



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

**Prof. Dr. Clemens Arzt
Direktor**

Alt-Friedrichsfelde 60
10315 Berlin

www.foeps-berlin.org
foeps@hwr-berlin.de

**Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschusses
des Landtags NRW
am 7. Juni 2018**

**Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen
Gesetzentwurf der Landesregierung 17/2351
vom 11. April 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. Obgleich derzeit eine Anpassung des Polizeigesetzes NRW (nachfolgend PolG) an die Entscheidung des BVerfG zum BKAG vom 20. April 2016 und an die JI-RL 2016/680 geplant sei, fordere die aktuelle Gefahrenlage eine zeitlich vorgezogene Normierung zur effektiven Verhütung von Straftaten, insbesondere im Bereich des Terrorismus (LT-Drs. 17/2351 S. 1 f.). Zugleich soll die Novelle aber auch vielfältigen anderen Zwecken 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.

Wenn „Defizite“ im Polizeirecht des Landes Nordrhein-Westfalen evident schnell vom Gesetzgeber zu beseitigen sind, dann betrifft dies mE die aus (europa-) rechtlicher Sicht verspätete Umsetzung der vorgenannten JI-Richtlinie, für die die Umsetzungsfrist bereits am 6. Mai 2018 endete. Zudem wird in diesem Zusammenhang in der Begründung zum vorliegenden Entwurf nicht hinreichend berücksichtigt, dass neben der JI-Richtlinie die EU-DSGVO ebenfalls rechtliche Wirkung entfaltet, wo nämlich der Anwendungsbereich der JI-RL nicht eröffnet ist, so etwa in den polizeilichen Aufgabenbereichen aus § 1 II und III PolG. Statt einer Novellierung im Sinne des Datenschutzrechts werden umfangreiche gesetzliche Neuregelungen vorgeschlagen, die **zu erheblichen Eingriffen in die Grundrechtssphäre** auch und gerade des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung respektive Datenschutz (Art. 8 EuGRCh)**, aber auch in das **Wohnungsgrundrecht** und die **Freiheit der Person** führen, im Regelfall noch dazu ohne dass dies aus einem Anfangsverdacht einer Straftat oder dem Entstehen einer konkreten Gefahr durch den Betroffenen begründen werden könnte.



II. Zum Gesetzentwurf im Einzelnen

Nachfolgend sollen die vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen einer detaillierteren Analyse unterzogen werden, die indes im Rahmen einer Sachverständigenanhörung nicht den Umfang und die Form eines Rechtsgutachtens annehmen kann, das hier indes sinnvoll wäre, um die Grundrechtsrelevanz und den Abbau von Freiheitsrechten bei Umsetzung detailliert zu analysieren. Ich konzentriere mich daher im Folgenden auf einige wesentliche Aspekte des Gesetzentwurfs, was nicht als Zustimmung zu den nicht kommentierten Novellierungsvorschlägen zu verstehen ist.

1. Abwehr drohender Gefahren als neue polizeiliche Aufgabe ?

1.1

§ 8 IV PolG führt neu den Begriff der drohenden Gefahr ein und beruft sich dabei auf die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit weiter Teile des BKAG aF. Interessanterweise verwendet selbst das **BKAG nF**, anders als nunmehr für das PolG geplant, den Begriff **nicht als Tatbestandsvoraussetzung** für polizeiliche Maßnahmen der Datenerhebung, sondern nur im Rahmen einer Regelung zur Zweckänderung in § 12 Abs. 2 BKAG nF. Auch hat das BVerfG im Rahmen der Gewaltenteilung in Deutschland weder die Kompetenz noch die Absicht, dem Polizeirechtsgesetzgeber im Rahmen eines Urteils Vorgaben oder Vorschläge für gesetzliche Formulierungen vorzulegen, was hier aber mit dem Rückgriff auf den Wortlaut der Entscheidungsgründe suggeriert wird. Zudem muss – bei allem Respekt – bei näherer Betrachtung der Entscheidung zum BKAG (Urteil 20. April 2016 - 1 BvR 966/09; hier Rn. 112) kritisch hinterfragt werden, ob das **BVerfG** hier die gängige und seit Jahrzehnten entwickelte Dogmatik des Gefahrenabwehrrechts hinreichend in den Blick nimmt, wenn es einerseits von der Verhütung von Straftaten spricht und andererseits in diesem Kontext dann offenbar den Begriff der Gefahr als sinnvolle tatbestandliche Voraussetzung annimmt.

Insoweit muss der Landesgesetzgeber selbst im Rahmen der bekannten und hohen Anforderungen an die **Normenbestimmtheit und Normenklarheit** regeln, wenn er neue Begrifflichkeiten und damit Tatbestandsvoraussetzungen für polizeiliche Grundrechtseingriffe einführt. Der Begriff der **drohenden Gefahr** ist dabei seit der Novelle des BayPAG im Jahr 2017 und insbesondere der jüngsten Novelle im Jahr 2018 in der Diskussion der Fachliteratur und wird dort aus guten Gründen kritisch beurteilt (vgl. *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145; aA *Möstl* ebd. S. 109).



Eine **konkrete Gefahr** verlangt nach ganz herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung ausgehend vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen OVG aus dem 19. Jahrhundert auf der Ebene der Wahrscheinlichkeitsprognose eine **hinreichende Wahrscheinlichkeit** des Schadenseintritts für polizeilich geschützte Rechtsgüter. Dabei wird im Rahmen der sog. **Je-Desto-Formel** davon ausgegangen, dass die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit mit dem Rang der **bedrohten Rechtsgüter** dergestalt korrelieren, dass bei hochrangigen Schutzgütern bereits eine geringe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts genügt, um eine konkrete Gefahr zu bejahen.

1.2

Der **Begriff der drohenden Gefahr** soll nun offenbar noch eine weitere Wahrscheinlichkeitsebene vor der Wahrscheinlichkeitsprognose gemäß dem Begriff der konkreten Gefahr „einziehen“; es geht also um die (drohende) Wahrscheinlichkeit einer hinreichenden (= konkreten) Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Dies macht rechtsdogmatisch wenig Sinn. Es stellt sich also bereits die Frage, ob das geltende Recht in NRW überhaupt eine Schutzlücke aufweist, die für eine dringend notwendige Neuregelung sprechen würde; diesseits wird dies verneint.

1.3

Wollte man demgegenüber eine solche Schutzlücke bejahen, wäre die Maßnahme zunächst im Rahmen der **polizeilichen Aufgaben** iSv § 1 I PolG zu verorten, weil die Polizei nur dann im Rahmen der gesetzlichen Eingriffsbefugnisse handeln darf, wenn ihr Aufgabenbereich eröffnet ist. Dies ist – mit gutem Grund – nach § 1 I PolG zum Beispiel für den Bereich der so genannten Verfolgungsvorsorge zu verneinen. Nach § 1 I PolG hat die Polizei „die Aufgabe, **Gefahren** für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (Gefahrenabwehr). Sie hat im Rahmen dieser Aufgabe auch **Straftaten zu verhüten** sowie **vorbeugend zu bekämpfen** und die erforderlichen Vorbereitungen für die Hilfeleistung und das Handeln in Gefahrenfällen zu treffen“; letztgenannte Alternative ist hier nicht einschlägig. Es geht also um die Frage, ob **Maßnahmen zur Abwehr drohender Gefahren** der Abwehr von (konkreten) Gefahren dienen sollen, oder der Verhütung von Straftaten oder deren vorbeugender Bekämpfung. Der Gesetzentwurf stellt dies nicht klar, was ein **erhebliches Bestimmtheitsproblem** darstellt.



1.4

Wollte man den Begriff der drohenden Gefahr als notwendig für die polizeiliche Arbeit erachten, was diesseits verneint wird (s.o.), wäre diese bislang nicht verwandte Begrifflichkeit sinnvollerweise im Gesetz zu definieren, was durch § 8 IV und V PolG erreicht werden soll, aus meiner Sicht aber nicht gelungen ist. Durch die immer neue Einführung kaum mehr abzugrenzender Gefahrenbegriffe wird die Polizei eher in der Aufgabenwahrnehmung geschwächt, weil die Unklarheiten wachsen, wann eine Maßnahme im welchem Aufgabenbereich überhaupt zulässig sein könnte. **Polizeirecht im demokratischen und liberalen Rechtsstaat** war begrenzt auf die Abwehr konkreter Gefahren durch die Polizei soweit die zuständigen Ordnungsbehörden hierzu nicht oder nicht rechtzeitig in der Lage waren. Durch die Einführung der so genannten dritten Aufgabenkategorie im Rahmen des MEPolG wurde der polizeiliche Aufgabenbereich deutlich in das **Gefahrenvorfeld** ausgeweitet und in § 1 Abs. 1 S. 1 PolG spiegelt sich dies in den Aufgaben der Verhütung von Straftaten sowie deren vorbeugender Bekämpfung wieder. 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 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.

1.5

Der vorliegende Gesetzentwurf soll also offensichtlich im Bereich der Maßnahmen im **Gefahrenvorfeld** neue Befugnisse schaffen, ohne in der Gesetzesbegründung – wie ausgeführt – überhaupt nachvollziehbar einer der oben genannten Aufgaben zugeordnet worden zu sein. Eine Zuordnung zur Abwehr konkreter Gefahren ist auszuschließen, weil dann nicht die tatbestandsmäßig offenkundig niedriger liegende Eingriffsvoraussetzung „drohend“ eingefügt werden müsste. Wenn eine **Verhütung von Straftaten** im Vorfeld angestrebt wird ist unklar, weshalb dies nicht so zum Ausdruck gebracht wird und wie beispielsweise §§ 15a I oder 34 II PolG aF normenklar und hinreichend bestimmt zum Ausdruck bringen. Auch die **Bekämpfung von Straftaten** wird bspw. in §§ 14 und 15 PolG ausdrücklich genannt.



1.6

Es stellt sich mithin die Frage, wo genau die nunmehr in der Novelle geplanten neuen Maßnahmen mit Blick auf den **Aufgabenbereich** wie auch mit Blick auf die zugehörigen **Befugnisse** verortet werden sollen und insbesondere, weshalb der (bei allen oben angeführten Bedenken aus rechtstaatlicher Sicht) bekannte und auch im Polizeivollzugsdienst gefestigte Ansatz der Verhütung oder Bekämpfung von Straftaten hier nicht ausreichend sein sollte?

2. Abwehr drohender Gefahren nach § 8 IV PolG

2.1

Nach Absatz 4 soll eine **drohende Gefahr** nur im Einzelfall mit Blick auf eine bestimmte Person vorliegen können, unter den dort näher ausgeführten Maßgaben. Die Norm verbindet also gleichsam tatbestandliche Anforderungen mit einer Adressatenregelung. Hinzu kommt eine Verknüpfung mit der weiteren Begriffsbestimmung in **§ 8 III PolG**. Diese Regelung ist indes **nicht hinreichend bestimmt**, weil offenbar noch andere („insbesondere“) als die aufgezählten Straftaten solche von erheblicher Bedeutung iSd Gesetzes sein sollen (vgl. *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, § 8 Rn. 35). Die Erheblichkeit kann nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung auch in der konkreten Begehungsform liegen und damit grundsätzlich auf nahezu jede Straftat zutreffen (BeckOK, § 8 PolG NRW Rn. 135). Wenn aber bereits nicht klar ist, **welche** möglicherweise in der Zukunft begangenen **Straftaten** zur Bejahung einer **drohenden Gefahr** führen könnten, leidet die gesamte begriffliche Definition in Absatz 4 und 5 unter einem **erheblichen Bestimmtheitsdefizit**.

2.2

Im Übrigen **enthält Absatz 3** eine **Kettenverweisung** (§ 138 StGB), was aus Bestimmtheitsgründen ebenfalls abzulehnen ist. Eine nähere Lektüre des Straftatenkatalogs zeigt zudem, dass dieser bedenklich weit ist. 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 nur bedingt oder gar nichts mit der „internationalen terroristischen Bedrohung“ zu tun haben, sondern im



Bereich der allgemeinen Kriminalität ein erheblicher Zuwachs polizeilicher Befugnisse umgesetzt werden soll, bevor auch nur eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Gesetzesverstößes (konkrete Gefahr) besteht. Der Verweis auf Straftaten von erheblicher Bedeutung in Absatz 4 ist daher rechtstaatlich bedenklich und läuft Gefahr, **verfassungsrechtlich keinen Bestand** zu haben.

2.3

Insbesondere aber ist der **Verweis** auf einen solch breiten **Straftatenkatalog**, der zum Teil selbst noch weitere Verweisungen enthält, 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 Strafrechtsnormen 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)

3. Abwehr drohender terroristischer Gefahren nach § 8 V PolG

3.1

Absatz 5 führt sodann eine weitere Begriffsbestimmung ein, an die später spezifische polizeiliche Eingriffsbefugnisse geknüpft werden. Allerdings steht diese nicht allein, sondern nimmt eingangs Bezug auf Absatz 4. Eine **drohende terroristische Gefahr ist somit die drohende Gefahr**, dass eine Person **Straftaten von erheblicher Bedeutung** begehen wird, die sodann in Absatz 5 Nr. 1 bis 3 hinsichtlich ihrer Zielrichtung weiter spezifiziert werden.

Unklar ist dabei bereits die Eingangsformulierung „sofern die **drohende Gefahr bestimmt und geeignet** ist“. Eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne ist – wie ausgeführt – das Ergebnis einer Wahrscheinlichkeitsprognose. Eine Gefahr selbst kann als solche niemals zu etwas bestimmt sein, sondern allenfalls die dahinter liegenden Handlungen. Damit ist die Norm bereits insoweit **nicht** mit den Anforderungen an die **Normenklarheit und Normenbestimmtheit** vereinbar.

3.2

In **Absatz 5 Satz 1** geht es bei einem „Zusammensetzen“ der Voraussetzungen aus Absatz 4 und 5 im Ergebnis darum, dass im Einzelfall eine Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat begehen könnte, die ein Verbrechen oder die in § 138 des Strafgesetzbuches genannten Vergehen, Vergehen nach § 129 des Strafgesetzbuches und gewerbs- oder bandenmäßig begangene Vergehen nach den §§ 243, 244, 260, 261, 263 bis 264a, 265b, 266, 283, 283a, 291 oder 324 bis 330 des Strafgesetzbuches, § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe c) oder d) des Waffengesetzes, §§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 oder 29a Abs. 1 Nr. 2 des Betäubungsmittelgesetzes oder §§ 96 und 97 des Aufenthaltsgesetzes im Falle ihrer Begehung darstellte und diese drohende Straftat, für die sich ein



Anfangsverdacht im Sinne des Strafprozessrechts ebenso wenig begründen lässt wie die hinreichende Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung im Sinne einer **konkreten Gefahr**, ist bestimmt und geeignet, die Bevölkerung auf erhebliche Weise **einzuschüchtern** oder eine Behörde, eine nationale oder internationale Organisation oder ein Organ einer Meinungsäußerung rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu **nötigen** oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen **Grundstrukturen** eines Staates, eines (Bundes-?)Landes, einer nationalen oder internationalen Organisation zu beseitigen oder **erheblich zu beeinträchtigen**. Aus Sicht der **Normenklarheit** bestehen hier mehr als **erhebliche Bedenken**.

3.3

Eine **drohende terroristische Gefahr** besteht hier also beispielsweise in der noch nicht hinreichenden, mithin nur **drohenden Wahrscheinlichkeit** der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Eurochecks, des bandenmäßigen besonders schweren Diebstahl, der bandenmäßigen und gewerbsmäßigen Hehlerei sowie verschiedenen Formen des Betrugs, der Untreue, des Bankrotts oder Wuchers mit dem Ziel der unter Absatz 5 Nr. 1 bis 3 genannten Zielen. Dies ist so **verfassungsrechtlich nicht haltbar**.

3.4

Absatz 5 Satz 2 zielt offenbar darauf ab, **drohende terroristische Gefahren** auch aus dem Handeln einer Person ableiten zu können, bedient sich dabei aber des Versuchs einer Eingrenzung, der nicht als gelungen angesehen werden kann. Satz 2 lässt es genügen, dass unter den Voraussetzungen der Nummern 1 bis 3 (kumulativ?) das individuelle (abgegrenzt zu welchem anderen; gibt es ein kollektives Verhalten einer Person?) Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit (also eine konkrete Gefahr?) begründet, dass diese Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums (in überschaubarer Zeit im Sinne der konkreten Gefahr?) eine Straftat von erheblicher Bedeutung (s.o.) begehen wird. Die Anmerkungen in Klammer weisen auf **erhebliche Bestimmtheitsprobleme** auch dieser Regelung hin. Im Übrigen wird auf die Anmerkungen oben zur Normgestaltung nach dem Wortlaut von BVerfG-Entscheidungen und deren Tücken verwiesen.



4. Strategische Fahndung nach § 12a PolG

4.1

Kein Mensch in Deutschland muss sich einer nicht aus seinem Verhalten begründeten Identitätsfeststellung und vergleichbaren Maßnahmen unterwerfen, wenn nicht der Gesetzgeber ausnahmsweise und im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung eine hiervon abweichende Regelung trifft. § 12a PolG soll eine solche **verhaltens- oder anlassunabhängige Regelung** unterhalb des strafprozessualen Anfangsverdachts oder der Gefahrenverursachung iSv §§ 4 und 5 PolG darstellen.

4.2

§ 12 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 bietet in der polizeilichen Praxis regelmäßig den Einstieg in eine breite Palette zugelassener Maßnahmen nach **Identitätsfeststellung**, an die sich ein ganzes Bündel möglicher Anschlussmaßnahmen anschließen kann, namentlich 1. weiteres **Anhalten** nach IDF, 2. **Datenabgleich**, 3. Abgleich mit dem **Fahndungsbestand**, 4. **Durchsuchung von Personen** und 5. **Durchsuchung von Sachen** (§§ 25, 39 und 40 PolG). Dies als „**geringfügige Grundrechtsbeeinträchtigung**“ einzuordnen (LT-Drs 17/2351 S. 33) wird dem Umfang der genannten Maßnahmen in keinster Weise gerecht und der Verweis darauf, die o.g. typischen Maßnahmen seien in § 12a nicht geregelt (LT-Drs 17/2351 S. 33) verdeckt, dass ohne die IDF die Folgemaßnahmen an solchen Orten ohne weiteren Grund gerade nicht zulässig wären, die Norm also 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).

4.3

Die IDF und die 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 („**Ortschaftung**“) angetroffen wurde. Anders als § 12 I Nr. 2 PolG reicht hier im Übrigen bereits ein **Antreffen**, während dort ein **Aufhalten** gefordert ist.

Die „**Ortschaftung**“ im Sinne von § 12a I 4 PolG soll begründen, weshalb sich auch absolut gesetzeskonform verhaltende Bürgerinnen und Bürger bis zu sechs verschiedenen Grundrechtseingriffen aussetzen müssen (vgl. LT-Drs 17/2351 S. 33). § 12a soll dieses **Maßnahmenbündel** gegenüber § 12 I



nochmals ausweiten und die tatbestandlichen Voraussetzungen absenken, sonst wäre die Neuregelung überflüssig. **Unklar** ist trotz des Wortlautes auch hier, in welchem **Aufgabengebiet** die Maßnahme seitens des Gesetzgebers angesiedelt wird, wenn in der Gesetzesbegründung wahlweise auf die Gefahrenerforschung, abstraktes Gefahrenpotential und die Verhütung von Straftaten verwiesen wird (LT-Drs 17/2351 S. 31 ff.); dies alles macht ein **erhebliches Bestimmtheitsdefizit** sichtbar.

4.4

Der Gesetzesvorschlag knüpft tatbestandlich an die Verhütung der in Absatz 1 Nr. 1 und 2 genannten Straftaten und die Unterbindung des unerlaubten Aufenthaltes an. Ausweichlich der Gesetzesbegründung soll die Maßnahme auch zur **Abwehr von drohenden Gefahren** iSv § 8 Abs. 4 und 5 dienen; tatbestandlich ist dieser Ansatz indes nicht erkennbar und wäre daher unzulässig; im Übrigen wären die verfassungsrechtlichen Probleme der vorgenannten Normen (hierzu s.o. 2 und 3.) zu beachten.

4.5

Die Regelung geht noch **weiter als § 12 I Nr. 2 PolG**, der fordert, dass die kontrollierte Person „sich an einem Ort aufhält, von dem **Tatsachen die Annahme rechtfertigen**, dass (a) **dort** Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung **verabreden, vorbereiten oder verüben** oder (b) sich dort Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen oder (c) sich dort gesuchte Straftäter verbergen“. War es also bisher erforderlich, dass **Tatsachen** im Rahmen einer Prognose die Annahme der Begehung von Straftaten an einem **bestimmten Ort** rechtfertigten, **legt § 12a I PolG die Tatbestandsvoraussetzungen noch niedriger** an, wenn es zukünftig genügen soll, dass aus Sicht der Polizei auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Straftaten begangen werden sollen und die Maßnahme erforderlich und verhältnismäßig ist. Letztere Tatbestandsvoraussetzungen weichen im Ergebnis nicht ab von § 12 I Nr. 2 PolG, weil der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch dort zu beachten ist.

4.6

Während die tatbestandliche Voraussetzung der Verhütung von Straftaten iSv § 8 III in § 12a I Nr. 1 PolG 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 (s.o. 2). Die Verhütung gewerbs- oder bandenmäßig begangener grenzüberschreitender Kriminalität soll offenkundig als Tatbestands-



voraussetzung eine noch niedrigere Schwelle setzen als Nr. 1. Vollends unklar ist, was mit der **Unterbindung des unerlaubten Aufenthaltes** gemeint ist, während § 12 I Nr. 2 PolG Orte erfasst, an denen sich Personen treffen, die gegen **aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften** verstoßen. Nicht nur erfolgt hier eine deutliche Absenkung der tatbestandlichen Voraussetzungen, sondern aus der Norm ist nicht hinreichend klar und abschließend bestimmt, ob hier nur ausländerrechtlich relevante „Aufenthalte“ gemeint sind oder auch solche, die im Rahmen etwa eines **Aufenthaltsverbotes** nach § 34 II PolG untersagt wurden. Die Regelung **scheitert damit am Bestimmtheitsgebot**.

4.7

Die Polizei wird mithin ermächtigt, die Voraussetzungen ihres Einschreitens gleichsam selbst zu schaffen, indem sie das **Vorhandensein** der die **Maßnahmen begründender Tatsachen verwaltungsintern selbst feststellt** (Absatz 2 S. 1) (zu dieser Problematik auch OVG Hamburg NVwZ-RR 2015, 695). Für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger, die ja keinen Anlass zu der Maßnahme gegeben haben, 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 und auch der 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 mit dem **Übermaßverbot nicht vereinbar**.

5. Datenerhebung durch offenen Einsatz optisch-elektronischer Mittel nach § 15a PolG

5.1

Der Novellierungsvorschlag zu Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 zielt auf eine Absenkung bisher existierender tatbestandlicher Schwellen für die Zulässigkeit der anlasslosen Massenüberwachung im öffentlichen Raum. Die bisher im Gesetz verankerte **Befristung** bis 31. Juli 2018 wird **aufgehoben**, obwohl eine unabhängige **Evaluation** zum Nutzen der Maßnahme **noch aussteht** (<https://kfn.de/forschungsprojekte/evaluation->



der-polizeilichen-videobe-obachtung-auf-oeffentlichen-plaetzen-in-nrw/).

Damit wird die bisherige **Evaluationsklausel *ad absurdum*** geführt.

5.2

Erfasst wird **jede Person**, die sich **zufällig am überwachten Ort** befindet, unabhängig von ihrem Verhalten und dem Vorhandensein von Gefahr oder Anfangsverdacht mit Blick auf die betroffene Person. Dies macht die Maßnahme gerade auch wegen der Streuwirkung problematisch. Wie bereits bei § 12a I 4 PolG wird die Tatbestandsvoraussetzung des § 12 I Nr. 2 PolG („Tatsachen die Annahme rechtfertigen“) genutzt, was vermutlich mehr als eine sprachliche Abweichung ist, sonst wäre ein unveränderter Wortlaut auch mit Blick auf die handelnden PolizeibeamtInnen wie auch die Anwendung der Norm durch die Judikative sinnvoll. Dass eine Absenkung der Tatbestandsschwelle beabsichtigt ist, belegt auch die Gesetzesbegründung (a.a.O. S. 35).

5.3

Fraglich ist auch 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 und vom Aufgabenbereich der Polizei nach § 1 PolG nicht erfasst ist.

5.4

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 (§ 15a IV PolG). Die Einwände gegen die ausufernde und nicht hinreichend bestimmte Fassung des § 8 III PolG (s.o. 2.) bleiben dabei bestehen; für eine Vielzahl der dort aufgeführten Straftaten ist die Maßnahme technisch schlichtweg nicht geeignet, so dass der Katalog der zu verhütenden Straftaten hier „bereichsspezifisch“ eingegrenzt werden müsste; in der jetzigen Fassung bestehen daher **erhebliche Bedenken** aus Sicht der **Bestimmtheit** und des **Übermaßverbotes**.



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

6.1

Hier wird gesetzgeberisches Neuland betreten, weil neben §§ 20a und 20b PolG nunmehr auch auf den **Inhalt der Telekommunikation** mittels **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; andere Bundesländer, so bspw. Berlin, verzichteten hierauf aus eben diesen Gründen weiterhin.

6.2

Daneben ist – entgegen der Auffassung des BVerfG in der BKAG-Entscheidung (Rn. 228) – auch das **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** betroffen, weil mit dem Eingriff in das System erhebliche Veränderungen in demselben seitens der Polizei ausgeführt werden, die nicht sicher „zurückholbar“ sind, was Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 („soweit technisch möglich“) ausdrücklich bestätigt. Auch aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dies mit Blick auf das neue Datenschutzrecht problematisch (s.u. 6.8).

6.3

Die Gesetzesbegründung, die auf ein einheitliches Sicherheitsniveau abstellt (LT-Drs. 17/2351 S. 36), überzeugt insoweit nicht, weil es schon immer zum föderalen Konzept der Polizei und des Polizeirechts „passte“, dass Länder unterschiedliche Regelungen treffen und auch den Schutz der Grundrechte in unterschiedlichem Umfange 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 endgültig verlassen wird.

6.4

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Quellen-TKÜ sind komplex und eher unübersichtlich. Nach Absatz 1 **Nr. 1** soll die Maßnahme zulässig sein gegen Verantwortliche iSv §§ 4 und 5 PolG zur Abwehr hochrangiger Rechtsgüter. Hält man die Maßnahme für unabdingbar, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.



Nach **Absatz 1 Nr. 2** sinken die tatbestandlichen Voraussetzungen **deutlich unter die der konkreten Gefahr** (vgl. Gesetzesbegründung LT-Drs. 17/2351 S. 36 f.). Dies ist **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 zuletzt durch die Vermengung eines eigenen Wahrscheinlichkeitsmaßstabes in der Norm selbst mit den weiteren Anforderungen aus § 8 V PolG, nicht absehbar ist, ab welchem „Level“ der Wahrscheinlichkeitsprognose die Maßnahme zulässig sein soll. Soll eine „konkrete Wahrscheinlichkeit“ ein höheres Maß der Wahrscheinlichkeit bezeichnen, als die für die konkrete Gefahr verlangte „hinreichende Wahrscheinlichkeit“? Und wie soll diese Anforderung ihrerseits sodann mit den Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nach § 8 V PolG korrelieren, was aber eine weitere Tatbestandsvoraussetzung ist.

6.5

Damit nicht genug, soll die Maßnahme gleichermaßen zulässig sein zur **Abwehr von Gefahren** wie auch zur **Verhütung von Straftaten**, also Maßnahmen, die in **unterschiedliche Aufgabenkategorien** gehören und daher tatbestandlich eindeutig unterschiedliche Anforderungen beinhalten müssen, was hier gerade nicht der Fall ist. **Verfassungsrechtlich** ist dies nach der hier vertretenen Auffassung **nicht haltbar** (vgl. BVerfG Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 Rn. 323).

6.6

Wie bereits oben ausgeführt, gestattet **Absatz 3** einen Eingriff in informationstechnische Systeme und ggf. auch deren nicht widerrufbare technische Veränderung zum Nachteil ihres Benutzers. Weshalb dies keinen Eingriff in das **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** beinhalten sollte, ist nicht erkennbar.

6.7

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. 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. In diesem Falle 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.).

6.8

Die Maßgaben des **neuen Datenschutzrechts** auf europäischer und deutscher Ebene fehlen vollständig im Gesetzentwurf, können aber gerade bei der Einführung neuer Eingriffsbefugnisse nicht auf eine spätere Anpassung (s.o. I.) verschoben werden. Namentlich **fehlt** hier eine bereichsspezifische Regelung im Sinne des § 67 BDSG nF zur **Datenschutzfolgenabschätzung**. Ebenso lässt der Gesetzentwurf jedwede Maßgabe im Sinne des § 71 BDSG nF zu **Datenschutz durch Technikgestaltung** (*privacy by design*) und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (*privacy by default*) vermissen, was gerade mit Blick auf die geplante Einführung einer Technik, deren „Rückholbarkeit“ nicht garantiert wird (vgl. § 20c III PolG), nicht akzeptabel ist.

6.9

Verfallsklauseln wie die in **Absatz 12** könnten ein wirksames Instrument des Grundrechtsschutzes sein, wenn diese seitens der Legislative nicht regelmäßig **vor Ablauf aufgehoben** würden, ggf. schon vor Vorlage des hierzu gesetzlich vorgesehenen unabhängigen Evaluationsberichts (s.o. 5.1).

7. Aufenthaltsgebote und -verbote sowie Kontaktverbote nach § 34b PolG

7.1

Die Neuregelung geht deutlich über den Rahmen bisheriger polizeilicher Maßnahmen nach §§ 34 und 34a PolG hinaus und reiht sich ein in eine neue „Welle“ von Maßnahmen gegen so genannte Gefährder, die – soweit ersichtlich – vor allem im BKAG wie auch den Polizeigesetzen Bayerns und Baden-Württembergs ihren Ausgangspunkt hat. Entgegen der Überschrift im Gesetzentwurf werden nicht nur Aufenthalts- und Kontaktverbote eingeführt, sondern darüber hinausgehend eine **deutlich weitergehender Grundrechtseingriff** in Form der **Aufenthaltsgebote**.

7.2

Unklar ist auch hier, welchem polizeilichen Aufgabenbereich diese Maßnahmen zugeordnet sein soll, wenn Absatz 1 bestimmt, dass



Aufenthalts- und Kontaktverbote zur Abwehr einer **Gefahr im Sinne des § 8** PolG zulässig sein sollen (vgl. LT-Drs. 17/2351 S. 39). Während sich im Polizeirecht traditionell eine klare Verbindungslinie vom **Aufgabenbereich** zur **Eingriffsbefugnis** herstellen ließ, weil die Tatbestandsvoraussetzungen dies sprachlich eindeutig zum Ausdruck brachten, wird diese rechtsstaatliche Begrenzungsfunktion hier – und wie aufgezeigt auch an anderer Stelle – aufgebrochen zu Gunsten einer allgemeinen und gleichsam umfassenden Verknüpfung einer Eingriffsbefugnis mit mehreren polizeilichen Aufgabenbereichen. Aus Sicht der **Normenbestimmtheit und Normenklarheit** ist dies abzulehnen.

7.3

Der Verweis auf eine „Gefahr im Sinne des § 8“ meint offenbar sowohl die **konkrete Gefahr** wie auch die so genannte **drohende** und die so genannte **drohende terroristische Gefahr**. Es ist indes nicht erkennbar, ob für diese deutlich unterschiedlichen Gefahrengrade in jedem Einzelfall die gleichen tatbestandlichen Voraussetzungen gelten sollen, was bedeuten würde, dass die Abwehr einer konkreten Gefahr den gleichen tatbestandlichen Anforderungen genügen müsste wie die einer drohenden terroristischen Gefahr oder auch einer drohenden Gefahr. Zur **Verhütung von Straftaten** iSv § 1 I 2 PolG ist die Maßnahme nach dieser Regelung **nicht zulässig**.

Diese vollständige Abkopplung von Tatbestandsvoraussetzungen einerseits und der verfolgten polizeilichen Aufgabe iSv § 1 PolG andererseits ist mit dem Gebot der **Normenklarheit und -bestimmtheit nicht vereinbar**, weil über den Verweis aus § 34b I in § 8 PolG tatbestandliche Voraussetzungen in die erstgenannte Norm inkludiert werden und der **Gesetzgeber dabei nicht erkennbar und abschließend festlegt, zu welchen Zwecken** die zulässigen Maßnahmen unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen zulässig sein sollen.

7.4

Während Aufenthaltsverbote herkömmlicher Art im deutschen Polizeirecht allein darauf ausgerichtet sind, einer Person das Betreten eines Ortes zu untersagen (**Aufenthaltsverbot**), soll es nach Absatz 1 auch zulässig sein, eine Person das Verlassen ihres Wohn- oder Aufenthaltsortes oder eines bestimmten Bereichs zu untersagen (**Aufenthaltsgebot**). Soweit erkennbar, haben bisher nur Mecklenburg-Vorpommern und Bayern wie auch der Bund im BKAG vergleichbare Regelungen erlassen.



7.5

Das **Aufenthaltsgebot** 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 gleichsam 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.

7.6

Soweit in der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 17/2351 S. 39) darauf verwiesen wird, dass durch die Maßnahme ausschließlich bedeutende Rechtsgüter geschützt würden, ist auf die Kritik zu § 8 IV und V PolG oben zu verweisen; der Katalog der **erheblichen Straftaten** iSv § 8 III PolG ist deutlich zu weit mit Blick auf diese Aussage.

7.7

Zulässig sein sollen 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 (§ 34b III Nr. 2 lit. b PolG).

7.8

Fraglich ist auch die **Wirksamkeit** und damit **Geeignetheit** der neu in das Polizeigesetz einzuführenden Maßnahmen insgesamt. Im Bereich der Aufenthaltsverbote gegen Drogenhändler ist allgemein bekannt, dass insbesondere Verdrängungseffekte sich 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.

7.9

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 insbesondere beim Aufenthaltsgebot die Grenze vom Eingriff unter dem so genannten Kriminalvorbehalt des Art. 11 II GG zur **freiheitsentziehenden Maßnahme auf polizeirechtlicher Grundlage** überschreitet, selbst wenn die Voraussetzungen einer strafrechtlichen relevanten Übertretung im Sinne von § 34d PolG nicht gegeben sind.

7.10

Mit Blick auf die Langfristigkeit der Maßnahme und deren Eingriffsintensität genügt hinsichtlich des **Richtervorbehaltes** nicht ein einfacher Verweis auf eine „entsprechende“ **Anwendbarkeit des FamFG**. Vielmehr ist mit Blick auf die Rechte des Betroffenen **genau anzugeben**, welche Regelungen hier anzuwenden sind; vermutlich wird hier an §§ 415 ff. FamFG gedacht, auf die etwa in § 37 II PolG ausdrücklich verwiesen wird. Eine ausdrückliche Verweisung erfordern das **Rechtsstaatsprinzip** und die Transparenz staatlichen Handelns wie auch der Grundsätze der **Normenbestimmtheit**, insbesondere weil das FamFG hier nicht direkt greift, sondern analog angewendet werden soll und für nicht-rechtskundige Betroffene damit nicht erkennbar ist, welche Normen in Bezug genommen werden soll.

7.11

Zudem ist die vorherige **richterliche Anhörung des Betroffenen** (analog. § 415 I 1 FamFG) vor Erlass der Maßnahme indiziert; was aus den vorgenannten Gründen ausdrücklich im PolG zu regeln ist. Eine Anordnung wegen **Gefahr im Verzug** erscheint in diesem Kontext abwegig, weil in diesen Fällen bereits § 35 I Nr. 2 PolG, also der **Unterbindungsgewahrsam**, möglich ist. Sollten dessen



Tatbestandsvoraussetzungen nicht bejaht werden können, ist nicht ersichtlich, weshalb Gefahr im Verzug bejaht werden sollte.

8. Elektronische Aufenthaltsüberwachung nach § 34c PolG

8.1.

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.

8.2

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. 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** zusammen fügen (BVerfGE 141, 220 (280) [BKAG]). Dies ist vom Gesetzgeber hinreichend in den jeweiligen Eingriffsbefugnissen abzusichern, was im Novellierungsvorschlag fehlt (*Guckelberger DVBl 2017, 1127 f.*).



8.3

Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des **Absatz 1** und der Kritik hieran siehe oben, insbesondere zu §§ 8 und 34b PolG. Wie auch dort soll die Maßnahme offenkundig bereits **unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr** eingesetzt werden dürfen (§ 8 IV und V PolG), was mit Blick auf den erheblichen Grundrechtseingriff deutlichen **Bedenken** begegnet.

8.4

Absatz 2 knüpft an die **Verantwortlichkeit** im Sinne eines „Gefährdungsüberhanges“ ((LT-Drs. 17/2351 S. 41) einer Person an, ohne dass die Voraussetzungen der §§ 4 oder 5 PolG gegeben sein müssen. Dies ist zumindest begrifflich irreführend, weil die Norm gerade keine konkrete Gefahr verlangt.

8.5

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 ist eine entsprechende Eingriffsbefugnis notwendig weil ein **Eingriff in das Wohnungsgrundrecht** aus Art. 13 GG vorliegt (vgl. *Guckelberger DVBl* 2017, 1127 f.).

8.6

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?

Zudem **fehlen** im gesamten Regelungsvorschlag zu § 34c PolG – wie auch bei § 20c PolG – die notwendigen Regelungen zur **Datenschutzfolgenabschätzung** und zu den Anforderungen aus den Grundsätzen von **privacy by design** und **privacy by default**, näher hierzu s.o. 6.8.

8.7

Ebenfalls in **Absatz 3** Satz 9 ist geregelt, zu welchen Zwecken die mittels elektronischer Aufenthaltsüberwachung erhobenen Daten verwendet werden sollen. Zulässig soll dies nach **Nr. 1** sein zur **Verhütung von**



Straftaten, was indes eine andere Zielrichtung und gesondertes Aufgabenfeld betrifft als die in Absatz 1 genannte Tatbestandsvoraussetzung der Abwehr von Gefahren. Es liegt mithin m.E. auch unter Einbeziehung der Regelung in § 1 I 2 PolG eine **Zweckänderung** vor, ohne dass der Gesetzgeber diese ausdrücklich als solche kennzeichnet, was dem **Bestimmtheitsgebot widerspricht**.

Ebenfalls nach **Nr. 1** soll eine Verarbeitung zur **Verfolgungsvorsorge** zulässig sein, mithin zu repressiv-polizeilichen Zwecken (BVerfG Urteil vom 27. Juli 2005 - 1 BvR 668/04 [TKÜ Nds SOG]). Hier bewegt sich die Regelung eindeutig außerhalb des Aufgabenbereichs des § 1. Die Regelung kann daher nur als **Zweckänderungsklausel** angesehen werden, wiederum ohne dass der Gesetzgeber dies so eindeutig klarstellt. Dies ist mit dem **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vereinbar**. Dies gilt auch für die Zweckänderung nach **Nr. 3**.

Nach **Nr. 2** soll die Datenverarbeitung auch zulässig sein zur Feststellung von Kontaktverboten nach § 34b PolG. 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 dürfte.

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

8.8

Völlig unklar und durchaus „innovativ“ ist die Regelung in **Absatz 5 Satz 2**. Anwendbar soll das Landesrecht sein, das der **JI-RL 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.



8.9

Wie schon bei § 34b II PolG (s.o. 7.10 und 7.11) **fehlt** auch in **Absatz 5** eine klare Festlegung, **welche Regelungen des FamFG** für das Verfahren gelten sollen. Ebenso ist auch hier nicht erkennbar, wie ein Fall von **Gefahr im Verzug** die Maßnahme ohne richterliche Entscheidung begründen sollte.

8.10

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.

8.11

Zur **Verfallsklausel** des Absatzes 10 siehe oben 6.9.

9. Strafvorschriften nach § 34d PolG

Erstmals in Nordrhein-Westfalen sollen nunmehr **Zu widerhandlungen gegen polizeiliche Anordnung** 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.

Ob Absatz 2 als strafprozessuale Regelung in die **Gesetzgebungs-kompetenz** des Landes fällt, erscheint zweifelhaft.

10. Gewahrsam nach § 35 PolG

10.1

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 (hierzu sogleich).



10.2

Problematisch in **Nr. 6** ist zunächst der Rekurs auf den Begriff der **drohenden Gefahr** aus § 8 IV und V PolG, mit Blick auf die dort ausgeführten Bedenken. Während § 35 I Nr. 2 PolG eine unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung der zu verhindernden Straftat oder Ordnungswidrigkeit verlangt, wird hier die **Eingriffsschwelle deutlich herabgesetzt** und verlangt nicht mehr als die Wahrscheinlichkeit (drohende) der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts für ein hochrangiges Rechtsgut, obgleich beim Schutz hochrangiger Rechtsgüter bereits über die Je-Desto-Formel die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit vergleichsweise gering sind (s.o. 1.2). Ob dies mit dem **Übermaßverbot** und den Anforderungen der **Normenbestimmtheit** vereinbar ist, muss bezweifelt werden.

10.3

Nach **Nr. 6** soll ein Unterbindungsgewahrsam zukünftig auch unterhalb der hohen tatbestandlichen Schwelle der Nr. 2 zulässig sein. Hiergegen bestehen erheblich **Bedenken der Vereinbarkeit mit Art. 5 I EMRK** im Lichte der Rechtsprechung des EGMR (vgl. nur EGMR NVwZ 2014, 43; BVerfG NVwZ 2016, 1079). **Nicht ausreichend** für einen Unterbindungsgewahrsam ist danach die **allgemeine Verpflichtung, sich an Gesetze** zu halten. Geht es um die Verpflichtung, keine Straftaten zu begehen, muss diese mögliche Straftat, dem Zweck des Art. 5 Abs. 1 EMRK entsprechend bereits hinreichend bestimmt sein und der Betroffene muss sich unwillig gezeigt haben, sie zu unterlassen. Es wird daher regelmäßig notwendig sein, dem Betroffenen **vor** einem solchen **Unterbindungsgewahrsam** durch entsprechende **polizeiliche Anordnungen** zu begegnen und nur im Falle einer Nichtbeachtung derselben kann ein Unterbindungsgewahrsam zulässig sein.

10.4

Soweit **Nr. 7** eine weitere Möglichkeit präventiv-polizeilicher Freiheitsentziehungen einführt, ist zunächst auf die Ausführungen zu §§ 34b und 34c PolG zu verweisen. Unklar ist zunächst, wie ein **Aufenthaltsgebot** 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 dieses zwar nicht „erzwingen“, aber immerhin eine Nichtbeachtung gleichsam wirkungslos machen könnte, wenn man dem eingangs angeführten Argument nicht folgen wollte.



10.5

Die **Durchsetzung der Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung qua Gewahrsam** wirft hingegen grundlegendere Fragen auf. Wenn der 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.

10.6

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

11.1

Der Novellierungsvorschlag zu § 38 PolG bricht radikal mit dem bisherigen Verständnis zur Zielrichtung und vor allem zum zeitlichen Umfang des Polizeigewahrsams. War eine Person bisher spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen freizulassen und endete hier die eigene **Machtvollkommenheit der Polizei** (Art. 104 II 3 GG), einer Person entgegen Art. 2 II 2 GG die Freiheit zu entziehen, indem ein **weiteres Festhalten** nur nach richterlicher Entscheidung auf **anderer Rechtsgrundlage** zulässig war, soll dieser rechtsstaatliche Ansatz nunmehr erheblich zu Gunsten polizeilicher Interessen verschoben werden. Dies kann ohne Übertreibung als einer der **dramatischsten Eingriffe in den Grundrechtsschutz seit 1949** angesehen werden.

11.2

Die **eigene Machtvollkommenheit der Polizei** endet nach **Absatz 2** nunmehr in den im Gesetz in Absatz 2 bestimmten Fällen nach **7 Tagen** (Nr. 2 und 4 und spätestens nach **einem Monat** (Nr. 1)). Dabei wird die zulässige **Gewahrsamsdauer** nicht nur für die mit dieser Novelle



eingeführten neuen Eingriffsbefugnisse und mit Blick auf die so genannten drohende (terroristische) Gefahren nach § 8 PolG erheblich ausgeweitet, sondern im gleichen Zuge **auch für andere, bereits existierende Maßnahmen.**

Für den **Unterbindungsgewahrsam neuer Art (Nr. 1)** soll künftig die Polizei ohne vorherige richterliche Entscheidung eine Person für bis zu einen Monat in Gewahrsam nehmen dürfen. Zur **Durchsetzung von Platzverweisen** soll der Durchsetzungsgewahrsam unter den in **Nr. 2** näher aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen auf bis zu sieben Tage ausgeweitet werden dürfen. 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.). Auch die **drohende Gefahr einer gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung von Straftaten** (s.o. 2.2) soll nach **Nr. 4** zukünftig zu einem Polizeigewahrsam von bis zu 7 Tagen führen. 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.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Totalrevision bisheriger rechtsstaatlicher Begrenzungen der Gewahrsamnahme aus eigener polizeilicher Machtvollkommenheit 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.



III. Ergebnis

Im Ergebnis stellt der vorgelegte Gesetzentwurf 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 keinen angemessenen Ausgleich polizeilicher Interessen und grundrechtlich geschützter Freiheiten her, sondern betont einseitig erstere zu Lasten letzterer.

Ein nicht unwesentlicher Teil der Regelungen verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot und ist aus verfassungsrechtlicher Sicht unverhältnismäßig.

Berlin, den 5. Juni 2018

gez. Prof. Dr. Clemens Arzt