsverhältnis zu den im Gefahrenvorfeld - namentlich auch im Tätigkeitsbereich der Nachrichtendienste - wichtigen informationellen Befugnissen, die ein unbemerktes Eindringen in terroristische Strukturen und Erforschen ihrer Bestrebungen bezwecken. Muss ein „Gefährder“ offen eine „elektronische Fußfessel“ tragen, sind von dieser Person mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinerlei Informationen mehr über entsprechende Bestrebungen zu erwarten. Etwas weniger bedenklich erscheint die Maßnahme unter Geeignetheitsgesichtspunkten zur Abwehr der in § 34c Abs. 2 PolG-E bezeichneten Straftaten. Da solche Taten häufig auf Wiederholung angelegt sind (vgl. auch § 112a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO), dürfte die Annahme, dass das mit dem Tragen einer „elektronischen Fußfessel“ verbundene höhere Entdeckungs- und Strafverfolgungsrisiko eine gewisse psychologische Wirkung entfaltet, grundsätzlich begründet sein.

Nicht unproblematisch erscheint die Regelung des § 34c Abs. 2 PolG-E angesichts der hohen Eingriffsintensität der Maßnahme hingegen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten. Das verdeutlicht auch der Umstand, dass derzeit beim BVerfG mehrere Verfassungsbeschwerden gegen die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht anhängig sind, deren Ausgang abgewartet werden sollte.⁵⁰ Im Vergleich zur Anordnung der Maßnahme im Rahmen der Führungsaufsicht kann die Anordnung nach § 34c Abs. 2 PolG-E unter deutlich niedrigeren materiellen und prozessualen Voraussetzungen erfolgen. Mit Blick auf § 34c Abs. 1 PolG-E erscheint die vorgesehene

die Luft sprengen oder ins Feuergefecht begeben. Insofern wird die Fußfessel nicht die Wirkung bringen, die sich der Gesetzgeber mit der geplanten Einführung wünscht.“ Ähnlich kritisch äußerte sich der Bund Deutscher Kriminalbeamter, Stellungnahme vom 2.3.2017, der zudem spürbare Personaleinsparungen bei der Überwachung von „Gefährdern“ anzweifelt.

⁴⁶ BGBl. I 2010 S. 2300.

⁴⁷ §§ 174 bis 174c, 176, 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 und 6, §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 und 2, 323a StGB.

⁴⁸ Vgl. *Bräuchle/Kinzig*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht. Kurzbericht über die wesentlichen Befunde einer bundesweiten Studie mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen, 2015, denen zufolge bei allen beteiligten Akteuren Einigkeit darüber bestehe, „dass eine Aufenthaltsüberwachung die Begehung neuer Straftaten letztlich nicht verhindern“ könne (S. 16). Die elektronische Aufenthaltsüberwachung sei daher „keinesfalls ein Allheilmittel zur Verhinderung schwerer Straftaten von aus dem Straf- oder Maßregelvollzug entlassener, als gefährlich eingeschätzter Personen“ (S. 20).

⁴⁹ Ähnlich kritisch zum Entwurf des Gesetzes zur Neustrukturierung des BKAG *Kaiser*, KJ 50 (2017), 177/179 f., 184.

⁵⁰ Az. 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12, 2 BvR 2633/11 und 2 BvR 2095/14.

Begrenzung auf die Abwehr terroristischer Straftaten als ausreichend, aber auch notwendig. Unklar in der gesetzestechnischen Ausgestaltung ist allerdings, ob die Maßnahme - wie die Entwurfsbegründung ausführt (S. 40) - schon bei lediglich drohender terroristischer Gefahr greifen soll. § 34c Abs. 1 PolG-E spricht von der „Abwehr einer Gefahr“, worunter nach herkömmlicher Polizeirechtsdogmatik eine konkrete Gefahr gemeint ist, und nimmt lediglich die Voraussetzungen des § 8 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 bis 3 PolG-E in Bezug, also gerade nicht dessen S. 2, der das Gefahrenvorfeld eröffnet, wenn „das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit“ einer terroristischen Straftat begründet. Soll die Maßnahme bereits im Gefahrenvorfeld greifen, ist zu berücksichtigen, dass verfassungsrechtlich nach wie vor ungeklärt ist, ob dort auch sog. aktionelle Maßnahmen zulässig sind.⁵¹ Das BVerfG hat bislang nur informationelle Maßnahmen im Gefahrenvorfeld als zulässig erachtet.⁵²

Soweit das Wohnungsgrundrecht betroffen ist, schreibt § 34c Abs. 3 S. 2 PolG-E zwar vor, dass innerhalb der Wohnung der verantwortlichen Person keine über den Umstand ihrer Anwesenheit hinausgehenden Aufenthaltsdaten erhoben werden dürfen, begrenzt diese Ausnahme aber zugleich darauf, dass dies „technisch möglich“ sei. Damit *erlaubt* die Vorschrift grundsätzlich die Erhebung von Standortdaten innerhalb der Wohnung, ohne dabei die Qualifikation des Art. 13 Abs. 4 GG zu beachten. Im Übrigen spricht § 34c Abs. 3 S. 2 PolG-E lediglich von „der Wohnung der betroffenen Person“. Hält sich diese in einer anderen Wohnung auf, die sie nicht innehat oder bewohnt, ist gleichwohl Art. 13 GG betroffen. Das Wohnungsgrundrecht schützt in diesem Fall den Grundrechtsinhaber davor, dass der Staat mit technischen Mitteln Kenntnisse aus der Wohnung erlangt, die der natürlichen Wahrnehmung von außen entzogen sind.⁵³ Dazu zählt auch, ob und wo sich eine andere (d. h. die überwachte) Person in der Wohnung des Grundrechtsberechtigten aufhält. § 34c PolG-E müsste daher ein kategorisches Verbot des Erhebens von Daten aus Wohnungen beinhalten.

Aus dem Nebeneinander der Befugnisse nach § 34c PolG-E, § 68b StGB, § 56 BKAG und neuerdings auch § 56a AufenthG⁵⁴ und ihren unterschiedlichen Anordnungsvoraussetzungen ergeben sich zusätzlich kompetenzrechtliche und praktische Probleme. So können nach den genannten Vorschriften mehrere Maßnahmen der elektronischen Aufenthaltsüberwachung mit jeweils unterschiedlicher Zielrichtung nebeneinander angeordnet werden. Fraglich ist, ob in einem derartigen Fall der Betroffene mehrere Fußfesseln tragen muss, wie die Koordinierung der Überwachung durch die verschiedenen beteiligten Behörden erfolgt⁵⁵ und wie der Informationsaustausch der Behörden untereinander und die Zuständigkeit im Falle eines etwaig erforderlichen Zugriffs geregelt sind. Außerdem

⁵¹ Zur dogmatischen Differenzierung zwischen informationellen und aktionellen Maßnahmen näher *Mösti/Schwabenbauer*, BeckOK PolSichR Bayern, 3. Edition, Systematische Vorbemerkungen, Rn. 35 ff.

⁵² BVerfGE 141, 220, 273: „In Bezug auf terroristische Straftaten (...) können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird“ (Hervorh. d. d. Verf.).

⁵³ BVerfGE 120, 274, 310.

⁵⁴ Vgl. das am 29.07.2017 in Kraft getretene Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.07.2017, BGBl. I S. 2780, BT-Drs. 18/11546.

⁵⁵ Die durch Staatsvertrag der Bundesländer mit Wirkung zum 01.01.2012 (abgedruckt in GVBl. NRW 2011 S. 553) im hessischen Bad Vilbel eingerichtete „Gemeinsame elektronische Überwachungsstelle der Länder (GÜL)“ ist nur für Maßnahmen im Bereich der Führungsaufsicht zuständig. Die GÜL ist zuständig für die Entgegennahme und Bewertung von Ereignismeldungen (z. B. über Weisungsverstöße oder Funktionsbeeinträchtigungen des Überwachungssystems) und die nachfolgende Unterrichtung der zuständigen polizeilichen und justiziellen Stellen der Länder hiervon. Nach Art. 4 des Staatsvertrags kann jedes Land durch gesonderte Vereinbarung mit dem Land Hessen der GÜL auch Aufgaben im Zusammenhang mit der elektronischen Überwachung zu anderen Zwecken übertragen.

können mit der Verankerung der präventiv-polizeilichen EAÜ im Landesrecht die hohen Anforderungen, die das Bundesrecht an die Anordnung einer solchen Maßnahme im Rahmen der Führungsaufsicht stellt (§ 68b StGB i. V. m. § 463a StPO), unterlaufen werden. Liegen z. B. die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung von Führungsaufsicht gegen einen wegen eines eher geringfügigen Sexualdelikts Verurteilten nicht vor, kann die Polizei dennoch nach den viel niedrigeren Maßstäben des § 34c Abs. 2 PolG-E die EAÜ herbeiführen.⁵⁶

3. Zu § 34d PolG-E

Gegen die Einführung eines die Anordnung absichernden Straftatbestands, der - wie jede Strafdrohung - eine verhaltenssteuernde Wirkung von Sanktionsnormen unterlegt, bestehen grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Einwände. Der Gesetzgeber verfügt bei der Schaffung von Sanktionsnormen über einen besonders weiten Spielraum gerade mit Blick auf deren Geeignetheit und Erforderlichkeit.⁵⁷ Da Strafnormen über das bloße Verbotensein einer Handlung und ihre Bestrafung hinaus ein sozial-ethisches Unwerturteil vermitteln⁵⁸, handelt es sich bei ihrem Einsatz als Steuerungsinstrument allerdings stets um einen besonders schwer wiegenden Eingriff.⁵⁹ Dieser wirkt auf die Verhältnismäßigkeit der Anordnungen nach § 34b und § 34c PolG-E zurück. Wird der Verstoß gegen eine solche Anordnung strafrechtlich sanktioniert, sind an ihre Legitimierung nochmals höhere Anforderungen zu stellen. Im Lichte des § 34d PolG-E stellen sich die gegen § 34b und § 34c PolG-E angebrachten Bedenken daher verschärft dar.

Im Übrigen sollte im Falle von polizeilichen Anordnungen bei Gefahr im Verzug eine Strafbarkeit nur dann eintreten, wenn die Anordnung auch gerichtlich bestätigt wird. Andernfalls könnten sich Betroffene durch Zuwiderhandlung gegen eine rechtswidrige polizeiliche Anordnung strafbar machen.

VI. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 35 PolG-E)

Die polizeiliche Gewahrsamnahme nach § 35 PolG-E greift in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ein. Zu dem hohen Rang dieses Grundrechts wird auf die Ausführungen unter V.1. Bezug genommen. Derzeit ist die Gewahrsamnahme in Nordrhein-Westfalen nur zulässig zum Eigenschutz der betroffenen Person (Abs. 1 Nr. 1 - Schutzgewahrsam), zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit (Abs. 1 Nr. 2 - Unterbindungsgewahrsam), zur Durchsetzung eines Platzverweises (Abs. 1 Nr. 3), zur Durchsetzung einer Wohnungsverweisung oder eines Rückkehrverbots nach § 34a PolG (Abs. 1 Nr. 4), unter bestimmten Voraussetzungen zum Schutz privater Rechte (Abs. 1 Nr. 5), zum Schutze Minderjähriger, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben (Abs. 2 - Personensorgegewahrsam) und

⁵⁶ Vgl. auch die in diese Richtung zielende, im Rahmen der dortigen Verbändeanhörung zum Gesetz vom 31.07.2017 geäußerte Kritik des Bayerischen Richtervereins, Stellungnahme, S. 4 f.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 90, 145, 196, 198; 120, 224, 250.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 140, 317, 345 f. m. w. N.

⁵⁹ Die Frage, inwieweit der Gesetzgeber einer Funktion des Strafrechts als „ultima ratio“ Rechnung tragen muss, ist sehr umstritten, vgl. dazu etwa *Gärditz*, JZ 2016, 641; *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969; *Hamm*, NJW 2016, 1537; *Frisch*, NSTZ 2016, 16; *Bittmann*, NSTZ 2016, 249. Das BVerfG selbst hat sich mehrfach im Sinne eines ultima ratio-Prinzips ausgesprochen (vgl. BVerfGE 88, 203, 258; 96, 10, 25; 96, 245, 249; 120, 224, 240; 123, 267, 408), ohne aber auf dieser Grundlage zur Verfassungswidrigkeit einer Strafnorm zu gelangen.

zur Rückführung entwichener Personen (Abs. 3 - Wiederergreifungsgewahrsam). In allen Varianten ist Voraussetzung jeweils - mindestens - die konkrete Gefahr einer Rechtsgutsverletzung. Zudem handelt es sich beim polizeilichen Gewahrsam seiner Natur nach um eine kurzzeitige Maßnahme.

Diesen Charakter des Präventivgewahrsams will der Gesetzentwurf durch eine Ausweitung des materiellen und zeitlichen Anwendungsbereichs grundlegend verändern.

Bei der durch den Gesetzentwurf beabsichtigten Einfügung der Gewahrsamnahme zur Abwehr einer drohenden Gefahr nach § 8 Abs. 4 PolG-E oder einer drohenden terroristischen Gefahr nach § 8 Abs. 5 PolG-E handelt es sich um eine Form des Unterbindungsgewahrsams. Nach der jüngeren Rechtsprechung des EGMR erlaubt Art. 5 Abs. 1 Buchst. c Alt. 2 EMRK den Unterbindungsgewahrsam als „Mittel zur Verhütung einer insbesondere nach Ort und Zeit ihrer Begehung und ihres Opfers konkreten und bestimmten Straftat.“ Die Vorschrift gestatte hingegen „kein präventives Vorgehen gegen Einzelpersonen oder Personengruppen, die von den Behörden oder Gerichten zu Recht oder zu Unrecht als gefährlich oder als Personen mit Hang zu Straftaten angesehen werden.“⁶⁰ Die bloße Abwehr einer drohenden Gefahr ist danach nicht ausreichend, um den Unterbindungsgewahrsam zu legitimieren. Vielmehr muss es sich um eine qualifizierte Gefahr dergestalt handeln, dass eine konkrete Straftat oder jedenfalls - so die Auslegung deutscher Gerichte - eine konkrete Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung⁶¹ akut droht.⁶² Diese Voraussetzung erfüllt § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E - im Gegensatz zu § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG, der, wie die entsprechenden Vorschriften in anderen Bundesländern⁶³, das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr in Gestalt einer „unmittelbar bevorstehenden“ Straftat voraussetzt - nicht. Die Anordnung von Gewahrsam im Gefahrenvorfeld ist nach diesen Maßstäben ausgeschlossen.

In hohem Maße bedenklich erscheint danach weiter, dass der Gewahrsam nach § 35 Abs. 1 Nr. 7 PolG-E auch angeordnet werden kann, wenn er der Durchsetzung einer Anordnung nach § 34b oder § 34c PolG dient, soweit diese Maßnahmen wiederum eine lediglich „drohende Gefahr“ voraussetzen. Die Weigerung, solchen Anordnungen Folge zu leisten, kann dabei nicht generell als Anhaltspunkt für eine dadurch erfolgte Konkretisierung der Gefahr gewertet werden. So ist es ohne weiteres denkbar, dass eine von einer solchen Anordnung betroffene Person sich dieser gerade deshalb widersetzt, weil sie zu Unrecht verdächtigt wird. Auch ist die Weigerung selbst zwar nach § 34d Abs. 2 PolG-E strafbewehrt, die Gewahrsamnahme dient aber nicht der Verhinderung dieser Straftat, sondern der Durchsetzung einer Handlungspflicht, nämlich des Tragens der „elektronischen Fußfessel“. Das bedeutet zugleich, dass der Grundgedanke des Präventivgewahrsams, eine kurzzeitige Maßnahme zur unmittelbaren zwangsweisen Abwendung einer Gefährdungslage darzustellen, hier nicht trägt, denn die Anordnung des Tragens einer elektronischen Fußfessel kann nicht unmittelbar durch die Gewahrsamnahme der betroffenen Person durchgesetzt werden. Der Vorschrift kommt vielmehr der Charakter der Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Anordnung zu, also eine repressive und nicht präventive Funktion. Diese wird aber schlüssiger durch die in § 34d PolG-E vorgesehene Strafbewehrung von Verstößen verwirklicht.

⁶⁰ EGMR, NVwZ 2014, 43, 44 m. w. N.

⁶¹ BayVerfGH, BayVBl. 1990, 658 f.; SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1424 f.; *Rachor* in: Lisken/Denninger, (Fn. 21), Teil E Rn. 510 m. w. N. zur fachgerichtlichen Rechtsprechung.

⁶² Vgl. *Rachor* in: Lisken/Denninger, (Fn. 21), Teil E Rn. 511: Es müssen „im konkreten Fall nachvollziehbare Tatsachen vorliegen, auf welche die Prognose, dass der Schaden sofort oder in allernächster Zeit eintritt, gestützt werden kann.“

⁶³ Vgl. *Rachor*, in Lisken/Denninger, (Fn. 21), Teil E Rn. 505 f. m. w. N.

VII. Zu Artikel 1 Nr. 8 (§ 38 PolG-E)

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen der Entwurfsbegründung (S. 46) sich hier - wohl aufgrund redaktioneller Versehen - nicht mit den vorgesehenen Änderungen im Gesetztext decken. Im Folgenden wird der Bewertung der beabsichtigte Gesetztext zugrunde gelegt.

Die Neufassung des § 38 Abs. 2 PolG-E sieht ein abgestuftes System von maximalen Gewahrsamsdauern vor, nämlich in Fällen des Unterbindungsgewahrsams wegen einer unmittelbar bevorstehenden Straftat eine Dauer von einem Monat (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG-E), zur Durchsetzung eines Platzverweises bei Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person eine Dauer von sieben Tagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 3, § 38 Abs. 2 Nr. 2 PolG-E), zur Durchsetzung einer Wohnungsverweisung oder eines Rückkehrverbots eine Dauer von zehn Tagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 3, § 38 Abs. 2 Nr. 3 PolG-E), zum Schutz privater Rechte bei banden- oder gewerbsmäßiger Begehungsweise eine Dauer von sieben Tagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 5, § 38 Abs. 2 Nr. 4⁶⁴ PolG-E), in Fällen der Abwehr drohender Gefahren und drohender terroristischer Gefahren eine Dauer von einem Monat (§ 35 Abs. 1 Nr. 6, § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG-E) und zur Durchsetzung von Anordnungen nach § 34b und § 35c PolG-E ebenfalls eine Dauer von einem Monat (§ 35 Abs. 1 Nr. 7, § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG-E). Zum Zwecke der Feststellung der Identität bleibt es grundsätzlich bei einer Höchstdauer von zwölf Stunden (§ 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG-E) und in den Fällen des Schutzgewahrsams (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 PolG-E), des Unterbindungsgewahrsams bei unmittelbar bevorstehenden Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 PolG-E), beim Gewahrsam zum Schutz privater Rechte außerhalb einer gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 PolG-E) sowie in den Fällen des Personensorgegewahrsams (§ 35 Abs. 2 PolG) und des Wiederergreifungsgewahrsams (§ 35 Abs. 3 PolG) bei einer Höchstdauer von maximal 48 Stunden („bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen“, § 38 Abs. 1 Nr. 3 PolG).

Diese Abstufung erscheint zunächst reichlich unübersichtlich. Ihr Sinn erschließt sich aus der Entwurfsbegründung nicht in allen Alternativen. So erscheint widersprüchlich, einerseits die unmittelbar bevorstehende Begehung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit als so gewichtig anzusehen, dass sie die Gewahrsamnahme rechtfertigt, andererseits aber eine deutlich unterschiedliche maximale Gewahrsamsdauer gegenüber unmittelbar bevorstehenden Straftaten (48 Stunden bzw. 1 Monat) festzulegen. Ob ein normwidriges Verhalten als Straftat oder Ordnungswidrigkeit eingestuft wird, ist in der Regel eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens. Im Einzelfall kann das öffentliche Interesse an der Verhinderung einer Ordnungswidrigkeit deutlich schwerer wiegen als an der Verhinderung einer Straftat. Unausgewogen erscheint andererseits, dass der Gesetzentwurf hinsichtlich der Gewahrsamsdauer nicht zwischen drohenden Straftaten von erheblicher Bedeutung und drohenden terroristischen Straftaten differenziert. Wie dargelegt, handelt es sich bei Straftaten von erheblicher Bedeutung (nur) um solche mittleren Gewichts, welche sich mithin maßgeblich von terroristisch motivierten Straftaten hinsichtlich der Schutzwürdigkeit der betroffenen Rechtsgüter, der Ausprägung ihrer Gefährdung und der Strafwürdigkeit des Verhaltens unterscheiden. Das sollte in der zulässigen Anordnungsdauer zum Ausdruck kommen. Warum der

⁶⁴ Der Gesetzentwurf zitiert an dieser Stelle allerdings § 35 Abs. 1 Nr. 6, was jedoch erkennbar keinen Sinn macht und ein redaktionelles Versehen darstellen dürfte.

Gewahrsam zur Durchsetzung eines Platzverweises - einer typischer Weise kurzzeitigen Anordnung - sieben Tage betragen darf, erschließt sich ebenfalls nicht.

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten dürften die vorgesehenen Dauern *als solche* keinen zwingenden verfassungsrechtlichen Einwänden begegnen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass verlässliche verfassungsrechtliche Maßstäbe betreffend die zulässige Dauer polizeilichen Präventivgewahrsams bislang nur ansatzweise existieren. So wurde die bis zum Änderungsgesetz vom 31.07.2017 in Bayern vorgesehene Höchstdauer von zwei Wochen durch den BayVerfGH als verfassungsgemäß erachtet.⁶⁵ Andere, bislang verfassungsrechtlich nicht beanstandete, freiheitsentziehende Maßnahmen mit präventivem Charakter sehen längere Höchstdauern von bis zu einem Jahr vor (vgl. §§ 112a, 122a StPO, § 62 Abs. 4 AufenthG, auch i. V. m. § 15 Abs. 5 AufenthG).⁶⁶ Im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung kennt das deutsche Recht sogar präventiv angelegte Freiheitsentziehungen ohne absolute Höchstdauer (§ 63 StGB: Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; §§ 66, 66a, 66b StGB: Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Unterbringung nach ThUG). Diese Maßnahmen unterliegen allerdings von Verfassung wegen äußerst strengen sowohl materiellen als auch prozessualen Anforderungen⁶⁷, die deutlich über die Schutzmechanismen hinausgehen, die die Polizeigesetze vorsehen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der polizeiliche Präventivgewahrsam seiner Natur nach - auch aufgrund der Begrenztheit der Prognosemöglichkeiten im Hinblick auf eine unmittelbar bevorstehende Gefahr - auf eine akute, reaktionsschnelle Gefahrintervention angelegt und deshalb auf einen vergleichsweise kurzzeitigen Einsatz beschränkt ist.⁶⁸ Die vom Gesetzentwurf vorgesehenen Höchstdauern von einem Monat dürften - soweit die Gewahrsamnahme an sich überhaupt die verfassungs- und menschenrechtlichen Mindestanforderungen erfüllt, also nicht bereits im Gefahrenvorfeld greift (s. oben unter VI.) - vor diesem Hintergrund am oberen Rand des verfassungsrechtlich Zulässigen liegen. Eine denkbare weitere Ausdehnung wäre nur unter deutlich strengeren prognostischen Voraussetzungen und prozessualen Absicherungen zulässig.

Verfassungsrechtlich nicht unproblematisch erscheint unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten hingegen die Gewahrsamsdauer von einem Monat im Falle eines Verstoßes gegen eine Anordnung nach § 34c PolG-E. Warum ein einmonatiger Gewahrsam geeigneter sei, die hartnäckige Weigerung eines Betroffenen, eine Fußfessel zu tragen, durchzusetzen als z. B. ein nur zweitägiger, drängt sich nicht auf. Sofern die Gewahrsamnahme tatsächlich darauf zielt, den Sicherheitsbehörden ausreichend Zeit zu verschaffen, um auf die Situation der Weigerung reagieren und alternative Überwachungsmöglichkeiten organisieren zu können, erscheint eine Dauer von einem Monat unverhältnismäßig lang. Letzten Endes illustriert die Problematik der eng begrenzten polizeilichen Reaktionsmög-

⁶⁵ BayVerfGH, BayVBl. 1990, 688 ff. = NVwZ 1991, 664 ff.; ähnlich SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423 = NVwZ 1996, 784; die Auffassung von *Schmidbauer/Steiner*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz (Fn. 18), Art. 20 Rn. 19, die Höchstgrenze sei verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber dadurch das Untermaßverbot verletze, verkennt, dass der Gesetzgeber über einen weiten Spielraum verfügt, auf welche Weise er seiner Schutzpflicht nachkommen möchte. Mit den bestehenden Eingriffsbefugnissen des PAG genügt der Gesetzgeber zweifellos den Anforderungen des Untermaßverbots.

⁶⁶ Zur - nicht gesetzlich geregelten - zulässigen Dauer von Auslieferungshaft vgl. BVerfGE 61, 28, 34 f.

⁶⁷ Vgl. etwa BVerfGE 128, 326, 406; 131, 268, 286; 133, 40, 51 zur Sicherungsverwahrung; BVerfGE 109, 133, 158 ff., 164 ff.; 128, 326, 373; 131, 268, 293 ff., 308 zu den Anforderungen an die Gefahrenprognose; BVerfG NJW 2013, 3228 (Fall Mollath); BVerfG NJW 2014, 3294; BVerfG NStZ-RR 2015, 59; BVerfG RuP 2015, 100; BVerfG NStZ-RR 2016, 389; BVerfG, Beschl. v. 16.11.2016 – 2 BvR 1739/14 zur Anordnung der Fortdauer des Maßregelvollzugs.

⁶⁸ BVerfG, EuGRZ 1997, 374; *Rachor* in: Lisken/Denninger, (Fn. 21), Teil E Rn. 571.

lichkeiten auf eine Weigerung des Betroffenen, einer Anordnung nach § 34c PolG-E Folge zu leisten, die weitgehende Ungeeignetheit dieses Mittels zur Abwehr terroristischer Gefahren. Wollte man auf eine derartige Weigerung konsequent reagieren, müsste man den Betroffenen im Falle seiner fortbestehenden Weigerung zeitlich unbegrenzt in Gewahrsam nehmen können, was zweifellos über den Rahmen des verfassungsrechtlich und menschenrechtlich Zulässigen hinausginge.⁶⁹

VIII. Zu Artikel 1 Nr. 9 (§ 58 PolG-E)

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Änderung sind nicht erkennbar.

C. Schlussbemerkung

Die beabsichtigte Schaffung der neuen Befugnisse zu polizeilichen Anhalte- und Sichtkontrollen (§ 12a PolG-E) und zur Telekommunikationsüberwachung (§ 20c PolG-E) erscheint - von einzelnen Kritikpunkten abgesehen - grundsätzlich nachvollziehbar, gut begründet und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Ausweitung der Videoüberwachung begegnet Einwänden insbesondere unter Bestimmtheitsgesichtspunkten. Einfachrechtlich wenig überzeugend ist die Legeldefinition der „drohenden Gefahr“ und „drohenden terroristischen Gefahr“ in § 8 Abs. 4 und 5 PolG-E. Daran anschließend begegnet die Erstreckung der Anordnung von Aufenthaltsgeboten (§ 34b Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 PolG-E) auf Fälle drohender Gefahr i. S. d. § 8 Abs. 4 PolG-E durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, erst recht, wenn durch eine solche Anordnung in das Freiheitsgrundrecht eingegriffen wird. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung (§ 34c PolG-E) ist zur Abwehr terroristischer Gefahren insbesondere hinsichtlich ihrer Geeignetheit und zur Verhütung von Sexualdelikten unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten fragwürdig. Der polizeiliche Gewahrsam (§ 35 PolG-E) ist nach menschenrechtlichen Maßstäben im Gefahrenvorfeld unzulässig. Bei einer Gesamtbetrachtung stellt sich der Gesetzentwurf zwar deutlich moderater dar, als die jüngeren Änderungen des Polizeirechts in Bayern, beinhaltet aber dennoch auf das Gefahrenvorfeld bezogene Weiterungen, die verfassungsrechtlich sehr kritisch zu sehen sind. Angesichts der eher günstigen Entwicklung der Kriminalität sowohl in Nordrhein-Westfalen als auch auf Bundesebene⁷⁰ vermag zudem das Argument, die Alltagskriminalität und aktuelle Gefahrenlage gebiete eine Erweiterung der polizeilichen Handlungsmöglichkeiten, prima facie nicht zu überzeugen.

München, den 1. Juni 2018

Dr. Markus Löffelmann

⁶⁹ Vgl. ausf. zur entsprechenden durch das Änderungsgesetz von 2017 neu geschaffenen Befugnis der Bayerischen Polizei *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145, 152 ff.

⁷⁰ Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2017, abrufbar unter https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2017/pks2017_node.html;jsessionid=196309EAB87D5D9A1F56462F64FEBA78.live0611.