



**Forschungsinstitut für  
öffentliche und private  
Sicherheit (FÖPS Berlin)**

**Prof. Dr. Clemens Arzt  
Direktor**

Alt-Friedrichsfelde 60  
10315 Berlin

[www.foeps-berlin.org](http://www.foeps-berlin.org)  
[foeps@hwr-berlin.de](mailto:foeps@hwr-berlin.de)

## **Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen**

### **Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschusses des Landtags NRW am 13. November 2018**

**Gesetzentwurf der Landesregierung Drs. 17/2351  
vom 11. April 2018**

**und**

**Änderungsantrag CDU und FDP Drs. 17/3865  
vom 10. Oktober 2018**

**Prof. Dr. Clemens Arzt**

**Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement der HWR Berlin  
Direktor Forschungsinstitut für Öffentliche und Private Sicherheit (FÖPS Berlin)**



## I. Einleitung

Der Gesetzentwurf soll ausweislich der Gesetzesbegründung der Abwehr einer hohen abstrakten Gefährdungslage durch internationale terroristische Bedrohungen in Deutschland dienen. Zugleich soll die Novelle auch der Beseitigung vielfältiger anderer vom Gesetzgeber so wahrgenommener Schwächen in der allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung dienen, womit die eingangs erwähnte Begründung für die Notwendigkeit einer schnellen Novelle mit einer abstrakten Gefahr (allein) durch den internationalen Terrorismus in bekannter Manier der deutschen Sicherheitsgesetzgebung bereits wieder geöffnet wird für die allgemeine Kriminalitätsbekämpfung, ohne dass im Detail dargelegt würde, wo Defizite mit Blick auf die geltende Rechtslage bestehen. Dieses changierende Begründungsmuster zieht sich durch den gesamten Gesetzentwurf.

Problematisch sind dabei die immer weiter ins **Vorfeld konkreter Gefahren** (präventiv-polizeilich) oder eines **Anfangsverdachts** (repressiv-polizeilich) „auskrakenden“ Befugnisse im Gefahrenvorfeld, der Gefahrenvorsorge, der Abwehr abstrakter Gefahren und damit der „**Sicherheitsvorsorge**“ im Sinne einer „**Sicherheitsgesellschaft**“ durch immer weiter gehende **polizeiliche Eingriffsbefugnisse** bis hin zu Änderungen des Grundgesetzes, wo dieses einer Befugnisausweitung „im Wege“ steht (paradigmatisch Art. 13 III bis VI GG, siehe auch Art. 16a GG). Es wird suggeriert, dass damit ein „Mehr“ an Sicherheit produziert werden könnte ohne die Freiheitsrechte nachhaltig zu beschränken und zu beschädigen; eine Fiktion, wie dieser und andere Gesetzentwürfe seit dem BKAG nF und dem BayPAG F als „Musterentwurf“ zeigen.

Nicht bedacht wird dabei in der parlamentarischen Diskussion die Gefahr einer **Nutzung** solchermaßen ausgeweiteter und mehr und mehr entgrenzter polizeilicher Befugnisse **durch eine erstarkende Rechte**, die bald auch in Regierungsverantwortung kommen kann, wie nicht wenige Beispiele in Europa derzeit belegen (vgl. *Katharina Nocun* in SZ 17.10.2018 S. 12; siehe auch schon *Roggan*, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat. Entwicklung des Rechts der Inneren Sicherheit, 2000).

Bereits durch die Einführung der so genannten dritten Aufgabenkategorie im Rahmen des MEPolG 1986, also vor über 30 Jahren, wurde der polizeiliche Aufgabenbereich deutlich in das Gefahrenvorfeld ausgeweitet und in § 1 I 1 PolG NRW spiegelt sich dies in den Aufgaben der Verhütung von Straftaten sowie deren vorbeugender Bekämpfung wider. Niemand hat



also mehr die Gewissheit, durch **gesetzeskonformes Verhalten**, der Grundforderung des Gedankens der polizeilichen Verantwortlichkeit, **polizeiliche Maßnahmen vermeiden** zu können. Dies wird weiter dadurch verstärkt, dass die Polizei im Gefahrenvorfeld mehr und mehr verdeckte Maßnahmen ergreifen darf, die zuvor den Geheimdiensten deshalb zugebilligt wurden („**Vernachrichtendienstlichung** der Polizei“), weil diese nach hM keine exekutiven Mittel bis hin zum Zwang zur Verfügung hätten.

Zu der im GE vom April 2018 behaupteten Dringlichkeit der Gesetzesänderungen ist anzumerken: Wenn „Defizite“ im Polizeirecht des Landes Nordrhein-Westfalen evident schnell vom Gesetzgeber zu beseitigen (gewesen) wären, dann betrifft dies sicherlich vorrangig die um Monate **verspätete Umsetzung** des **europarechtlichen Rahmens für den Datenschutz**, der bis Mai 2018 hätte Berücksichtigung im Landespolizeirecht finden müssen und sich noch immer im parlamentarischen Verfahren befindet.

Nach der Sachverständigenanhörung vom 7. Juni 2018 wurde der Änderungsantrag der Fraktionen von CDU und FDP am 10. Oktober 2018 neu auf die Agenda gesetzt, der hier indes im Kontext des „Gesampakets“ zu beurteilen ist, weshalb nachfolgend nicht isoliert zu den Änderungen Stellung genommen werden kann, sondern der gesamte Gesetzentwurf in seiner modifizierten Fassung einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen ist. Im Wesentlichen unberücksichtigt bleiben müssen dabei die **Änderungen datenschutzrechtlicher Natur** aus dem GE vom 9. Mai 2018 (Drs. 17/2576), die aus meiner Sicht besser in einem einheitlichen Änderungsgesetz gemeinsam mit dem hier zu diskutierenden GE „aus einem Guss“ im weiteren Gesetzgebungsverfahren verfolgt worden wären, weil die jetzt neu geplanten Maßnahmen gerade auch weitgehende Eingriffe in das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** wie auch das **Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** betreffen, hier also im Lichte der Verordnung (EU) 679/2018 und insbesondere der bereichsspezifischen Richtlinie (EU) 2016/680 auszulegen sein werden; dies wird durch das „getrennte“ Gesetzgebungsverfahren für die beiden Novellen versäumt.

Ausdrücklich soll trotz der nachfolgend detailliert ausgeführten Kritik des überarbeiteten Gesetzentwurfs aber begrüßt werden, dass dieser einige der in der ersten Anhörung deutlich kritisierten Regelungen nicht länger verfolgt oder zumindest die Anforderungen hieran näher definiert. Dies unterstreicht



die Stärken einer parlamentarischen Demokratie und starken Zivilgesellschaft.

## II. Zum Gesetzentwurf in der Änderungsfassung

Nach Nr. 2 des Änderungsantrages soll § 8 IV, der die tatbestandliche Kategorie der **drohenden Gefahr** einfügen sollte, vollständig ersetzt werden. Die Streichung der „drohenden Gefahr“ als Anknüpfungspunkt für polizeiliche Maßnahmen ist aus rechtsstaatlicher Sicht zu begrüßen; zur Kritik siehe meine Stellungnahme vom 7. Juni 2018.

Die jetzt geplante Einfügung eines neuen § 8 IV), der den **Begriff der terroristischen Straftat** einführt, ist indes ebenso wenig akzeptabel, weil hier eine Verquickung notwendiger strafrechtlicher Würdigung (ex post) und gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen (ex ante) stattfindet, die aus meiner Sicht den Anforderungen der **Normenklarheit nicht entspricht**. Hierdurch wird die Polizei eher in der Aufgabenwahrnehmung geschwächt, weil die Unklarheiten wachsen, wann eine Maßnahme in welchem Aufgabenbereich überhaupt zulässig sein könnte.

### 1. § 8 IV PolG nF: Terroristische Straftaten

Die vorgeschlagene Neuregelung beinhaltet eine **Legaldefinition terroristischer Straftaten**, die einen umfangreichen Katalog von Straftaten iSd StGB, des Völkerstrafgesetzbuchs, des Kriegswaffenkontrollgesetzes und des Waffengesetzes umfassen soll. Verwiesen wird auf einen Katalog mehrerer Dutzend Strafnormen, deren Verletzung unter den weiteren Voraussetzungen des § 8 IV als **terroristische Straftaten** angesehen werden sollen.

#### 1.1

Zu hinterfragen ist zunächst, ob alle im Gesetz enumerativ aufgeführten Straftaten tatsächlich als **schwere Straftaten** anzusehen sind oder ob diese in den Bereich der **mittleren Kriminalität** fallen oder nicht einmal hierzu gehören, was aus verfassungsrechtlicher Sicht mit Blick auf die Eingriffsintensität und das betroffene Grundrecht relevant ist (vgl. nur BVerfGE 129, 208, 243), auch wenn die weitere Qualifizierung im Gesetzeswortlaut hierbei zu beachten ist (vgl. Gesetzgebungs- und Beratungsdienst Niedersächsischer Landtag, Vorlage 32 vom 26.10.2018 zu Drs. 18/850, S. 6 f.). Der GE schweigt hierzu, was eine hinreichende



Nachvollziehbarkeit des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums (BVerfG a.a.O.) zumindest erschwert, wenn nicht intransparent macht.

## 1.2

Zu den Katalogstraftaten gehören neben unzweifelhaft gravierenden Straftaten auch die Zerstörung eines Kraftfahrzeuges der Polizei oder Bundeswehr (§ 305a StGB) und sogar der Versuch derselben, die Störung öffentlicher Betriebe (§ 316b StGB), zum Beispiel durch Beschädigung einer hierzu gehörenden Sache auch im Falle von Postdienstleistungen oder dem Verkehr, also zB der Diebstahl von Kupferkabeln bei der S-Bahn oder das Anzünden eines Fahrzeuges der Deutschen Post; auch hier ist bereits der Versuch strafbar. Hierzu gehört ferner sogar die Zerstörung eines Telefonverteilerkastens nach § 317 I StGB wie auch der Versuch. Dies belegt aus meiner Sicht, dass zumindest in Teilen dieser **Katalog ausufernd aufgebaut** ist, ohne hier im Detail vertieft jede weitere der aufgezählten Strafnormen hinterfragen zu können.

## 1.3

Der **Verweis** auf einen solch breiten **Straftatenkatalog** ist zudem verfassungsrechtlich ausgesprochen problematisch und **überschreitet** hier in dieser Breite bereits auf der Ebene der Begriffsdefinition, die kein Korrektiv in der jeweiligen Eingriffsbefugnis findet, das **Maß des verfassungsrechtlich Vertretbaren**.

*„Das **Gebot der Normenklarheit und Bestimmtheit** setzt dem Gesetzgeber enge Grenzen, bei der Regelung präventiver polizeilicher Befugnisse auf einen Straftatenkatalog zu verweisen. Der Charakter der Gefahrenabwehr als Rechtsgüterschutz verlangt, dass bei der Normierung von Grundrechtseingriffen die zu schützenden Rechtsgüter und die Intensität ihrer Gefährdung in den Blick genommen werden. Nur so lässt sich sicherstellen, dass die polizeilichen Befugnisse im Einzelnen gerechtfertigt sind und zu dem erstrebten Erfolg nicht außer Verhältnis stehen.*

*Durch einen **Verweis auf einen Straftatenkatalog** geht dieser Zusammenhang zwischen Grundrechtseingriff und Rechtsgüterschutz weitgehend verloren. Zudem ist die **Bezugnahme auf Strafrechtsnormen regelmäßig keine geeignete Regelungstechnik, um einen Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr zu erfassen**. Straftatbestände legen fest, ob ein in der Vergangenheit liegendes, fest umrissenes Verhalten einer*



*bestimmten Person strafbar ist oder nicht. Im Bereich der Gefahrenabwehr hat die Polizei dagegen aus der Beobachtung von Einzelheiten, die oft diffus sind, auf die Gefährlichkeit eines noch nicht klar erkennbaren zukünftigen Geschehens zu schließen. In diesem Stadium sind strafrechtliche Tatbestandsmerkmale ungeeignet, die Voraussetzungen eines polizeilichen Einschreitens festzulegen. Dies gilt in besonderem Maß, wenn die Strafnormen auf weitere Vorschriften Bezug nehmen. Eine solche Verweisungskette erschwert es, die maßgeblichen Tatbestandsmerkmale zu erkennen und diese den beobachteten Tatsachen zuzuordnen.*

*Gerade bei **Überwachungsmaßnahmen unter Zeitdruck** besteht ein hohes Risiko, dass sich die Handelnden keine Rechenschaft mehr darüber geben, ob sich die beobachteten Indizien auf konkrete Straftatbestände beziehen lassen. Hinzu kommt, dass hier gefahrenabwehrrechtliche Zielsetzungen verfolgt werden, die einen Bezug auf strafrechtliche Beurteilungen problematisch machen, soweit bereits der Versuch oder die Vorbereitungshandlung selbst strafbar ist.“ (ThürVerfGH 21.11.2012 VerfGH 19/09)*

Diese Kritik teilt auch der Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des niedersächsischen Landtags:

*„Wie in Bezug auf eine Tat, die noch nicht begangen worden ist, sondern verhütet werden soll, beurteilt werden kann, ob sie die neu ergänzte Voraussetzung erfüllt, erschließt sich uns nicht. Die Beurteilung, ob der Rechtsfrieden im Einzelfall besonders gestört wird, dürfte maßgeblich von den zur Zeit der Gefahrenabwehrmaßnahme noch nicht bekannten Tatumständen abhängen. Gerade dieser Unterschied ist aus unserer Sicht ursächlich für die in der Begründung (...) angesprochene **Ungeeignetheit von Straftatenkatalogen im Bereich der Gefahrenabwehr.**“ (Gesetzgebungs- und Beratungsdienst Niedersächsischer Landtag, Vorlage 32 vom 26.10.2018 zu Drs. 18/850, S. 7).*

Es bleibt also auch nach der Änderung das Problem bestehen, dass das Polizeigesetz in § 8 IV über einen Verweis in einen umfangreichen Straftatenkatalog gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen (im Vorfeld) an eine **strafrechtliche Wertung anknüpft, statt einen schutzgutbezogenen Ansatz** im Sinne der Abwehr von Gefahren für bestimmte Verfassungsgüter wie bspw. Leben, Gesundheit, Freiheit zu verfolgen. Dies



ist nach der hier vertretenen Auffassung verfassungsrechtlich in diesem Umfang nicht akzeptabel und zudem in der polizeilichen Praxis schwerlich umsetzbar.

## 2. Abwehr drohender terroristischer Gefahren nach § 8 V PolG

Es wird davon ausgegangen, dass § 8 V aF gestrichen werden soll, auch wenn der Änderungsantrag dies offenbar übersieht. Andernfalls wird auf meine Stellungnahme vom 7. Juni 2018 verwiesen.

## 3. Strategische Fahndung nach § 12a PolG

Der Änderungsantrag vom 10. Oktober 2018 sieht in Nr. 3 graduelle Änderungen und eine Ausweitung auf § 8 IV nF vor, was nachfolgend berücksichtigt wird.

### 3.1

Kein Mensch in Deutschland muss sich einer nicht aus seinem Verhalten begründeten **Identitätsfeststellung** (nachfolgend IDF) und vergleichbaren Maßnahmen unterwerfen, wenn nicht der Gesetzgeber ausnahmsweise und im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung eine hiervon abweichende Regelung trifft und deren Tatbestand erfüllt ist (vgl. schon OLG Hamm, Beschluss vom 01.09.1981 - 5 Ss OWi 1553/81 mwN).

§ 12a PolG soll der Polizei eine **verhaltens- oder anlassunabhängige Befugnis zur IDF** eröffnen, ohne dass die Kontrollierten durch ihr Verhalten Anlass gegeben haben. Die Kontrolle ist mithin zulässig **ohne** Vorliegen eines des strafprozessualen **Anfangsverdachts** oder der **Gefahrenverursachung** iSv §§ 4 und 5 PolG. Hinzu kommt die Befugnis zur „Inaugenscheinnahme“ von Fahrzeugen und mitgeführten Sachen.

### 3.2

Die Maßnahme bietet in der polizeilichen Praxis durch den Verweis auf die IDF nach § 12 *realiter* zudem den **Einstieg in eine breite Palette zugelassener Maßnahmen nach Identitätsfeststellung**, namentlich weiteres **Anhalten** nach IDF zum **Datenabgleich** und den Abgleich mit dem **Fahndungsbestand** nach § 25 I sowie die **Durchsuchung von Personen** und **Durchsuchung von Sachen** (§§ 25, 39 und 40); dies wird auch in der Gesetzesbegründung so konzediert (LT-Drs 17/2351 S. 33,



zweiter Absatz). Der dortige Hinweis die vorgenannten typischen Maßnahmen seien in § 12a nicht geregelt, verdeckt, dass die IDF in der polizeilichen Praxis häufig gleichsam als „Türöffner“ für das gesamte Maßnahmenbündel dient und daher auch diese Eingriffe bei der grundrechtlichen Bewertung mitgedacht werden müssen (vgl. OVG Hamburg NVwZ-RR 2015, 695).

Die IDF und ggf. Folgemaßnahmen sind also zulässig, obgleich die betroffene Person **keinen Anlass durch ihr Verhalten** gegeben hat, sondern nur deshalb sich solchen Maßnahmen ausgesetzt sieht, weil sie gleichsam am falschen Ort („**Orthaftung**“) angetroffen wurde. Anders als § 12 I Nr. 2 PolG reicht hier im Übrigen bereits ein **Antreffen**, während dort ein **Aufhalten** gefordert ist.

### 3.3

Der Gesetzesvorschlag knüpft tatbestandlich an die Verhütung der in Absatz 1 Nr. 1 und 2 genannten Straftaten und die Unterbindung des unerlaubten Aufenthaltes an. **Unklar** ist dabei, in welchem **Aufgabengebiet** die Maßnahme seitens des Gesetzgebers angesiedelt wird, wenn in der Gesetzesbegründung wahlweise auf die Gefahrenforschung, abstraktes Gefahrenpotential und die Verhütung von Straftaten verwiesen wird (LT-Drs 17/2351 S. 31 ff.); dies alles macht ein **erhebliches Bestimmtheitsdefizit** sichtbar.

### 3.4

Während die tatbestandliche Voraussetzung der Verhütung von Straftaten iSv § 8 III in **§ 12a I Nr. 1 1. Alt.** noch vergleichsweise eindeutig zu bestimmen ist, begegnet diese dennoch **erheblichen Bedenken** mit Blick auf den **extrem weiten Katalog der in § 8 III PolG erfassten Straftaten**. § 8 III enthält eine **Kettenverweisung** (§ 138 StGB), was aus Bestimmtheitsgründen abzulehnen ist. Eine nähere Lektüre des Straftatenkatalogs zeigt zudem, dass dieser selbst bedenklich weit ist; zur Kritik der „Ankoppelung“ gefahrenabwehrrechtlicher Maßnahmen an einen Straftatenkatalog im Allgemeinen s.o. 1.3.

Erfasst, und damit „Türöffner“ für die in der Novelle geplanten neuen Maßnahmen, sind bspw. die Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Euroschecks, der bandenmäßige besonders schwere Diebstahl, die bandenmäßige und gewerbsmäßige Hehlerei, verschiedene Formen des Betrugs, die Untreue, der Bankrott, Wucher, Straftaten gegen die Umwelt oder die Einschleusung von



Ausländern. Dies belegt, dass die geplanten Befugnisausweitungen durch die „strategischen Fahndung“ im Bereich der allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung ein erheblicher Zuwachs polizeilicher Befugnisse umgesetzt werden soll, bevor auch nur eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Gesetzesverstößes (konkrete Gefahr) besteht. Damit kann ein „beliebig großer Personenkreis“ und damit **jede Bürgerin und jeder Bürger unabhängig von ihrem oder seinem Verhalten** jederzeit den weitreichenden Maßnahmen des § 12a I ausgesetzt werden, allein weil die Polizei dies für notwendig im Sinne des Satzes 4 hält (vgl. Begründung LT-Drs. 17/2351 S. 33).

### 3.5

Neu eingefügt durch den **Änderungsantrag** wird nun in **Satz 1 Nr. 1 2. Alt.** auch die Zulässigkeit der strategischen Fahndung zur „**Verhütung von terroristischen Straftaten**“ nach § 8 IV (zur Kritik s.o. unter 1.).

### 3.6

Die **Verhütung** gewerbs- oder bandenmäßig begangener **grenzüberschreitender Kriminalität** nach **§ 12a I Nr. 2** soll offenkundig als Tatbestandsvoraussetzung eine noch niedrigere Schwelle setzen als Nr. 1, ansonsten wäre die Regelung überflüssig. Dies ist verfassungsrechtlich bedenklich, weil hier dennoch jedwede weitere **tatbestandliche Eingrenzung fehlt**.

### 3.7

Unklar ist auch, was mit der **Unterbindung des unerlaubten Aufenthaltes** nach § 12a I Nr. 3 gemeint ist. Während § 12 I Nr. 2 PolG Orte erfasst, an denen sich Personen treffen, die gegen **aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften** verstoßen, soll hier offenbar eine niedrigere Eingriffsschwelle eingeführt werden oder die Maßnahme soll gänzlich andere Fälle erfassen. Nicht nur erfolgt auch hier eine deutliche Absenkung der tatbestandlichen Voraussetzungen, sondern aus dem **Wortlaut der Norm** ist nicht hinreichend klar und abschließend bestimmt, ob hier ausländerrechtlich relevante „Aufenthalte“ gemeint sind oder auch solche, die im Rahmen etwa eines Aufenthaltsverbotes oder -gebotes nach § 34b untersagt wurden. Die Regelung leidet unter **erheblichen Bestimmtheitsmängeln**.



### 3.8

Die Polizei wird auch nach Änderung in § 12a I 4 nF ermächtigt, die Voraussetzungen ihres Einschreitens gleichsam selbst zu schaffen, indem sie das allein orts- und nicht (individuell) verhaltensbezogene Vorhandensein der die Maßnahmen begründenden **Tatsachen verwaltungsintern selbst feststellt** (zu dieser Problematik auch OVG Hamburg NVwZ-RR 2015, 695); eine **Transparenz** nach welchen Gesichtspunkten dies geschieht, ist für die Eingriffsbetroffenen („beliebig große(r) Personenkreis“) nicht gegeben. Für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger, die keinen Anlass zu der Maßnahme gegeben haben, sondern nur am „falschen Ort“ angetroffen werden, ist, anders als zum Beispiel beim Einsatz optisch-technischer Mittel (vgl. § 15a I 2 PolG), **nicht einmal erkennbar, wann ein von der Polizei so eingestuftes Gebiet betreten oder durchfahren** wird. Auch der oder die auf strikte Normenkonformität ausgerichtete Betroffene kann solchen Maßnahmen durch gesetzeskonformes Verhalten nicht mehr entgehen; anders als beispielsweise im Falle der Videoüberwachung, wo das betroffene Gebiet immerhin umgangen werden kann.

Hier überwiegt das polizeiliche Interesse an **immer weiter ins Vorfeld** konkreter Gefahren oder möglicher Straftaten **reichenden Befugnissen** zu Lasten der betroffenen Grundrechte und Bürgerinnen und Bürger. Die Maßnahme ist daher nach der hier vertretenen Ansicht auch nach Änderung mit dem **Übermaßverbot nicht vereinbar**.

## 4. Ausweitung erkennungsdienstlicher Maßnahme nach § 14 PolG

Nach Nr. 4 des Änderungsantrages vom 10. Oktober 2018 soll nunmehr die **erkennungsdienstliche Maßnahme** auch im Gefolge einer Identitätsfeststellung **im Rahmen der strategischen Fahndung** zulässig sein. Die Maßnahme führt zu einem Eingriff in das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) wie auch die **Freiheit der Person** (Art. 2 II 2, 104 GG).

Diese Änderung stellt eine erhebliche Ausweitung der polizeilichen Befugnisse dar, wobei zu berücksichtigen ist, dass die **Identitätsfeststellung** im Rahmen der strategischen Fahndung nicht der Verfolgung bereits begangener Straftaten oder der Abwehr konkreter Gefahren dienen soll, sondern allein der Verhütung möglicher Straftaten und die Betroffenen hier einer Überprüfung nicht mit Bezug auf ihr



individuelles Verhalten, sondern allein im Sinne einer „**Ortshaftung**“ (Antreffen am falschen Ort zur falschen Zeit) unterzogen werden. Im Regelfall werden hiervon also Menschen erfasst, die keine Unrechtshandlung begangen haben und keine (konkrete) Gefahr im Sinne des Polizeirechts hervorrufen.

Anders als bei einer Identitätsfeststellung vor Ort, wird diese Maßnahme zwangsläufig durch das **Festhalten der Person**, also einem Eingriff in die Freiheit der Person begleitet, welcher der richterlichen Entscheidung nach § 36 I unterliegt.

Die Maßnahme ist **unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bedenklich**, weil der oder die hiervon Betroffene zu der Maßnahme selbst weiteren Anlass gegeben hat, als seine/ihre Identität nicht offenbaren zu wollen oder zu können.

## 5. Videoüberwachung nach § 15a PolG

Einleitend sei darauf hingewiesen, dass die **Überschrift** zu § 15a bereits den Umfang des Grundrechtseingriffs **nicht** den Anforderungen der **Normenklarheit** entsprechend wiedergibt, wenn dort (allein) von einer Datenerhebung die Rede ist, die Norm aber nicht nur eine Datenerhebung gestattet, sondern auch die **Übertragung** der durch optisch-technische Mittel erhobenen Bilder, insbesondere aber deren Aufzeichnung, also eine automatische **Datenspeicherung**. Dies ist zu ändern, wenn die Maßnahme so aufrechterhalten werden soll. Damit liegen mindestens zwei getrennt zu betrachtende Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor, wenn man die Übertragung nicht als Datenübermittlung einordnen will.

### 5.1

Auch im weiteren entspricht der Wortlaut schwerlich den Anforderungen der **Normenbestimmtheit**, wenn die Überschrift auf den (ersten) Grundrechtseingriff auf die **Datenerhebung** verweist, sodann aber den Vorgang der Datenerhebung und der anschließenden Datenübertragung als „**Bildübertragung**“ bezeichnet, was den tatsächlichen Eingriff nicht hinreichend genau bezeichnet.



## 5.2

Erfasst von der Maßnahme wird **jede Person**, die sich **zufällig am überwachten Ort** befindet, unabhängig von ihrem Verhalten und dem Vorhandensein einer von der Person ausgehenden Gefahr oder einem Anfangsverdacht mit Blick auf die betroffene Person. Bloße Anwesenheit an einen öffentlich zugänglichen Ort genügt, um der Maßnahme ausgesetzt zu sein. Dies macht die Maßnahme gerade auch wegen der **Streuwirkung** problematisch.

## 5.3

Nunmehr wird mit dem Änderungsantrag vom 10. Oktober 2018 eine geringfügige Anhebung der **Tatbestandsvoraussetzungen** gegenüber der Ursprungsfassung wie auch dem ursprünglichen Novellierungsvorschlag vorgelegt. In Literatur und Rechtsprechung ist nicht abschließend geklärt, ob die Tatbestandsvoraussetzungen „tatsächliche Anhaltspunkte“ und „Tatsachen“, die eine Annahme rechtfertigen, sich hinsichtlich der Eingriffsschwelle unterscheiden. Diesseits wird letzteres als (geringfügig) höhere Eingriffsschwelle bewertet. Daher wird die nunmehr vorgeschlagene geringfügige Änderung begrüßt. Bestehen bleibt die Kritik am polizeirechtlichen Verweis auf strafrechtliche Normen in § 8 III (s.o. 3.4).

## 5.4

Auch nach Vorlage der Evaluation der polizeilichen Videoüberwachung in NRW bleibt weiter fraglich, was **Zielrichtung** der Maßnahme ist (vgl. KFN Forschungsbericht Nr. 143 S. 26, 31 zur Speicherfrist, 55 et passim). Fraglich ist damit das **Regelungskonzept**. Wenn die Maßnahme allein dazu dienen sollte, Polizeikräfte schnell heranzuführen zu können, wäre eine **Bildaufzeichnung** nicht notwendig. Diese kann allein der **Beweisdokumentation** dienen, die indes als Maßnahme der **Verfolgungsvorsorge** dem **repressiv-polizeilichen Recht** (vgl. VGH Mannheim DVBI 2014, 1002; BVerfG NJW 2005, 2603) zuzuordnen ist, die vom Aufgabenbereich des § 1 nicht umfasst und daher unzulässig ist.

In der konkreten Ausgestaltung würde die Maßnahme zur Verhütung von Straftaten zudem nur dann zulässig sein können, wenn ein **unverzügliches Einschreiten der Polizei** auch **technisch-organisatorisch abgesichert** ist (§ 15 I 1 letzter Hs).



### 5.5

Mit Blick auf den Verweis des **§ 15a I 1 Nr. 2** sind auch die Einwände gegen die **ausufernde und nicht hinreichend bestimmte Fassung des § 8 III** (s.o. 3.4) weiter aufrechtzuerhalten. Für eine Vielzahl der dort aufgeführten Straftaten ist die Maßnahme technisch schlichtweg nicht geeignet, sodass der Katalog der zu verhütenden Straftaten hier „bereichsspezifisch“ eingegrenzt werden müsste. In der jetzigen Fassung bleiben daher auch unter Berücksichtigung des Änderungsvorschlages zum Wortlaut die **erheblichen Bedenken** aus Sicht der **Bestimmtheit** und des **Übermaßverbotes** bestehen.

### 5.6

Was dem **Entwurf vollständig fehlt**, ist eine klare und nachvollziehbare Ausrichtung der bereichsspezifischen Anforderungen der Videoüberwachung an das **Europäische Datenschutzrecht**, namentlich die Richtlinie (EU) 2016/680 zum **Datenschutz durch Technikgestaltung** (*privacy by design*) wie auch zur **Datenschutz-Folgenabschätzung** nach Art. 27 RL EU 2016/680 (vgl. nur *Ruthig*, GSZ 2018, 12; *Wyk*, VerwArch 2018, 141/156 ff., auch zur EMRK als Maßstab).

## 6. Datenerhebung durch laufende Überwachung der Telekommunikation nach § 20c PolG

Hier wird trotz mehrerer Verfassungsbeschwerden gegen die so genannten Quellen-TKÜ vor dem BVerfG (vgl. nur LTO 24.8.2018) gesetzgeberisches Neuland in NRW betreten, wenn neben §§ 20a und 20b PolG nunmehr auch auf den **Inhalt der** (im Änderungsantrag immerhin klargestellt „laufenden“) **Telekommunikation** mittels (herkömmlicher) TKÜ und Quellen-TKÜ zugegriffen werden soll und damit nach der Rechtsprechung des BVerfG ein **schwerer Eingriff in Art. 10 GG** vorliegt. Es soll mithin eine Maßnahme von hoher Grundrechtsintensität neu in das PolG eingefügt werden und **staatliches Hacken** (vgl. *Herpig*, A Framework for Government Hacking in Criminal Investigations, SNV, Berlin 2018) gesetzlich bereits **vor** dem Bestehen eines strafprozessualen **Anfangsverdachts** oder einer **konkreten Gefahr** (Absatz 1 Satz 1 Nr. 2) erlaubt werden (zur Kritik für den Bereich der Strafverfolgung vgl. *Buermeyer*, Gutachterliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung zur „Formulierungshilfe“ des BMJV zur Einführung von Rechtsgrundlagen für Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ im Strafprozess im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des



Deutschen Bundestages am 31. Mai 2017, Ausschuss-Drucksache 18(6)334).

#### 6.1

Andere Bundesländer haben in der Vergangenheit bewusst auf diese weitreichenden Grundrechtseingriffe im Gefolge der Diskussion um die Novelle des BayPAG und der Diskussion über einen neuen Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz verzichtet, auch wenn derzeit hier zunehmend Neuregelungen erfolgen. Die Gesetzesbegründung, die auf ein „einheitliches Sicherheitsniveau in Deutschland“ abstellt (LT-Drs. 17/2351 S. 36), überzeugt insoweit nicht, weil es schon immer zum **föderalen Konzept der Polizei** und des Polizeirechts gehörte, dass Länder **unterschiedliche Regelungen** treffen (können) und auch den Schutz der Grundrechte in unterschiedlichem Umfang zum Maßstab legislativen Handelns machen. Nordrhein-Westfalen konnte sich bis vor wenigen Jahren zu Gute halten, hier eher einen liberal-rechtsstaatlichen Ansatz zu vertreten, der mit dieser Novelle weiter verlassen wird.

#### 6.2

Neben dem Eingriff in Art. 10 GG ist entgegen der Entscheidung des BVerfG zum BKAG vom 20. April 2016 (Rn. 228) nach der hier vertretenen Auffassung auch das **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** betroffen, weil mit dem Eingriff in das System erhebliche Veränderungen in dasselbe seitens der Polizei ausgeführt werden, die **technisch nicht sicher „zurückholbar“** sind, was Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 („soweit technisch möglich“) ausdrücklich bestätigt.

Hinzu kommt die technisch nicht auszuschließende Möglichkeit, dass auch **Daten jenseits der laufenden Telekommunikation** erhoben werden (s.a. BVerfGE 120, 274, 309). Wenn das BVerfG meint, die Nutzung des Systems selbst sei irrelevant, wenn das Gesetz keinen Zweifel lasse, dass eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung auf die laufende Telekommunikation erlaubt sei (BVerfG zum BKAG vom 20. April 2016 Rn. 234), verkennt dies die mangelnde Kontrollierbarkeit dieser gesetzlichen Maßgabe durch den Betroffenen wie auch das anzuordnende Gericht (hierzu vertiefend unten 6.8).



### 6.3

Die **tatbestandlichen Voraussetzungen** des § 20c für die Quellen-TKÜ sind **komplex und nicht konsistent**. Nach **Absatz 1 Nr. 1** soll die Maßnahme gegen Verantwortliche iSv §§ 4 und 5 PolG zur Abwehr hochrangiger Rechtsgüter zulässig sein. Hält man die Maßnahme für unabdingbar, sind diese tatbestandlichen Voraussetzungen verfassungsrechtlich nach wohl herrschender Meinung nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG 20. April 2016 Rn. 231).

### 6.4

Nach **§ 8 I Nr. 2** und mit Blick auf die eigenständige Regelung in Nr. 1 sollen offenbar tatbestandlichen Voraussetzungen **unter die der konkreten Gefahr** (vgl. Gesetzesbegründung LT-Drs. 17/2351 S. 36 f.) für hochrangige Rechtsgüter abgesenkt werden und das **individuelle Verhalten** muss ein die **konkrete Wahrscheinlichkeit** von Straftaten iSv § 8 IV begründen. Zulässig kann dies nur sein, wenn ein **besonders hoher personaler Konkretisierungsgrad** erreicht ist (vgl. *Kulick* AöR 143 (2018), 175/211 ff.). Die Änderung vom 10. Oktober 2018 verweist mithin nunmehr auf § 8 IV, der eine Bandbreite möglicherweise strafrechtlich relevanter Handlungen, bis hinein in den nicht erfolgreichen Versuch, als Anknüpfungspunkt polizeilicher Vorfeldmaßnahmen präventiv-polizeilicher Art statuiert, statt hier polizeirechtlich konsistent die auch in Absatz 1 Nr. 1 genannten Schutzgüter zu benennen (zur Kritik an § 8 IV s.o. unter 1.).

### 6.5

**§ 8 I Nr. 2** ist auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG zum BKAG vom 20. April 2016 (Rn. 232) nach der hier vertretenen Auffassung auch in der geänderten Fassung **verfassungsrechtlich** mit Blick auf den schweren Grundrechtseingriff **nicht akzeptabel** und die Norm ist mit Blick auf die Anforderungen der Normenbestimmtheit und -klarheit **nicht hinreichend bestimmt**, weil für die Polizei ebenso wie für die Betroffenen und auch die Judikative nicht hinreichend klar erkennbar ist, ab welchem „Level“ der Wahrscheinlichkeitsprognose die Maßnahme zulässig sein soll. Ein bloßer Verweis auf den Wortlaut der vorgenannten Entscheidung - der in den letzten Jahren im polizeilichen Eingriffsrecht zur rechtsdogmatisch wenig substantiellen Methode der Gesetzgebung geworden ist - kann hier allein die Verfassungsmäßigkeit nicht begründen.

Nun gehört zwar die **Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe** zum Handwerk nicht nur der Rechtswissenschaft, sondern im Rahmen der Gesetzesgebundenheit der Verwaltung auch zur Pflicht der Exekutive und



damit auch der Polizei. Unklar ist aber weiterhin, ob eine „**konkrete Wahrscheinlichkeit**“ ein höheres Maß der Wahrscheinlichkeit bezeichnet, als die für die konkrete Gefahr verlangte „hinreichende Wahrscheinlichkeit“. Sprachlich ist das naheliegend, aber wohl gerade nicht die Intention des Gesetzgebers, der eine Absenkung der Eingriffsschwelle anstrebt (s.a. BVerfG vom 20. April 2016 Rn. 112 zu Beginn), ohne dies im Wortlaut klar zum Ausdruck zu bringen.

Was eine „**zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise**“ der Begehung von Straftaten nach § 8 IV sein soll, bleibt ebenfalls im Dunkeln:

*„Eine Anknüpfung der Einschreitschwelle an das Vorfeldstadium ist verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen. Die Tatsachenlage ist dann häufig durch eine hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Beobachtungen gekennzeichnet. Die Geschehnisse können in harmlosen Zusammenhängen verbleiben, aber auch den Beginn eines Vorgangs bilden, der in eine Gefahr mündet (...). Solche Offenheit genügt für die Durchführung von eingriffsintensiven heimlichen Überwachungsmaßnahmen nicht“ (BVerfG 20. April 2016 Rn. 113)*

## 6.6

Es braucht also nach § 8 I Nr. 2 ein **individuelles Verhalten** einer bestimmten Person, das die **konkrete Wahrscheinlichkeit** begründet, dass diese Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums (der zeitlich wo beginnt und wo endet?) eine terroristische Straftat aus dem breiten Katalog des § 8 IV begeht, die zumindest **ihrer Art nach konkretisierbar** ist. Die Verquickung strafrechtlicher Normen bis hinein in die Vorbereitungshandlung mit den tatbestandlichen Merkmalen gefahrenabwehrrechtlicher Natur schafft dabei eine Komplexität, die eine nachvollziehbare Entscheidung kaum möglich erscheinen lässt. Wer sollte dabei den strafrechtlichen Maßstab aus den in § 8 IV enumerierten Straftaten im Gefahrenvorfeld rechtssicher anwenden, zumal das Gesetz gerade anders als das BVerfG in der BKAG-Entscheidung nicht auf die Abwehr einer (zeitlich näher liegenden konkreten) „Gefahr“ zielt, sondern auf die Verhütung einer Straftat jenseits der Schwelle der konkreten Gefahr, also einer Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens eine Straftat zu erwarten lässt (anders z.B. § 20 I Nr. 1).



## 6.7

**Normenbestimmtheit und -klarheit wie Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns** werden hier insbesondere durch die **Regelungstechnik** gefährdet, die statt auf den **gefahrenabwehrrechtlich** zu erzielenden Schutz hochrangiger Rechtsgüter abzustellen tatbestandlich auf die Verhütung mehrerer Dutzend unterschiedlicher **Straftaten** abstellt, die in Teilen bereits die Vorbereitung von Handlungen bis hin zur Reise ins Ausland (zur durchaus vielfältigen Kritik vgl. nur *Schmitt-Leonardy*, jurisPR-StrafR 1/2018 Anm. 4; *Schmitt*, jM 2018, 298-301; *Roggan*, ZRP 2017, 208-212; *Heinrich*, ZJS 2017, 301-316; *Zöller*, GA 2016, 90-108; *Puschke*, StV 2015, 457-464; *Gazeas*, DRiZ 2015, 218-223) als Tatbestandsmerkmale benennen und unter Strafe stellen. Diese Entgrenzung des Strafrechts soll nunmehr durch Anknüpfung polizeilicher Befugnisse an die Verhütung von Straftaten ausgeweitet werden und bereits die Verhütung von Vorbereitungshandlungen, deren Pönalisierung umstritten ist, kann Anlass zu weitreichenden Grundrechtseingriffen seitens der Polizei nach dem PolG NRW geben; aus **verfassungsrechtlicher Sicht** und mit Blick auf den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** ist dies **nicht akzeptabel**.

## 6.8

Damit nicht genug, soll die Datenerhebung durch die Überwachung der laufenden Telekommunikation nach Absatz 1 gleichermaßen zur Abwehr von Gefahren (Nr. 1) wie auch zur Verhütung von Straftaten (Nr. 2) zulässig sein, also Maßnahmen, die mit Blick auf die polizeilichen Aufgaben in § 1 I 1 und 2 unterschieden werden. Dabei werden aus Sicht der Verhältnismäßigkeit nicht ohne Widerspruch die **tatbestandlichen Voraussetzungen** zum Schutz höchstrangiger Schutzgüter in Nr. 1 höher angesetzt, als bei der (bloßen) **Verhütung** von Straftaten nach Nr. 2; dieses **Regelungskonzept** ist mit Blick auf den **rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** wenig plausibel. Zum Verweis auf § 8 IV s.o. unter 1.

## 6.9

Wie bereits oben ausgeführt, gestattet § 20c faktisch nach der hier vertretenen Auffassung einen **Eingriff in informationstechnische Systeme** und ggf. auch deren (nicht widerrufbare) technische Veränderung zum Nachteil ihres Benutzers. Problematisch ist dies insbesondere,

*„weil eine Quellen-TKÜ technisch von einer vollumfänglichen Online-Durchsuchung nicht zu unterscheiden ist: In beiden Fällen muss das Zielsystem mittels eines Staatstrojaners infiziert werden, was die*



*Integrität und Vertraulichkeit des Systems aufhebt. Dieser Eingriff muss sodann jedoch durch „technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben“ gleichsam kastriert werden, damit ausschließlich laufende Kommunikation erhoben werden kann.*

*Daraus ergibt sich sogleich die besondere Gefährlichkeit von Quellen-TKÜ-Maßnahmen: Sie laufen stets Gefahr, bei einer Fehlfunktion des eingesetzten Trojaners oder bewusst pflichtwidrigem oder gar nur fahrlässigem Handeln des bedienenden Personals in eine vollumfängliche Online-Durchsuchung abzugleiten, die wesentlich höheren verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegt. Neutrale IT-Sicherheits-Experten außerhalb der Ermittlungsbehörden vertreten daher praktisch einhellig die Ansicht, dass die Anforderungen an eine Quellen-TKÜ technisch nicht zu erfüllen sind. Das BVerfG hat eindeutig verlangt, dass eine solche Maßnahme zu unterbleiben hat, solange dies technisch nicht möglich ist.“ (Buermeyer a.a.O. S. 9 unter Verweis auf BVerfGE 120, 274/308 f.).*

#### 6.10

Hinzu kommt, dass der Landesgesetzgeber in der Gesetzesbegründung nicht im Ansatz zu erkennen gegeben hat, ob das Land überhaupt über eine die **verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Quellen-TKÜ beachtende Software** verfügt oder welche Technik *in concreto* hier Anwendung finden soll; die vorgeschlagenen Änderungen zu Absatz 5 Nr. 4 und Absatz 10 I Nr. 1 beseitigen dieses Defizit nicht.

Der Gesetzgeber kann aber die Polizei nicht zu Maßnahmen und zum Einsatz von (technischen) Instrumenten ermächtigen, die er noch gar nicht kennen und bewerten konnte, zumal nach der Änderungsfassung nach **§ 20c V Nr. 4** offenkundig **Software kommerzieller Hersteller** verwandt werden darf (zu den Herstellerfirmen und deren Geschäftspartner vgl. *Herpig, A Framework for Government Hacking in Criminal Investigations*, SNV, Berlin 2018), S. 15 f.).

Es fehlt eine durch den **Gesetzgeber verantwortete Abwägung**, die für eine grundrechtsbeschränkende Maßnahme unverzichtbar ist (vgl. LVerfG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 11. November 2014 – LVG 9/13 Rn. 164 ff.; s.a. *Buermeyer a.a.O. S. 18 f. und Herpig a.a.O.*).

Hier wäre zumindest an **Vorgaben relevanter Anforderungen** durch eine unabhängige Instanz wie das Bundesamt für Sicherheit in der



Informationstechnik zu denken (*Buermeyer* a.a.O. S. 18 f.; *Herpig* a.a.O. S. 22), da es um die staatliche Infiltration eines informationstechnischen Systems mittels *malware* geht (vgl. *Herpig* a.a.O. S. 8 ff.), die den hohen Anforderungen aus Sicht des Grundrechtsschutzes wie auch der Integrität informationstechnischer Systeme genügen müssen (ebd. S. 19 f.). Hierzu müsste indes der Gesetzgeber die relevanten Maßgaben zum Verfahren und den Anforderungen selbst treffen, was hier vollständig fehlt.

#### 6.11

Mit Blick auf die Einwände zur alleinigen Prüfung am Maßstab des Art. 10 GG ist zudem festzustellen, dass der Gesetzentwurf jedwede gesetzliche Maßgabe zum **Datenschutz durch Technikgestaltung** (*privacy by design*) gemäß Art. 20 Richtlinie (EU) 2016/680 wie auch zur **Datenschutz-Folgenabschätzung** nach Art. 27 Richtlinie (EU) 2016/680 (s.a. § 71 BDSG nF) vermissen lässt.

#### 6.12

Hinzu kommt, dass eine vollständige Rückholbarkeit für die geplante Einführung dieser neuen Überwachungstechnologie nicht garantiert wird (vgl. § 20c III 1 Nr. 2 PolG), was mit Blick auf die verfassungsrechtliche geschützte Integrität informationstechnischer Systeme nicht vereinbar ist. Die nunmehr vorgeschlagenen Änderungen zu Absatz 5 Nr. 4 und Absatz 10 Satz 1 Nr. 1 ändern hieran nichts.

#### 6.13

Zudem ist anzumerken, dass hier seitens der Polizei bewusst **Sicherheitslücken** in informationstechnischen Systemen ausgenutzt und diese gezielt nach Erkennen offen gehalten werden, um auch zukünftig informationstechnische Systeme infiltrieren zu können (vgl. BVerfGE 120, 274/325 ff.; ausführlich hierzu *Buermeyer* a.a.O. S. 6, 20 ff.).

#### 6.14

In **Absatz 4** fehlt eine nähere Spezifizierung, welche Vorschriften des **FamFG** hier überhaupt entsprechend anwendbar sein sollen; dies stellt einen **erheblichen Bestimmtheitsmangel** dar. Nicht erkennbar ist zudem, weshalb hier nicht die **Verwaltungsgerichte** zuständig sind, die ohnehin im Nachgang über die Zulässigkeit der Maßnahme zu entscheiden haben, wenn diese angefochten wird.



6.15

In **Absatz 6 Satz 3** sollte der Verweis auf die Befugnis für den großen Lauschangriff in § 18 in eine genaue Bezeichnung der anzugebenden Daten geändert werden.

6.16

**Absatz 7** ist § 7 PolG mit Blick auf das **Zitiergebot** aus Art. 19 I 2 GG zu überprüfen.

6.17

**Verfallsklauseln** wie die in **Absatz 12** könnten ein wirksames Instrument des Grundrechtsschutzes sein, wenn diese seitens der Legislative nicht regelmäßig **vor Ablauf aufgehoben** würden, wie dies im Fall des §15a nunmehr der Fall ist.

## 7. Aufenthaltsvorgabe nach § 34b PolG

Die Neuregelung geht auch in der überarbeiteten Fassung deutlich über den Rahmen bisheriger polizeilicher Maßnahmen nach §§ 34 und 34a PolG hinaus und reiht sich ein in eine neue „Welle“ von Maßnahmen gegen sogenannte Gefährder, die – soweit ersichtlich – vor allem im BKAG wie auch den Polizeigesetzen Bayerns und Baden-Württembergs ihren Ausgangspunkt hat. Es werden hierbei nicht nur Aufenthalts- und Kontaktverbote eingeführt, sondern darüber hinausgehend ein **deutlich weitergehender Grundrechtseingriff** in Form der **Aufenthaltsgebote oder Aufenthaltsvorgabe**. Während Aufenthaltsverbote herkömmlicher Art im deutschen Polizeirecht allein darauf ausgerichtet sind, einer Person das Betreten eines Ortes zu untersagen, soll es nach § 34b I nF auch zulässig sein, eine Person das Verlassen ihres Wohn- oder Aufenthaltsortes oder eines bestimmten Bereichs zu untersagen. Soweit erkennbar, haben bisher nur Mecklenburg-Vorpommern und Bayern wie auch der Bund im BKAG vergleichbare Regelungen erlassen.

7.1

Die Aufenthaltsvorgabe stellt einen **deutlich intensiveren Grundrechtseingriff** im **Vergleich** zum **Aufenthaltsverbot** dar, weil beim Aufenthaltsverbot gleichsam das gesamte Bundesgebiet außerhalb des Verbotsbereichs weiterhin zugänglich ist, während das Aufenthaltsgebot dem Festhalten an einen bestimmten Ort nahekommt. Da das Gesetz keine hinreichend bestimmten Maßgaben („erforderlicher Umfang“) zur



Begrenzung eines solchen Gebietes trifft, kann das Verbot „sich aus einem bestimmten Bereich zu entfernen“ bei einem entsprechend engen Aufenthaltsbereich durchaus den Charakter eines **Eingriffs in die Freiheit der Person** iSv Art. 2 II 2 GG, 104 GG erlangen (vgl. EuGH Urteil vom 28. Juli 2016 – C 294/16). Andernfalls und eindeutig beim Aufenthaltsverbot handelt es sich um einen erheblichen Eingriff in die **Freizügigkeit** iSv Art. 11 I GG der Person.

## 7.2

**Absatz 1 Satz 1** in der neuen Fassung gestattet die Maßnahme nunmehr auch zur **Verhütung von Straftaten im Sinne des § 8 IV** (zur Kritik des § 8 IV s.o. unter 1.), was in Entwurf der Landesregierung nicht der Fall war. Der nunmehr vorgeschlagene Wortlaut des § 34b I 1 knüpft zwar eng an den Wortlaut der Entscheidung des BVerfG zum BKAG vom 20. April 2016 (Rn. 112) an, die sich indes nach verbreiteter Meinung mit diesen Ausführungen nur auf Überwachungsmaßnahmen bezog, die hier mit einem Aufenthaltsgebot indes hinsichtlich der Eingriffsintensität deutlich überschritten werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein solches Aufenthaltsgebot zur Verhütung von Straftaten unterhalb der Ebene der konkreten Gefahr noch dazu über den in Absatz 5 genannten Zeitraum mit dem verfassungsrechtlichen **Übermaßverbot nicht vereinbar**.

## 7.3

Zulässig sein sollen nach **Absatz 1 Satz 2** zudem **Kontaktverbote**. Ein solches kann sich beziehen auf bestimmte **Personen** oder auch **Personengruppen**. Personengruppen sind anders als beispielsweise Vereine nicht über eine mitgliedschaftsrechtliche Verknüpfung definierbar und es fragt sich, wie die Polizei eine solche Gruppe in einem **Verwaltungsakt** zur Anordnung des Kontaktverbotes **hinreichend bestimmt** definieren soll, da die Namen der Angehörigen einer solchen Gruppe nicht zwingend im Untersagungsbescheid angegeben werden müssen.

## 7.4

Nach **Absatz 2 Satz 3** sollen beide Maßnahmen auch zur **Abwehr konkreter Gefahren** für die im Gesetz näher bezeichneten Schutzgüter zulässig sein. Dies setzt zumindest die Eingriffsschwelle für die Zulässigkeit der Maßnahme deutlich höher als Satz 1 und 2. Zudem wird nicht über den Verweis auf § 8 IV auf einen Straftatenkatalog zwecks Straftatenverhütung verwiesen, sondern es werden die polizeirechtlich hinreichend bestimmten



Schutzgüter abschließend benannt, die eine solche Maßnahme tragen sollen.

Es bleiben hingegen die **Bedenken** gegen Aufenthaltsgebote an sich (s.o. 7.1.), zumindest soweit diese die **zulässige Dauer eines polizeirechtlichen Gewahrsams überschreiten**.

#### 7.5

Fraglich ist indes die **Wirksamkeit** und damit **Geeignetheit** der neu in das Polizeigesetz einzuführenden Maßnahmen insgesamt. Im Bereich der Aufenthaltsverbote gegen Drogenhändler ist allgemein bekannt, dass sich insbesondere Verdrängungseffekte einstellen (*Rachor* in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. E 462). Ein **Durchsetzungsgewahrsam** nach § 35 I PolG ist regelmäßig nicht möglich, weil die Dauer der Anordnung von bis zu 3 Monaten dies aus Gründen des **Übermaßverbotes** unmöglich macht. Zudem soll ein Verstoß zukünftig unter einem (erstmalig in das Polizeigesetz eingeführten) **Strafvorbehalt** des § 34d PolG stehen, was im Falle eines vorherigen Durchsetzungsgewahrsams zu einer **unzulässigen Doppelbestrafung** (vgl. ebd. E 469, den Durchsetzungsgewahrsam als „Ersatzstrafe“ bezeichnend) führen könnte.

#### 7.6

Aufenthaltsanordnungen und Kontaktverbote sind nach Absatz 5 auf zunächst höchstens drei Monate zu **befristen**, könnten aber **beliebig oft verlängert** werden. Die zeitliche Befristung wird damit faktisch im Einzelfall aufgehoben und kann auch bei mangelnder strafrechtlicher Vorwerfbarkeit mit Bezug auf das Handeln des/der Betroffenen nach dem StGB zu einem **langfristigen Freiheitseingriff** werden, der unter Umständen beim Aufenthaltsgebot die Grenze vom schweren **Eingriff in die Freizügigkeit** unter dem so genannten Kriminalvorbehalt des Art. 11 II GG zur freiheitsentziehenden Maßnahme auf polizeirechtlicher Grundlage überschreitet. Im Ergebnis ist dies zumindest **jenseits der Dauer einer polizeirechtlich zulässigen Freiheitsentziehung verfassungsrechtlich nicht akzeptabel**.

#### 7.7

Nachdem nunmehr durch Änderung vom 10. Oktober 2018 klargestellt ist, dass das **7. Buch des FamFG** entsprechend anzuwenden ist, bleibt dennoch zu verlangen, dass die **vorherige richterliche Anhörung des Betroffenen** (analog § 420 I 1 FamFG) vor Erlass der Maßnahme



erforderlich ist, was mit Blick auf die Schwere des Eingriffs ausdrücklich **im PolG zu regeln** ist.

Nicht erkennbar ist zudem, weshalb hier nicht die **Verwaltungsgerichte** zur Entscheidung befugt sein sollen, die im Rahmen des Art. 19 IV GG auch für die *ex-post*-Kontrolle zuständig sind.

## 8. Elektronische Aufenthaltsüberwachung nach § 34c PolG

Wesentlicher Grund der Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung („Fußfessel“) ist das wie auch immer begründete **Unvermögen der Polizei zur zielgerichteten Observation**, die deutlich wirkungsvoller wäre und Anschläge tatsächlich verhindern könnte. Mangelnde Ausstattung der Polizei kann indes schwere Grundrechtseingriffe nicht begründen. **Geeignet** zur Verhinderung von Anschlägen oder anderen schweren Straftaten kann die Maßnahme nur sein, wenn sichergestellt ist, dass die Betroffenen **rund um die Uhr und minutengenau dauerüberwacht** werden, weil nur dann die Abwehr von Straftaten durch eine **unverzügliche polizeiliche Reaktion vor Ort** und an jedem Ort des Landes möglich ist. Ob die Polizei im gesamten Land hierzu personell und sachlich ausgestattet ist, kann diesseits nicht beurteilt werden; der Gesetzentwurf schweigt hierzu.

### 8.1

Weiter noch als § 34b reicht § 34c PolG in einen neuen Bereich präventiv-polizeilicher Tätigkeit hinein, der **bisher nur** im Rahmen des **Strafrechts** und der **Führungsaufsicht** zulässig war. Es handelt sich um einen **erheblichen Eingriff** in das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** weil die elektronische Aufenthaltsüberwachung nach Polizeirecht sich auf Personen bezieht, gegen die strafrechtlich keine Maßnahmen aufgrund ihres aus Sicht der Polizei gefährlichen Handelns möglich sind.

### 8.2

Die Maßnahme ermöglicht eine lückenlose Kontrolle der Aufenthaltsorte des Betroffenen und **kann** zur Erstellung von **Bewegungsprofilen** dienen. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn neben dieser Maßnahme beispielsweise auch Beschränkungen aus § 34b PolG ergriffen werden, ein TK-Eingriff nach § 20c und ggf. weitere Maßnahmen angeordnet werden. Hier ist im Sinne einer „**Gefährdungsgesamtrechnung**“ zu prüfen, ob die



additiven Grundrechtseingriffe sich zur Erstellung eines **Persönlichkeitsprofils** zusammenfügen (BVerfGE 141, 220/280). Dies ist vom Gesetzgeber hinreichend in den jeweiligen Eingriffsbefugnissen abzusichern, was im Novellierungsvorschlag fehlt (*Guckelberger DVBl* 2017, 1127 f.).

### 8.3

Die Maßnahme nach **Absatz 1** nF soll nunmehr bereits unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr zur Verhütung von Straftaten nach § 8 IV (zur Kritik s.o. unter 1.) eingesetzt werden dürfen, was mit Blick auf den erheblichen Grundrechtseingriff deutlichen **Bedenken** begegnet (s.o. zu § 34b).

### 8.4

Nach Absatz 2 Nr. 1 nF soll die elektronische Aufenthaltsüberwachung nunmehr auch zur Abwehr von **Gefahren für die sexuelle Selbstbestimmung** eingesetzt werden können. Dies ist indes nur zulässig, soweit **unerlässlich**, womit neben einer konkreten Gefahr auch die Unerlässlichkeit der Maßnahme als einzigem Mittel Tatbestandsvoraussetzung ist; eine deutlich höhere Eingriffsschwelle als in Absatz 2. Dennoch begegnet der Straftatenkatalog Bedenken, weil dieser sich auf eine erhebliche Bandbreite von Straftaten bezieht, die - mit Blick auf das angedrohte Strafmaß - eine deutlich unterschiedliche Schwere besitzen. Dies begegnet **Bedenken** mit Blick auf das **Übermaßverbot**.

### 8.5

Nach **Absatz 2 Nr. 2** nF, der fälschlich auf „Absatz 1“ statt auf „Nr. 1“ verweist, soll die Aufenthaltsüberwachung auch zur Abwehr von Nachstellungen zulässig sein und verlässt damit den Bereich des Schutzes vor Straftaten, die der schweren Kriminalität zuzuordnen sind. Auch dies begegnet **Bedenken** mit Blick auf das **Übermaßverbot** zumal hier (entgegen der Begründung Drs. 17/3865 S. 17 und 18) nicht einmal die konkrete Gefahr einer Straftat gemäß § 238 StGB vorliegen muss. Eine „**wirksame Verhinderung**“ **solcher Straftaten**, wie in der Gesetzesbegründung behauptet (ebd.), lässt sich nicht nachweisen.

### 8.6

**Absatz 3** Satz 2 soll auf eine Beschränkung der Erhebung von **Aufenthaltsdaten** in der von Art. 13 I GG geschützten **Wohnung** hinwirken, beinhaltet aber sogleich eine Beschränkung auf das technisch Mögliche. Eine Beschränkung des Eingriffs auf das unbedingt Erforderliche



wird vermutlich nur über das Aufstellen einer *Home Unit* in der Wohnung des von der Maßnahme Betroffenen möglich sein, was nur im Rahmen eines Wohnungsbetretungsrechts möglich wäre. Dafür wäre indes eine entsprechende Eingriffsbefugnis notwendig, weil ein **Eingriff in das Wohnungsgrundrecht** aus Art. 13 GG vorliegt (vgl. *Guckelberger DVBl* 2017, 1127 f.).

#### 8.7

Soweit **Absatz 3** eine Löschung frühestens nach Abschluss der „**Datenschutzkontrolle**“ gestattet, ist unklar, was hiermit genau gemeint ist. Soll dies auf eine unabhängige Überprüfung durch den/die Landesbeauftragte oder eine interne Kontrolle verweisen?

#### 8.8

Zudem **fehlen** im gesamten Regelungsvorschlag zu § 34c PolG – wie auch bei § 20c PolG – die notwendigen rechtlichen Regelungen zur **Datenschutzfolgenabschätzung** und zu den Anforderungen aus den Grundsätzen von *privacy by design* und *privacy by default*, näher hierzu s.o. 6.10.

#### 8.9

In **Absatz 3 Satz 9** ist ferner geregelt, zu welchen Zwecken die mittels elektronischer Aufenthaltsüberwachung erhobenen Daten aus Wohnungen und aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung entgegen der Löschungspflicht aus Satz 5 im Rahmen einer **Zweckänderung** dennoch weiter verwendet werden dürfen; die Ausnahmetatbestände sind dabei außerordentlich weit in 5 Fallgruppen (**Satz 9 Nr. 1 bis 5**) erfasst. Damit liegt eine weitgehende **Durchbrechung des Schutzes der Wohnung** und des Schutzes des **Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung** vor, die den Anforderungen des BVerfG in der BKAG-Entscheidung vom 20. April 2016 (Rn. 127) widerspricht.

Nach **Nr. 2** soll die Datenverarbeitung zur Feststellung von Kontaktverboten nach § 34b PolG zulässig sein. Hier ist unklar, welche Zielrichtung verfolgt wird, da Verstöße hiergegen ja bereits durch den neu geregelten § 34d PolG (und damit Nr. 3) erfasst sind. Hinzu kommt, dass nicht erkennbar ist, wie **Kontaktverbote** nach § 34b durch eine Aufenthaltsüberwachung festgestellt werden sollen, da diese sich nur auf ein **räumliches Bezugsfeld** und damit auf Aufenthaltsanordnungen nach § 34b PolG beziehen dürften.



Nach **Nr. 4** soll die Maßnahme zur **Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person** zulässig sein, was einer Verdoppelung der Tatbestandsvoraussetzungen (erheblich und die genannten Schutzgüter) gleichkommt.

8.10

Völlig unklar und durchaus „innovativ“ ist die Regelung in **Absatz 5 Satz 2**. Anwendbar soll das Landesrecht sein, das der **Richtlinie (EU) 2018/680** entspricht. Soll hier deklaratorisch die Kompatibilität der neuen Eingriffsbefugnisse mit EU-Recht festgestellt werden, das nach Artikel 63 der Richtlinie spätestens zum 8. Mai 2018 umzusetzen war? Oder soll ein **Kompatibilitätsvorbehalt** ins Gesetz aufgenommen werden, was mit Blick auf die nicht eingehaltene Umsetzungsfrist **europarechtswidrig** wäre?

8.11

Unklar in diesem Kontext ist auch, wie in **Absatz 8** die Anordnung als **sofort vollziehbar** angesehen werden kann, da das in Absatz 6 Satz 2 geregelte Verfahren eine Anordnung nach § 80 II Nr. 4 VwGO nicht kennt. Fraglich ist so dann, weshalb § 34b eine solche Bestimmung nicht enthält.

## 9. Strafvorschriften nach § 34d PolG

**Erstmals** in Nordrhein-Westfalen sollen nunmehr **Zuwiderhandlungen gegen polizeiliche Anordnungen** auf Grundlage des PolG auch **strafrechtlich geahndet** werden können. Dies ist ein neuer Ansatz im Gefahrenabwehrrecht, der in Literatur und Rechtsprechung bisher keine nennenswerte Reflektion gefunden hat. Verwiesen wird in der Gesetzesbegründung auf § 87 BKAG nF (LT-Drs. 17/2351 S. 45). Eine vergleichbare Regelung war jedoch nicht Teil des BKAG aF und konnte daher seitens des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen seiner Beanstandung wesentlicher Regelungen des BKAG aF nicht aus verfassungsrechtlicher Sicht überprüft werden.

Zudem erscheint zweifelhaft, ob Absatz 2 als strafprozessuale Regelung in die **Gesetzgebungskompetenz** des Landes fällt.



## 10. Gewahrsam nach § 35 PolG

Die **Ausweitung der Gewahrsamsbefugnisse** in § 35 PolG folgt der Ausweitung der sonstigen Eingriffsbefugnisse durch die Novelle. Bedenklich mit Blick auf die Intensität des Eingriffs in die **Freiheit der Person** ist hierbei nicht allein die Ausweitung des Unterbindungsgewahrsams über die bisherige Regelung in § 35 I Nr. 2 hinaus, sondern auch die deutliche Verlängerung der Dauer des zulässigen Polizeigewahrsams nach § 38 PolG.

### 10.1

Soweit **Nr. 6 nF** eine weitere Möglichkeit präventiv-polizeilicher Freiheitsentziehungen einführt, ist zunächst auf die Ausführungen zu §§ 34b und 34c PolG oben zu verweisen.

Unklar ist bereits, wie ein Aufenthaltsgebot respektive eine Aufenthaltsvorgabe **durch einen Gewahrsam „durchgesetzt“** werden kann, weil dieser gerade den Aufenthalt an einem bestimmten Ort verunmöglicht. Es mag allenfalls daran gedacht werden, dass der Gewahrsam eine Vorgabe zwar nicht „erzwingen“, aber immerhin eine Nichtbeachtung gleichsam wirkungslos machen könnte, was aber mit Blick auf die zeitliche Dauer eines Gewahrsams (bis zu 14 Tage) im Vergleich zur Dauer einer den Aufenthalt beschränkenden polizeilichen Verfügung (bis zu drei Monaten und unbefristet verlängerbar) ebenfalls nur für einen deutlich kürzeren Zeitraum in Betracht kommt. Hinzu kommt, dass gerade mit Blick auf die **deutlich divergierenden Zeiträume** hier eher eine **Sanktionswirkung** erzielt werden kann, als die einer Verhütung oder Verhinderung von Straftaten. Dann aber ist die Maßnahme als Strafnorm auszugestalten, soweit dies in der Gesetzgebungskompetenz des Landes liegt.

### 10.2

Die **Durchsetzung der Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 34c** qua Gewahrsam begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln. Wenn der oder die Betroffene durch die Maßnahme angehalten werden soll, sich der Anlegung des entsprechenden Instruments nicht zu entziehen, kann dies durch die deutlich mildere Maßnahme der **Vorladung** nach § 10 PolG ggf. im Wege ihrer zwangsweisen Durchsetzung im Rahmen einer **Vorführung** erreicht werden. Ein **Gewahrsam** ist daher **nicht unerlässlich** und wäre bei Vollzug **rechtswidrig**.



Wenn aber die Durchsetzung des Tragens einer solchen technischen Einrichtung schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht durch den Gewahrsam erzwingbar ist, kann dieser nur dazu dienen, den Betroffenen – gegen den offenbar keine Aufenthaltsanordnung vorliegt, die ja sonst durch Gewahrsam durchsetzbar sein könnte – gleichsam als Sanktion hierfür in Gewahrsam zu nehmen. Damit bekäme der präventiv-polizeiliche Gewahrsam **Sanktionscharakter**, was **mit der Rechtsnatur der Maßnahme nicht vereinbar** ist.

## 11. Dauer der Freiheitsentziehung nach § 38 PolG

Die Klarstellung in § 38 II 1 nF hat erhebliche Bedenken in meiner ersten Stellungnahme vom 5. Juni 2018 erledigt.

### 11.1

Die **Höchstdauer** des polizeirechtlichen **Gewahrsams** wird durch **§ 38 Absatz 2** nF deutlich gegenüber der bisherigen Rechtslage ausgeweitet, was erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken begegnet.

### 11.2

Für den **Unterbindungsgewahrsam** neuer Art gemäß Absatz 2 Nr. 1 soll künftig eine Person für bis zu zweimal 14 Tage in Gewahrsam genommen werden können, was bereits mit Blick auf die Maßgaben aus Art. 5 I lit. b **EMRK** in der Auslegung durch den EGMR (Entscheidung vom 1. Dezember 2011 Az. 8080/08 und 8577/08; s.a. BVerfG NVwZ 2016, 1079) schwerlich als mit dem **Übermaßverbot** vereinbar angesehen werden kann (so auch *Pieroth*, GSZ 2018, 133/136, der die Maßnahme als „**Vorbeugehaft**“ bezeichnet).

Ob die Entscheidung des BVerfG 2003 zur nachträglichen Sicherheitsverwahrung (BVerfGE 109, 190/220) einen bis zu 14-tägigen polizeirechtlichen Gewahrsam für verfassungsgemäß erklärte, wie dies zum Teil in der Literatur wohl angenommen wird, erscheint zudem fraglich, weil es sich hier um ein *obiter dictum* handelte, bei dem allein mögliche Alternativen des Landesrechts ohne jedwede vertiefende Prüfung angesprochen wurden.

### 11.3

Zur Durchsetzung von **Platzverweisen** soll der **Durchsetzungsgewahrsam** unter den in **Nr. 2** näher aufgeführten



Tatbestandsvoraussetzungen auf bis zu sieben Tage ausgeweitet werden dürfen, was bereits die Frage aufwirft, ob „vorübergehend“ im Sinne eines Platzverweis nach § 34 I überhaupt ein solch langer Zeit sein kann. Insbesondere aber widerspricht die nunmehr vorgesehene Dauer dem **Übermaßverbot** (s.a. *Graulich*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Auflage E 416).

#### 11.4

Länger noch, nämlich 10 Tage, soll dies nach **Nr. 3** zulässig sein beim **Durchsetzungsgewahrsam** von Maßnahmen nach § 34a V PolG im Rahmen der **Bekämpfung häuslicher Gewalt**, eine Maßnahme, die mit der Beschreibung der Notwendigkeit der Maßnahmen in der Gesetzesbegründung schwerlich in Zusammenhang zu bringen ist (vgl. LT-Drs. 17/2351 S. 27 f.).

#### 11.5

Die Durchsetzung einer **Aufenthaltsanordnung** oder eines **Kontaktverbotes** wie auch die Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung sollen nach **Nr. 4** zukünftig zu einem Polizeigewahrsam von bis zu 7 Tagen führen. Ob dies mit dem Übermaßverbot vereinbar ist, erscheint zweifelhaft. Der Gewahrsam zur Durchsetzung einer **elektronischen Aufenthaltsüberwachung** ist hingegen per se unzulässig (s.o. 10.2).

#### 11.6

Letztendlich wird nach **Nr. 5** auch die Zulässigkeit der **Gewahrsamnahme zur Feststellung der Identität** deutlich verlängert, obgleich eine Identitätsfeststellung zur Gefahrenabwehr wenig beiträgt und im Regelfall allein deshalb vorgenommen wird, um Anschlussmaßnahmen wie den Datenabgleich und andere vorzunehmen. Dies kann indes einen gefahrenabwehrrrechtlichen Gewahrsam dieser Dauer nicht rechtfertigen (trotz ausufernder und inhaltlich wie rechtlich nicht konziser Begründung mit Bezug auf den Hambacher Forst in Drs. 17/3865 S. 21 f.). Die Maßnahme ist **eindeutig unverhältnismäßig** (*Pieroth* GSZ 2018, 133, 137).

#### 11.7

Sprachlich und grammatikalisch unklar ist hier zudem **Nr. 5 Satz 2**, der von einer **Verhinderung der Identitätsfeststellung** „innerhalb der Frist des Satz 1“ als Grund für eine Verschiebung der richterlichen Entscheidung bis zu Ablauf des folgenden Tages ausgeht. Zum einen wird ein Versuch einer solchen Verhinderung regelmäßig bereits vor der Sistierung und nicht



danach („innerhalb der Frist“) unternommen worden sein. Zum anderen ist materiell-rechtlich mit Blick auf den Eingriff in das Recht der Freiheit der Person nicht akzeptabel, dass allein die Polizei mit Bezug auf von ihr behauptete Tatsachen, die die **Annahme einer vorsätzlichen Identitätsverschleierung** begründeten, darüber entscheidet, ob eine Richtervorführung binnen 12 Stunden nach Beginn der Freiheitsentziehung oder erst bis zum Ablauf des Tages nach dem „Ergreifen“ erfolgen soll. Dies ist mit Blick auf **Art. 104 II 1 GG nicht akzeptabel**.

#### 11.8

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Totalrevision bisheriger rechtsstaatlicher Begrenzungen der Gewahrsamnahme in zeitlicher Hinsicht **verfassungsrechtlich nicht akzeptabel** und wird sicherlich im Rahmen vergleichbarer Regelungen in Bayern bald auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand kommen. Auch eine Vereinbarkeit mit **Art. 5 IV EMRK** ist mehr als fraglich, weil das Gesetz hierfür keine geeigneten verfahrensrechtlichen Maßgaben trifft.

Zudem fehlt ein **Rechtsanspruch** des oder der Betroffenen zur Zuziehung eines **Rechtsanwaltes**, obgleich es sich bei der mehrtägigen bis mehrwöchigen Gewahrsamnahme um einen gravierenden Eingriff in das Recht der Freiheit der Person handelt.



### III. Ergebnis

Der vorgelegte Gesetzentwurf stellt mit der Einführung einer Vielzahl neuer polizeilicher Befugnisse und den erheblichen Bestimmtheitsproblemen in den Tatbestandsmerkmalen vieler Maßnahmen wie auch durch eine weitere Verschiebung polizeilicher Befugnisse ins Vorfeld konkreter Gefahren oder eines strafprozessualen Anfangsverdachts, auch unter Berücksichtigung der Änderungsvorschläge vom 10. Oktober 2018, in verschiedenen Teilen weiterhin keinen angemessenen Ausgleich polizeilicher Interessen und grundrechtlich geschützter Freiheiten her, sondern betont einseitig erstere zu Lasten letzterer.

Ein nicht unwesentlicher Teil der Neuregelungen verstößt nach der hier vertretenen Auffassung auch unter Berücksichtigung des Änderungsentwurfs vom 10. Oktober 2018 gegen das Übermaßverbot oder das Bestimmtheitsgebot und ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht akzeptabel.

Berlin, im November 2018

*gez. Prof. Dr. Clemens Arzt*