

**Verfassungsrechtliche Fragen zum 6. Änderungsgesetz zum Polizeigesetz
NRW¹**

Christoph Gusy

unter Mitwirkung von

Lilith Boos, Merle Fock, Marcus Kutscher, Julia Merdian, Jan-Peter Möhle,
K. Dick, A. Kulle, J. Blaszkowski, C. Wittrahm.

¹ Gesetz vom 18.12.2018, GV S. 741, berichtigt GV 2019, S. 23.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Das 6. Änderungsgesetz ist nach einem intensiven Beratungsprozess vom Landtag in stark modifizierter Form verabschiedet worden. Die Beratungen haben eine Reihe verfassungsrechtlicher Mängel der Entwürfe, aber nicht alle beheben können. Die Beurteilung der Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz und Art. 4 Abs. 2 der Landesverfassung fällt daher differenziert aus.

§ 12a PoIG (strategische Fahndung) ist insoweit verfassungsrechtlich zweifelhaft, als ein Richtervorbehalt fehlt, wenn von den Kontrollrechten Bewohner oder Personen mit Daueraufenthalt oder Berufstätige im Kontrollgebiet betroffen sein können, sowie im Falle der Verlängerung der Anordnung eines Kontrollgebiets. Daneben ist das Gesetz hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem EU-Recht nachbesserungsbedürftig.

§ 20c PoIG NRW (Quellen-TKÜ) enthält in seinem Text keinen ausreichenden Schutz des Kernbereichs der Privatheit. Auf der Ebene der Informationserhebung muss dieser vielmehr mit dem BVerfG grundgesetzkonform erst in seinen Text hineingelesen werden. Auf der Ebene der Informationsverwendung ist die Anwendbarkeit der notwendigen Schutzregelungen jedenfalls nicht eindeutig. Zum Schutz mitbetroffener Dritter, die nicht Adressaten der TKÜ-Maßnahmen sind, fehlen (wie im Bundesrecht und anderen Bundesländern) jegliche gesetzlichen Vorkehrungen.

§ 34b PoIG NRW (Aufenthalts- und Kontaktverbot) ist in seiner Anwendung auf „Gefährder“ wegen des Vorrangs der Gefahrenaufklärung vor der Gefahrenabwehr als Vorfeldmaßnahme nicht grundgesetzkonform.

§ 34c PoIG NRW (Elektronische Aufenthaltsüberwachung) ist gleichfalls nur verfassungsgemäß, soweit sie sich nicht gegen „Gefährder“ richtet.

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 PoIG NRW (Polizeigewahrsam) ist daher nur insoweit verfassungsgemäß, als die mit ihm durchzusetzenden Verbote und Überwachungsmaßnahmen verfassungskonform sind.

§ 38 Abs. 2 PoIG NRW (Verlängerung der Gewahrsamsdauer) ist mit dem GG teilweise nicht vereinbar,

- soweit die vom BVerfG vorgesehene Höchstfrist (14 Tage) überschritten wird (Nr. 1),
- soweit der Gewahrsam sich gegen „Gefährder“ ohne konkrete Gefahr richtet (Nr. 4).
- soweit die Höchstfrist bei Personen, denen eine elektronische „Fußfessel“ angelegt werden soll, auf 7 Tage heraufgesetzt wurde (Nr. 4),
- soweit die Höchstdauer zur Identitätsfeststellung auf 7 Tage heraufgesetzt worden ist (Nr. 5).

Inhalt

I. Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 4 PoIG NRW n.F.	6
1. Inhalt der Norm: „Terroristische Straftaten“	6
2. Vereinbarkeit des § 8 Abs. 4 PoIG NRW mit dem Grundgesetz	8
a) Bestimmtheit	9
aa) Der verfassungsrechtliche Maßstab Bestimmtheit	9
bb) Normbezogene Argumente	11
cc) Anwendungsbezogene Argumente	12
b) Zwischenergebnis	13
II. Verfassungsmäßigkeit des § 12a PoIG NRW n.F.	13
1. Inhalt der Norm: „Strategische Fahndung“	13
2. Verfassungsfragen	16
a) Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung	16
b) Verfassungsmäßigkeit der Schranke des § 12a PoIG NRW	17
aa) Kriterien der Rechtsprechung	17
bb) Übertragbarkeit auf § 12a PoIG NRW n.F.?	20
cc) Annex: Europarechtliche Vorgaben	25
c) Zwischenergebnis	26
III. Verfassungsmäßigkeit des § 20c Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 PoIG NRW	
– sog. „Quellen-TKÜ“	26
1. Inhalt der Norm: „Quellen-TKÜ“	27
a) Die Regelung und ihre Vorbilder	27
b) Technische Grundlagen und Durchführung der Quellen-TKÜ	29
2. Grundgesetzkonformität der Neuregelung	31
a) Anwendbare Grundrechte	31
b) Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe	34
c) Grundrechtsschranken und Abwägungsfragen	36
aa) Gefahr für geschützte, hinreichend gewichtige Rechtsgüter	37

bb) Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung	39
cc) Technische Defizite und drohende Rundumüberwachung	42
dd) Die verfahrensrechtlichen Anforderungen des GG	42
ee) Fehlender Schutz Unbeteiligter	42
ff) Berücksichtigung besonderer Vertrauensverhältnisse	43
b) Zwischenergebnis	43

IV. Verfassungsmäßigkeit der §§ 34b, c PolG NRW (aufenthaltsbezogene Maßnahmen)

1. § 34b PolG NRW: „Aufenthaltsvorgaben“	44
a) Inhalt des § 34b PolG NRW	44
b) Verfassungsrechtliche Maßstäbe	48
aa) Maßgebliches Grundrecht: Art. 11 GG	
bb) Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit des § 34b PolG NRW	50
c) Zwischenergebnis	55
2. § 34c PolG NRW: „elektronische Aufenthaltsüberwachung“ („Fußfessel“)	55
a) Inhalt, Gesetzgebungsverfahren und Parallelnormen	55
b) Verfassungsrechtliche Beurteilung	57
aa) Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	57
bb) Eingriff in Art. 11, 2 Abs. 1 GG (Fortbewegungsfreiheit)	59
b) Zwischenergebnis	61

V. Verfassungsmäßigkeit einzelner Alternativen des § 38 Abs. 2 PolG NRW

1. Zur Vereinbarkeit von § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW mit dem Grundgesetz	62
a) Inhalt der Nr. 1: Gewahrsamsdauer von 2x14 Tagen	62
b) Verfassungsrechtliche Beurteilung	64
aa) Verfassungsgerichtliche Leitentscheidungen	64
bb) Zur Vereinbarkeit des § 38 Abs. 2 Nr. 1 mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG	65
cc) Verhältnismäßigkeit der Norm?	66
dd) Annex: Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK?	69
ee) Zwischenergebnis	71
c) Zwischenergebnis	72
2. Zur Vereinbarkeit von § 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW mit dem Grundgesetz	72

a) Inhalt der Nr. 4: Gewahrsamsdauer gegen „Gefährder“ von 7 Tagen	73
b) Verfassungsrechtliche Beurteilung	73
aa) Siebentägiger Gewahrsam zur Durchsetzung von Kontaktverboten und Aufenthaltsvorgaben (§ 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 6 1. Alt. PolG NRW i.V.m. § 34b PolG NRW)	73
bb) Siebentägiger Gewahrsam zur Durchsetzung von elektronischer Aufenthaltsüberwachung (§ 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 6 2. Alt. PolG NRW i.V.m. § 34c PolG NRW)	76
c) Zwischenergebnis	76
3. Zur Verfassungsmäßigkeit von § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW	77
a) Inhalt der Nr. 5: Gewahrsamsdauer von bis zu 7 Tagen zur Identitätsfeststellung	77
b) Verfassungsrechtliche Beurteilung	78
c) Zwischenergebnis	83
4. Ergebnis zu V.	83
VI. Gesamtergebnis	84

I. Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 4 PolG NRW n.F.

1. Inhalt der Norm: „Terroristische Straftaten“

§ 8 Abs. 4 PolG NRW definiert den Begriff der „terroristischen Straftat“. Er zeichnet sich aus durch eine Kombination objektiver und subjektiver Merkmale. Dazu zählen objektiv

- ein objektiver Tatbestand, also ein Delikt der in § 8 Abs. 4 PolG NRW genannte Tatbestände,
- die Eignung der Begehung oder Auswirkung der einzelnen Tat dazu, einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich zu schädigen, und subjektiv
- die Bestimmung der Tat oder ihrer Begehung dazu, die Bevölkerung in erheblicher Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen.

Die Bestimmung ist ersichtlich der vergleichbaren Norm des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BKAG nachgebildet. Die Unterschiede sind geringfügig: Das Bundespolizeirecht ist nicht auf jede Form des Terrorismus anwendbar, sondern bezieht sich allein auf den „internationalen Terrorismus“. Hierzu verweist das BKAG auf § 129a Abs. 1, 2 StGB, der nahezu dieselben Delikte aufzählt wie § 8 Abs. 4 PolG NRW.² Daneben enthält das PolG NRW nahezu wortgleich dieselben subjektiven und objektiven Qualifikationsmerkmale der Tat und ihrer Begehung wie § 8 Abs. 4 PolG NRW.³

Eine fast wortgleiche Regelung findet sich auch in § 2 Nr. 15 des Niedersächsischen Polizei- und Ordnungsgesetzes (NPOG). In der niedersächsischen Fassung fehlen im Vergleich mit § 8 Absatz 4 PolG NRW folgende Straftaten: §§ 227 (Körperverletzung

² Im Bundesrecht fehlen §§ 227 (Körperverletzung mit Todesfolge), 328 Absätze 1, 2 (Unerl. Umgang mit radioaktiven Stoffen), 330 Absätze 1, 2 (Umweltstraftat) StGB.

³ Hintergrund dürfte ihre Orientierung an Artikel 1 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI) sein, der die Definition einer „terroristischen Straftat“ vornimmt.

mit Todesfolge), § 328 Abs. 1, 2 (Unerlaubter Umgang mit radioaktiven Stoffen), 330 Abs. 1, 2 (Umweltstraftat) StGB.

In NRW tritt die neue Regelung neben die bereits eingeführte des § 8 Abs. 3 PolG NRW. Die dort genannten „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ weisen Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede zu den „terroristischen Straftaten“ auf. Das gilt zunächst im Hinblick auf die erfassten Tatbestände. § 8 Absatz 3 PolG NRW nennt neben Verbrechen iSd § 12 Absatz 1 StGB die in § 138 StGB genannten Vergehen, Vergehen nach § 129 StGB sowie gewerbs- oder bandenmäßig begangene gesondert gelistete Vergehen. Im Vergleich mit § 8 Absatz 4 PolG NRW fällt ein hohes Maß an Überschneidung auf. Hinsichtlich der nach dem StGB bestraften Taten sind die allermeisten von § 8 Absatz 4 PolG NRW genannten StGB-Straftaten auch von § 8 Absatz 3 PolG NRW umfasst (ohne die zusätzlichen tatbestandlichen Einschränkung in § 8 Absatz 4). Dies liegt an der Anknüpfung des Absatzes 3 an sämtliche Verbrechen iSd § 12 StGB und an zahlreiche Vergehen nach §§ 129, 138 StGB. Sie überschneiden in vielen Fällen mit denjenigen des Absatzes 4. In einzelnen Fällen geht § 8 Abs. 4 sogar noch über Abs. 3 hinaus. Dazu zählen folgende Straftaten: §§ 303b (Computersabotage), 305 (Zerstörung v. Bauwerken), 305a (Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel), 315 Absätze 1, 4 (Gefährl. Eingriffe in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr), 316b Absätze 1, 3 (Störung öffentl. Betriebe), 317 Absatz 1 (Störung v. TK-Anlagen), 328 Absätze 1, 2 (Unerl. Umgang mit radioaktiven Stoffen), 330 Absatz 1 (Umweltstraftat), 330a Absätze 1, 3 2. Alt StGB (Schwere Gefährdung durch Freisetzung von Giften) StGB.

Nicht jede Straftat von erheblicher Bedeutung ist also zugleich eine terroristische Straftat – und umgekehrt. Und nicht jede der terroristischen Straftaten ist schwerwiegender als die Taten von erheblicher Bedeutung. Die Unterschiede zwischen beiden liegen im wesentlichen-

- in den geschützten Rechtsgütern: Straftaten von erheblicher Bedeutung sollen überwiegend individuelle bzw. „private“ Rechtsgüter schützen. Dagegen enthält § 8 Abs. 4 PolG NRW Rechtsgüter, bei denen (neben einzelnen individualschützenden Gesichtspunkten) namentlich der öffentliche Friede, das allgemeine Gefühl der Rechtssicherheit und der Funktionsfähigkeit von Staat und Recht in Situationen besonderer Herausforderungen im Vordergrund stehen.

- in den genannten objektiven (Schädigungseignung) und

- in den genannten subjektiven Begehungsbedingungen (Nötigungs-, Beeinträchtigungseignung).

Die rechtliche Relevanz der „terroristischen Straftaten“ im PolG NRW zeigt sich nicht allein in der unterschiedlichen Definition der beiden Deliktsarten. Maßgeblich ist insbesondere auch die Anknüpfung der sonstigen Normen des PolG NRW an sie, also ihre Verwendung als Tatbestand in Aufgaben- oder Befugnisregelungen, welche an terroristischen Straftaten besondere Rechtsfolgen knüpfen. Dies ist (bislang) nur in Einzelfällen der Fall:

- bei Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverboten (§ 34 b Abs. 1 Nr. 1, 2 PolG NRW)
- bei der Zulassung elektronischer Aufenthaltsvorgaben (§ 34c Abs. 1 Nr. 1, 2 PolG NRW),
- bei der Zulassung des Gewahrsams nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG NRW, welcher die beiden genannten Normen des § 34b, c PolG NRW in Bezug nimmt;
- bei der Dauer des Gewahrsams nach § 35 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW, welcher seinerseits auf § 35 Abs. 1 Nr. 6 verweist.

Gemeinsam ist diesen Bestimmungen, dass sie fast stets auf „terroristische Straftaten“ verweisen, nur § 35 Abs. 1 PolG NRW nimmt daneben auch auf die Straftaten von erheblicher Bedeutung Bezug. Insgesamt lässt sich also festhalten: *Die Begriffsbildungen des § 8 Abs. 3 und 4 PolG NRW weisen einige Überschneidungen auf. Die an sie anknüpfenden Rechtsfolgen sind jedoch weitgehend verschieden.*

Hier sollen nicht die Rechtsfolgen i.E. betrachtet werden, die geschieht im den folgenden Kapiteln dieses Gutachtens. Hier soll allein die Verknüpfung der terroristischen Straftaten mit besonderen Rechtsfolgen betrachtet werden: *Ist § 8 Abs. 4 PolG NRW eine verfassungsgemäße tatbestandliche Grundlage für die genannten besonderen Rechtsfolgen?*

2. Vereinbarkeit des § 8 Abs. 4 PolG NRW mit dem Grundgesetz

Grundsätzlich gilt: Das Polizeirecht dient der Abwehr von Gefahren für rechtlich geschützte Güter. Zu diesen zählen namentlich die Rechtsgüter des StGB und sonstiger verfassungsgemäßer Normen des Öffentlichen Rechts.⁴ Zu diesen zählen

⁴ Gusy, BeckOK PolG NRW § 1 Rn 57 ff, 71 ff (umfass. Nachw.). (Abrufdatum aller BeckOK: 30.9.2019)

auch die in § 8 Abs. 4 PolG NRW genannten Vorschriften, deren grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit bislang nicht in Frage gestellt wurde. Das Polizeirecht bezweckt deren präventiven Schutz, also die Abwehr von Gefahren für sie. Soweit es darum geht, ist das Land zur Gesetzgebung zuständig, sofern nicht im Einzelfall Bundesrecht vorgeht. Dies ist hier gleichfalls nicht erkennbar: Zwar enthält auch das BKAG vergleichbare Regelungen. Doch beziehen sich diese auf diejenigen Gefahren, welche das BKAG abzuwehren berechtigt ist. Daneben und subsidiär bleiben auch die Landesbehörden für den Schutz der genannten Rechtsgüter zuständig (z.B. für terroristische Erscheinungsformen, die nicht international oder grenzüberschreitend sind), so dass hier der *Landesgesetzgeber (auch) zuständig* ist.

Verfassungsrechtliche Fragen können daher am ehesten solche der Ausgestaltung des Gesetzes sein. Sie können sich beziehen auf:

- die hinreichende Bestimmtheit der Normen (dazu a);
- die Verhältnismäßigkeit der Normen, insbesondere die Aufnahme einzelner Straftaten in den Katalog, welche in Verbindung mit den zugelassenen Rechtsfolgen im Einzelfall zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen führen kann (dazu b).

a) Bestimmtheit

aa) Der verfassungsrechtliche Maßstab

Das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes ist nicht in allen Fällen gleich, sondern flexibel zu fassen: Je schwerwiegender ein Grundrechtseingriff, desto bestimmter muss die Rechtsgrundlage ausgestaltet sein.⁵ Dies führt etwa dazu, dass im Polizeirecht unterschiedliche Eingriffsnormen unterschiedlich gefasste Gefahrtatbestände voraussetzen, welche je nach Schwere der jeweiligen Rechtsfolge differenzierte Tatbestandsanforderungen enthalten müssen. Das damit erfasste Differenzierungsgebot kann an unterschiedliche Voraussetzungen anknüpfen: Dazu können insbesondere der Rang der geschützten Rechtsgüter in der Rechtsordnung insgesamt oder aber die besondere Nähe bzw. Wahrscheinlichkeit ihrer Schädigung zählen.⁶ Die „terroristischen Straftaten“ zählen hier zur ersten Gruppe. Dabei muss die Einräumung dieser Befugnisse in allen Fällen nach dem Grundsatz der

⁵ BVerfGE 86, 288, 311; 93, 23, 238; 109, 133, 188; 110, 33, 55.

⁶ BeckOK PolG NRW/Gusy § 1 Rn 152 (Nachw.).

Verhältnismäßigkeit einem legitimen Ziel dienen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.⁷ In diesem Kontext hängen das Bestimmtheitsgebot und das Übermaßverbot inhaltlich zusammen.

Hinsichtlich der Konkretisierung dieser Anforderungen neigt das BVerfG gleichfalls zu einer differenzierenden Betrachtung: Der Begriff des (internationalen) Terrorismus ist dabei durch die Aufgabenbeschreibung des § 4a I BKAG und dessen Verweis auf § 129a I, 2 StGB in enger Anlehnung an den EU-Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002 und die internationale Begrifflichkeit definiert und auf spezifisch charakterisierte Straftaten von besonderem Gewicht begrenzt. Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus in diesem Sinne zielen auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens und umfassen hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben beliebiger Dritter. Sie richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes.⁸ Das Konzept des BVerfG von terroristischen Straftaten kombiniert vier Elemente: Danach werden sie *„oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt.“*⁹

§ 8 Abs. 4 PolG NRW ist daher auf den Schutz von besonders gewichtigen Rechtsgütern vor besonders bedrohlichen Angriffen begrenzt.¹⁰ Bei sachgerechtem Verständnis dieser Verweisung ergibt sich hieraus zugleich, dass die Daten allein zur Verhinderung der qualifizierten Straftaten und damit zum Schutz nur von solchen hochrangigen Rechtsgütern genutzt werden dürfen.¹¹ Fast alle genannten Straftaten betreffen Delikte, die unmittelbar gegen Leib und Leben gerichtet sind oder – etwa als gemeingefährliche Delikte – ihren Unrechtsgehalt maßgeblich aus solchen Gefahren beziehen beziehungsweise Sachen von bedeutendem Wert betreffen, deren Erhaltung als wesentliche Infrastrukturen im öffentlichen Interesse geboten ist. Soweit dies hinsichtlich einzelner Delikte nicht zwangsläufig der Fall ist, ist zu berücksichtigen, dass die Verhinderung solcher Straftaten nur dann besondere polizeiliche Befugnisse

⁷ BVerfGE 141, 220, Rn 93; 124, 260, 316; 120, 274, 318 f; 104, 337, 347 ff; 70, 278, 286; 67, 157, 173.

⁸ BVerfGE 141, 220, Rn 96.

⁹ Ebd., Rn 112.

¹⁰ Ebd., Rn 131 ff.

¹¹ Ebd., Rn 296.

begründet, wenn diese eine gesetzlich näher bestimmte terroristische Dimension haben.¹²

Aufgrund dessen schätzt das BVerfG jedenfalls § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG iVm § 129a StGB mit dem tatbestandlichen Zusatz in § 4a I 2 BKAG, der § 8 Absatz 4 PolG NRW entspricht, als sachgerecht ein. Aufgrund der Tatsache, dass sich beide Normen ähneln, können die Erwägungen des BVerfG insoweit übertragen werden.

bb) Normbezogene Gesichtspunkte

Unter Hinweis auf diese Rechtsprechung wird die „terroristische Gefahr“ als hinreichend bestimmt eingestuft. Sie füge sich in die allgemeine Entwicklung des polizeilichen Schutzguts der öffentlichen Sicherheit ein, das auch auf den Schutz der Unversehrtheit der Rechtsordnung gerichtet sei. Die Verweisung von Befugnisnormen auf bestimmte Straftaten sei daher sachgerecht. „Polizeiliche Eingriffsbefugnisse dürfen von daher auf die Verhütung bestimmter Straftaten jedenfalls dann abzielen, wenn sie dem Schutz derjenigen Rechtsgüter dienen, die das BVerfG als für die Rechtfertigung tiefgreifender Ermittlungseingriffe im terroristischen Kontext maßgeblich ansieht“.¹³ Dafür spreche auch die abschließende Aufzählung der betreffenden Straftaten im Gesetzestext.¹⁴

Gleichfalls unter Hinweis auf jene Rechtsprechung wird die Bestimmtheit in Frage gestellt. Ausgangspunkt ist der Unterschied zwischen präventivem und repressivem polizeilichem Handeln. Während das Strafrecht der Beurteilung abgeschlossener Sachverhalte zu dienen bestimmt sei, sei der Sachverhalt im Polizeirecht grundsätzlich noch nicht abgeschlossen: Im Moment der Gefahr stehe der Schaden erst noch bevor. Der Charakter der Gefahrenabwehr als Rechtsgüterschutz erfordere die Beachtung der zu schützenden Rechtsgüter sowie der Intensität ihrer Gefährdung bei der Normierung von Grundrechtseingriffen. Bei tatsächlichen Anhaltspunkten im Hinblick auf geplante Straftaten seien regelmäßig zunächst konkrete Pläne im Hinblick auf einzelne Straftaten, kaum je ex ante schon dahinter stehende Absichten oder Ziele

¹² Ebd., Rn 300.

¹³ Unter Verweis auf das BKAG-Urteil: Graulich, § 5 BKAG, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage, 2019, Rn. 12); Möstl, Deutscher Bundestag, Innenausschuss, Ausschuss-Drs. 18(4)806 B, S. 4 f. Zur „terroristischen Gefahr“ in § 58a AufenthG Bauer/Dollinger, Kommentierung des § 58a AufenthG, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Auflage 2018, Rn. 21ff.

¹⁴ Thiel, Anhörung zum Gesetzentwurf, Innenausschuss des LT NRW, Ausschuss-Drs. 17/944, S. 4 (zitiert: Autor, Anhörung, InnenA-Drs. Nr.); Klein, Anhörung, Drs. 17/926, S. 2.

erkennbar. Die Unterlegung solcher Ziele sei im Vorbereitungsstadium allein hypothetisch und könne daher kaum je erkannt, sondern eher nur unterstellt werden. Eine solche Unterstellung sei aber zur Steuerung des polizeilichen Verhaltens unzulänglich.¹⁵ So geht durch den Verweis auf Normen des Strafrechts der Zusammenhang zwischen Grundrechtseingriff und Rechtsgüterschutz verloren.¹⁶ Vorzugswürdig sei ein schutzgutsbezogener, kein strafrechtsakzessorischer Ansatz,¹⁷ zumal sich Verletzungen von Rechtsgütern nicht in strafbaren Handlungen erschöpfen.¹⁸ So gewichtig diese Kritik sein mag: *Angesichts der genannten Grundsätze des BVerfG reicht sie für die Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 4 PolG NRW nicht aus.* Denn eine vergleichbare Norm ist dort grundsätzlich bereits für grundgesetzkonform erklärt worden. Dass es bessere Formulierungsmöglichkeiten oder rechtliche Steuerungsansätze polizeilichen Handelns geben mag, reicht für die Annahme eines Verfassungsverstoßes allein nicht aus.

cc) Anwendungsbezogene Argumente

Eine von der allgemeinen Bestimmtheitsfrage unabhängige Problematik ist demgegenüber, ob aus dem umfangreichen Straftatbestand des § 8 Abs. 4 PolG NRW einzelne Vorschriften oder Begehungsformen zu geringfügig seien, um wirklich terroristische Straftaten darstellen zu können. Dies wird etwa diskutiert

- für § 317 Abs. 2 StGB: Danach ist etwa die versuchte Zerstörung eines Telefonverteilerkastens nach § 317 Absatz 1 StGB, die zu den Katalogtaten des § 8 Absatz 4 PolG NRW gehört, ein Beispiel dafür, dass der Katalog zu ausufernd gefasst ist.¹⁹

- für § 305a StGB: Danach ist das Ablassen der Luft aus dem Reifen eines Einsatzfahrzeugs der Polizei nach § 305a StGB ein ungeeignetes Beispiel einer „terroristischen Straftat“.²⁰

Solche Kritik ist gewiss berechtigt. Sie ist allerdings allein nicht geeignet, die Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 4 PolG NRW in Frage zu stellen. In solchen

¹⁵ Seit Gusy, Strafverteidiger 1992, 464, 466.

¹⁶ ThürVerfGH, Az. 19/09, S. 41f.

¹⁷ Arzt, Anhörung, Drs. 17/936, S. 6.

¹⁸ Löffelmann, Anhörung, Drs. 17/641, S. 3.

¹⁹ Arzt, Anhörung, Drs. 17/936, S. 5. Bei Beurteilung des Verhältnisses von Schwere der Tat zum betroffenen Grundrecht sowie der Eingriffsintensität muss danach eine weitere Qualifizierung im Gesetzeswortlaut Berücksichtigung finden. (ebd., S. 4).

²⁰ Stellungnahme digitalcourage, Anhörung, Drs. 17/947, S. 8. Gegenansicht: Thiel, der sogar eine Erweiterung des Straftatenkatalogs vorschlägt (Anhörung, Drs. 17/944, S. 4).

Einzelfällen würde sich dann die Frage nach der Verfassungswidrigkeit der Norm oder aber der Notwendigkeit und Möglichkeit ihrer verfassungskonformen Auslegung stellen. Die Möglichkeit einer verfassungswidrigen Gesetzesanwendung im Einzelfall ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls nicht per se geeignet, die Verfassungsmäßigkeit der angewandten Norm in Frage zu stellen.²¹

b) Zwischenergebnis

Verfassungsrechtliche Mängel des § 8 Abs. 4 PolG NRW bestehen vor dem Hintergrund der einschlägigen jüngeren Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der Konzeption der Norm nicht. Sie können eher entstehen hinsichtlich einzelner Fallkonstellation bei ihrer Auslegung und Anwendung. Sie führt nicht zur Grundgesetzwidrigkeit der Norm insgesamt. Eher begründet sie die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung in einschlägigen Fällen. Eine solche ist im Polizeirecht möglich.

II. Verfassungsmäßigkeit des § 12a PolG NRW n.F.

Die „strategische Fahndung“ verknüpft zwei Voraussetzungen miteinander:

- die *Zulassung bestimmter Kontrollmaßnahmen* gegenüber angetroffenen Personen ohne Rücksicht auf eine individuelle Gefahrdiagnose (Abs. 1) und
- die *Festlegung bestimmter Gebiete*, in welchen diese Kontrollen zulässig sein sollen (Abs. 1 S. 4, Abs. 2).

Es handelt sich also um eine Maßnahme der Gefahraufklärung in bestimmten Gebieten. Tatbestandliche Voraussetzung sind die nach Abs. 2 festzulegenden sog. „Gefahrengebiete“. Sie, insbesondere die Voraussetzungen ihrer Festlegung und ihrer rein internen Festlegung, stehen im Zentrum der Verfassungsfragen.

1. Inhalt der Norm: „Strategische Fahndung“

²¹ BVerfGE 63, 45, 64; 47, 85, 97; 30,1, 27.

Der neue § 12a beschreibt die sog. „strategische Fahndung“(-sbefugnis) der Polizei zur „erfolgreichen Terrorbekämpfung“.²² Abs. 2 S. 2 setzt voraus, dass für die Festlegung eines Gefahrengebietes eine abstrakte Gefahr hinsichtlich der Begehung von Straftaten nach Abs. 1 S. 1 vorliegen muss. Die Gefahrenlage wird durch die Polizei festgestellt. Ein festzusetzendes „Gefahrengebiet“ kann für eine Dauer von 28 Tagen angeordnet werden, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass in diesem Gebiet schwerwiegende Straftaten begangen werden sollen, die es zu verhüten gilt. Diese Anordnung kann um jeweils 28 Tage verlängert werden, solange die Ausgangsvoraussetzungen weiterhin vorliegen. Ausdrücklich weist die Norm auf die Verhältnismäßigkeit hin. Die Anordnung erfolgt durch den Behördenleiter bzw. seiner Vertretung, respektive durch das Landesamt für Zentrale Polizeiliche Dienste, soweit das Gefahrengebiet mehrere Behörden umfasst. Eine richterliche Mitwirkung ist nicht vorgesehen. Einzelne Maßnahmen (Identitätsfeststellung und Inaugenscheinnahme) erfolgen ereignisunabhängig sowie verdachtsunabhängig. Daneben ist die Durchsuchung von Personen sowie ihrer Sachen und Fahrzeuge gem. §§ 39 f. zulässig. Wenn sich unter den Voraussetzungen ein konkreter Gefahrenverdacht begründet, sind auch weitere Maßnahmen des PolG (z.B. Platzverweis § 34 Abs. 1, Aufenthaltsverbot § 34 Abs. 2) anwendbar.

Vergleichbare, aber nicht identische Vorschriften für eine strategische Fahndung gibt es allein in Hamburg (§ 4 Abs. 2 - 4 HmbPolDVG a.F.).²³ Die Norm ermächtigte - wie in NRW - zur Identitätsfeststellung, Inaugenscheinnahme und Durchsuchung mitgeführter Sachen zum Zwecke der präventiven Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung. Voraussetzung war auch hier eine abstrakte Gefahr innerhalb eines selbst festgelegten Gebietes. Die Festlegung erfolgte dort auf Grundlage einer sog. „Lageerkenntnisse“ der Behörde. Eine zeitliche Begrenzung des Gefahrengebietes gab es in Hamburg nicht, sodass es auch dauerhaft, teilweise über mehrere Jahre, festgelegt werden konnte. Nachdem das OVG HH²⁴ diese Ermächtigung für partiell verfassungswidrig erklärt hatte, wurde die Befugnisnorm neu gefasst. Sie beinhaltet nunmehr allein Maßnahmen zur Identitätsfeststellung von

²² Begründung Gesetzentwurf, LT-Drs. 17/2351, 2. Dazu u.a. *Gusy*, Anhörung, Drs. 17/630, 5 f.; *Arzt*, Anhörung, Drs. 17/652, S. 10 f.; *Ennuschat*, Anhörung, Drs. 17/657, S. 4 f.; *Gazeas*, Anhörung, Drs. 17/945, S. 11 f.; *Klein*, Anhörung, Drs. 17/644, S. 4 f.; *Schwarz*, Anhörung, Drs. 17/632, S. 7; *von Coelln*, Anhörung, Drs. 17/663, S. 2; *Löffelmann*, Anhörung, Drs. 17/641, S. 4; *Thiel*, Anhörung, Drs. 17/651, S. 3.

²³ Gesetz der Datenverarbeitung der Polizei, Hamburg (HmbPolDVG).

²⁴ OVG Hamburg, NVwZ 2015, 695 ff.

Personen und zur Durchsuchung ihrer mitgeführten Sachen im Zusammenhang mit § 42 Waffengesetz.

Annäherungsweise vergleichbar ist die sog. „*Schleierfahndung*“ nach § 111 StrPrO²⁵ sowie §§ 23 Abs. 1 Nr. 3; Abs. 3, 4 BPolG und in einigen Ländern.²⁶ Sie erlaubt der Polizei zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten in Bezug auf die kontrollierten Personen und Gegenstände verdachts- sowie ereignisunabhängige Kontrollmaßnahmen im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km durchzuführen.²⁷ Hingegen müssen bestimmte Tatsachen den Verdacht einer Katalogtat des § 111 Abs. 1 S. 1 StPO begründen, sodass bloße Vermutungen nicht ausreichen.²⁸ Die Kontrollen umfassen die serienmäßige Identitätsfeststellung von Personen, die Inaugenscheinnahme ihrer Fahrzeuge und ggf. die Durchsuchung ihrer mitgeführten Sachen.²⁹ Die Gefahr von grenzüberschreitender Kriminalität bzw. von erheblichen Straftaten muss sich noch nicht konkretisiert haben.³⁰ Folglich darf nach dieser Vorschrift „jedermann jederzeit“³¹ angehalten und überprüft werden – sie stellt eine sog. „Ortsfahndung“ dar.³² Zusätzlich enthält § 111 Abs. 2 1. HS StPO einen Richtervorbehalt, wobei – soweit möglich und sinnvoll – Zeitpunkt, Ort und Dauer der Kontrolle bestimmt werden sollen³³. Dies kann jedoch auch der Polizei überlassen werden.³⁴

Davon unterscheidet sich die sog. „*Schleppnetzfahndung*“ nach § 163d StPO durch ihre besondere Voraussetzungen, da im Einzelfall ein qualifizierter Anfangsverdacht³⁵ („Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht“) hinsichtlich der in § 111 oder § 100a

²⁵ Vgl. Gusy, Polizei und Ordnungsrecht, 10. A., 2017, Rn. 205.

²⁶ S. etwa Art. 13 Abs. 1 Nr. 5, Art. 21 Abs. 1 Nr. 4, Art. 22 Abs. 1 Nr. 4 BayPAG; § 26 Abs. 1 Nr. 6 PolG BW; §§ 14 Abs. 1 Nr. 5, 24 Abs. 1 Nr. 4 ThürPAG; § 27a SOG M-V; § 11 Abs. 3BbgPolG; § 19 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m§ 24 Nr. 7 SächsPolG

²⁷ Vgl. Michl, DÖV 2018, 52; Groh, NVwZ 2016, 1678; Trennt, DÖV 2012, 216.

²⁸ Dölling/Duttge/König/Rössner-Hartmann, Gesamtes Strafrecht, 4. Auflage 2017, § 111 StPO Rn. 3 mit Verweis auf § 100a StPO Rn. 7.

²⁹ Vgl. Münchener Kommentar zur StPO (zitiert: MüKo/StPO)/Günther, 1. Aufl. 2014, StPO § 111 Rn. 1; Achenbach, JA 1981, 660; Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10 A., 2017, Rn. 205.

³⁰ Vgl. Lisken/Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, 6. A., 2018 (zit.: Lisken/Denninger/Autor), Teil E Rn. 343.

³¹ von Coelln/Pernice-Warnke/Pützer/Reisch, NWVBl 2019, 89, 91.

³² Vgl. Lisken/Denninger/Graulich, Teil E Rn. 343; Michl, DÖV 2018, 51, 51.

³³ BGHSt 35, 363.

³⁴ Bruns, Karlsruher Kommentar zur StPO (zit.:KK/StPO), 8. Aufl. 2019, § 111 Rn. 11b; Löwe/Rosenberg/Hauck, Kommentar zur StPO, 2012, § 111 Rn. 20; a.A. Wolter, Systematischer Kommentar zur StPO, 5. Auflage 2016, § 111 Rn. 14, Sangenstedt, StV 1985, 117, 125.

³⁵ KK-StPO/Moldenhauer, § 163d Rn. 9.

Abs. 2 Nr. 6 – 9 und 11 bezeichneten Straftaten vorliegen muss. Grds. ist eine richterliche Anordnung nach § 163d Abs. 2 S. 1 StPO nötig, wobei die Personen, deren Daten gespeichert werden sollen, nach bestimmten Merkmalen oder Eigenschaften so genau bezeichnet werden müssen, wie dies nach der zur Zeit der Anordnung vorhandenen Kenntnis möglich ist, § 163d Abs. 3 S. 2 StPO. Zudem ist insbesondere auch die Dauer der Maßnahme festzulegen (§ 163d Abs. 3 S. 3 StPO), die Anordnung räumlich zu begrenzen und auf höchstens drei Monate zu befristen (§ 163d Abs. 3 S. 4 StPO). Die Speicherung und der Abgleich der Daten geschehen zum Zwecke der Strafverfolgung und werden auch ausschließlich in dieser Hinsicht genutzt.

2. Verfassungsfragen

Die verfassungsrechtliche Beurteilung des § 12a PolG NRW n.F. hat die Eigenheit der Maßnahme als Gefahraufklärungseingriff zugrunde zu legen. Im Vordergrund stehen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, die Bestimmtheit und die Verhältnismäßigkeit der Befugnisnorm.

a) Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG ist eine „Ausprägung“ bzw. „Ausformung“ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³⁶ Grundgedanke ist, dass jede Person selbstständig die Entscheidung darüber treffen darf, wem gegenüber seine personenbezogenen Daten bzw. Lebenssachverhalte offengelegt werden sollen. Unerheblich dabei ist, ob die persönlichen Daten als sensibel oder öffentlich zugänglich eingestuft werden – sie werden gleichwertig geschützt.³⁷ Sowohl die Informationen darüber, zu welcher Zeit sich der Einzelne an welchem Ort aufhält, als auch die Besichtigung der mitgeführten Sachen und Fahrzeuge unterfällt dem Schutzbereich dieses Grundrechts.³⁸ Dieser ist im Kontext des § 12a einschlägig, da es sich bei den festgestellten Informationen um personenbezogene Daten handelt. Die Pflicht der Bürger, über personenbezogene

³⁶ BVerfG, NJW 2012, 1419, 1422; 2007, 753, 754; 2464, 2465.

³⁷ BVerfG, NJW 2007, 2464, 2466; 2008, 2099, 2100.

³⁸ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 696.

Maßnahmen Auskunft zu erteilen und entsprechende Maßnahmen der Polizei zu dulden, stellt grds. einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG dar. Er ist zulässig allein aufgrund einer grundgesetzkonformen Befugnisnorm.

b) Verfassungsmäßigkeit der Schranke des § 12a PolG NRW

Grds. muss jeder Bürger Eingriffe in sein informationelles Selbstbestimmungsrecht dulden, solange eine Rechtfertigung wegen überwiegender Allgemeininteressen besteht. Die das Grundrecht einschränkende Norm muss dafür dem *Bestimmtheitsgebot* und dem *Verhältnismäßigkeitsgebot* entsprechen.³⁹

aa) Kriterien der Rechtsprechung

§ 12a ist hinreichend bestimmt, wenn Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs im Gesetz hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar dargestellt werden und damit ein zureichender polizeilicher Handlungs- sowie ein gerichtlicher Kontrollmaßstab ermöglicht wird.⁴⁰ Dem Bürger soll gewährleistet sei, dass er sein Verhalten dem geltendem Recht anpassen kann, so dass er nicht in die Situation gerät, grundlose polizeiliche Maßnahmen dulden zu müssen. An die Bestimmtheit von Normen sind zusätzlich umso höhere Anforderungen zu stellen, wenn sie nicht repressiv zur Aufklärung von Straftaten beitragen sollen, sondern Vorfeldmaßnahmen geregelt werden, die keine Gefahrensituationen im Einzelfall voraussetzen. Dies resultiert aus der Tatsache, dass in diesem Fall noch nicht geklärt ist, ob das Geschehen von strafrechtlicher Relevanz ist: Die strategische Fahndung hat zudem eine „überschießende Tendenz“, sich im Großteil der Fälle auf nicht relevante Personen zu beziehen. Folglich muss die Norm mit präventiven Regelungen strengere Kriterien erfüllen, um Fehlprognosen und somit Eingriffe ohne Gefahrenlage rechtfertigen zu können.

Die *Festlegung des Gefahrengebietes* ist die zentrale tatbestandliche Voraussetzung für die Zulassung von Kontrollmaßnahmen. Die Anforderungen hieran hat das BVerfG

³⁹ BVerfG, NJW 1984, 419, 422.

⁴⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2005, 2603, 2607; 2004, 2213, 2215; 2000, 55.

bislang nicht formuliert. Maßgeblich ist hierfür das grundlegende Urteil des HHOVG vom 13.05.2015.⁴¹ Danach sind an die Festlegung des Gefahrgebietes hohe rechtliche Anforderungen zu stellen. Die inhaltliche Bestimmtheit und Klarheit müsse anhand eines strengen Maßstabes überprüft werden können.⁴² Dies ergibt sich aus der Vorfeldsituation, an welche die Befugnisnorm anknüpft. Grundsätzlich setzen Gefahrenabwehr und Verfolgung begangener Straftaten im Einzelfall konkrete tatsächliche Anhaltspunkte voraus. Eine solche ist bei den Gefahrgebieten nicht Voraussetzung, da sie gerade erst die Suche nach konkreten Tatsachen im Einzelfall ermöglichen. Im gesamten Gebiet besteht allein eine abstrakte Gefahr: Eine solche ermächtigt aber für sich nicht zu Grundrechtseingriffen im Einzelfall, sondern regelmäßig zu weiterer Rechtssetzung, welche die Voraussetzungen für einzelfallbezogene Kontrollbefugnisse erst konkretisieren. Denn abstrakte Gefahren sind danach im Einzelfall „schwer fassbar“ und „unterschiedlich deutbar“, so dass die Anhaltspunkte für den Eingriff meist als „relativ diffus“ einzustufen seien.⁴³ Auch aus diesem Grund muss die Eingriffsschwelle eine andere – höhere – sein, um auch Fehlprognosen bzw. Eingriffe bei Vorliegen einer sog. „Anscheinsgefahr“ verfassungsrechtlich rechtfertigen zu können.

§ 4 HHPoIDVG a.F. stellte danach keine zulässige Schranke des informellen Selbstbestimmungsrechts dar, da der Tatbestand („... soweit aufgrund von konkreten Lageerkennnissen anzunehmen ist, dass in diesem Gebiet Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden und die Maßnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung der Straftaten erforderlich ist“) weder hinreichend bestimmt war noch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügte.⁴⁴ Ihm fehle es an „handlungsbegrenzenden Tatbestandselementen“, welche einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit schafften.⁴⁵ Anstatt konkreter Anhaltspunkte würden Einschätzungen und Bewertungen der Behörde herangezogen, welche die Maßnahme rechtfertigen sollen. Solche „Lageerkennnisse“ würden sich auf (Be)Wertungen beziehen, welche nicht mit Tatsachen gleichgesetzt werden könnten. Somit werde schon auf der Normebene keine Eingriffsschwelle formuliert, welche die polizeilichen Befugnisse beschränken könne. Stattdessen würden die näheren Voraussetzungen für das

⁴¹ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695 ff.

⁴² Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 697.

⁴³ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 697.

⁴⁴ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 697.

⁴⁵ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 697.

Eingreifen der Polizei von ihr selbst festgelegt und auch eine nachträgliche Rechtskontrolle auf Grund fehlender konkreter Tatsachen für die Gerichte so gut wie unmöglich.⁴⁶

Des Weiteren stellte in Hamburg auch die *fehlende zeitliche Begrenzung* der Aufrechterhaltung des Gefahrengebietes ein Bestimmtheitsdefizit des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG a.F. dar. Es sei möglich, gewisse Gebiete unbeschränkt und dauerhaft in einem sog. „Ausnahmезustand“ zu belassen, ohne dass eine richterliche oder gesetzgeberische Entscheidung zugrunde liege.⁴⁷ Diese Defizite könnten weder durch Zuständigkeits- oder Verfahrensregeln ausgeglichen werden noch sei es überhaupt möglich, dies durch interne Verwaltungsvorschriften zu erreichen. Voraussetzung sei eine gesetzliche Vorschrift oder Verordnungsermächtigung, um die Wirkung für den potentiell Betroffenen zu gewährleisten. Es sei Aufgabe des Staates, ein Gleichgewicht zwischen Freiheit einerseits und Sicherheit der Bürger andererseits herzustellen, indem das „Verbot unangemessener Eingriffe in die Grundrechte als Rechte staatlicher Eingriffsabwehr“⁴⁸ gewahrt bleibe. Dem Übermaßverbot entspreche die hamburgische Norm nicht. Sie hindere den einzelnen Bürger durch die verdachts- und ereignisunabhängigen Kontrollen, sein Abwehrrecht gegen den Staat zu nutzen.

Darüber hinaus fand bei der Festlegung des Gefahrengebiets keine nähere *Begrenzung des Gebietes in räumlicher Hinsicht* statt. Weder wurde eine Mindest- noch eine Maximalgröße festgelegt. Einzige Einschränkung war in Hamburg, dass das Gebiet „örtlich auf den in Abs. 1 genannten Zweck zu beschränken“. Es wurden dort keine Kriterien festgelegt, an denen sich die Polizei bei ihrer Entscheidung orientieren muss.

Schließlich war das Hamburgische Sperrgebiet geeignet, für die in ihm zugelassenen Kontrollmaßnahmen jene besonderen Eingriffsvoraussetzungen zu unterlaufen, welche außerhalb des Gebiets gesetzlich vorgeschrieben waren. Allein durch die Gebietsausweisung konnten so durch polizeiliche Anordnung die Eingriffsschwellen der Standardmaßnahmen abgesenkt werden. Dabei müsste im Einzelfall neben der Schwere der Straftat auch eine hohe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts

⁴⁶ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 698.

⁴⁷ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 698.

⁴⁸ OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 700.

vorliegen, damit die Beamten handeln dürften. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass mit Hilfe dieser Ermächtigungsgrundlage auch mittelschwere Straftaten bekämpft werden sollten, sei ein so tiefgreifender Grundrechtseingriff – welcher zudem ein Türöffner für weitere grundrechtseingreifende Maßnahmen sein könne – nicht zu rechtfertigen. Die hohe Eingriffsintensität durch die anlass- bzw. verdachtslos erfolgenden Maßnahmen sowie die große Zahl Betroffener⁴⁹ werde noch gesteigert, wenn im Vorhinein bestimmte „Zielgruppen“ festgelegt werden, welche kontrolliert werden sollen.⁵⁰ Eine solche Auswahl würde zu einer Stigmatisierung von Personengruppen mit besonderen Merkmalen führen, die zwar die Streubreite der Maßnahme herabsetze, den Grundrechtseingriff für Personen, die angehalten würden, allerdings erhöhe.⁵¹

Auf Grund der genannten Argumente erklärten die Hamburger Richter die Norm des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG a.F. als verfassungswidrig. Maßgeblich dafür war eine Kombination mehrerer Argumente:

- die geringe Steuerungswirkung der Tatbestandsvoraussetzungen über das Stattfinden von „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ hinaus in Verbindung mit dem Fehlen externen Kontrollen,
- fehlende Kriterien einer zeitlichen und räumlichen Begrenzung der Gefahrgebiete im Gesetz,
- das Absenken konkrete Eingriffsvoraussetzungen im Einzelfall durch abstrakte Gefahrannahmen ohne Bezug zum Einzelfall. Dieses Argument erlangt besondere Bedeutung, da das BVerfG in seiner BKAG Entscheidung bzgl. des § 20j BKAG a.F. jüngst die Bedeutung einer konkreten Gefahrensituation als Eingriffsschwelle besonders herausgehoben hat.⁵²

bb) Übertragbarkeit auf § 12a PolG NRW n.F.?

Festlegung der Gefahrgebiete: § 12a PolG NRW eröffnet grds. jeder Polizeibehörde die Möglichkeit, ein Gefahrengebiet durch innerbehördlicher Anordnung auszuweisen und dort bestimmte Kontrollen durchzuführen. Der Festsetzung kommt so die Rolle als

⁴⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 1939, 1944.

⁵⁰ Vgl. OVG HH, NVwZ-RR 2015, 695, 700.

⁵¹ Zur Stigmatisierung BayVerfGH, NVwZ 2006, 1284, 1286; *Ernst*, NVwZ 2014, 633, 635.

⁵² Vgl. BVerfGE 141, 220, Rn 207.

Türöffner⁵³ für weitere Maßnahmen nach § 12 PolG zu. Doch unterscheidet sich § 12a PolG NRW in mehrfacher Hinsicht von der Rechtslage in Hamburg.

- Zwar sind die tatbestandlichen Voraussetzungen z.T. nicht konkreter als diejenigen, welche in Hamburg für verfassungswidrig gehalten worden sind („Straftaten von erheblicher Bedeutung“).
- Doch wird insoweit (anders als in HH) nicht allein auf polizeiliche Annahmen abgestellt, sondern auf die Notwendigkeit von „Tatsachen“ als Grundlagen jener Annahmen hingewiesen.
- Zudem findet sich hier die Festlegung des örtliche Zusammenhangs zwischen dem Stattfinden der zu verhindernden Straftaten und dem Gebiet, in welchem die strategische Fahndung stattfinden darf (§ 12a Abs. 1 S. 4 PolG NRW). Weiter werden die Festlegungsbefugnisse ergänzt durch Dokumentationspflichten (§ 12a Abs. 2 S. 6 PolG NRW), welche sich allerdings tatbestandlich allein auf die gesetzlichen Voraussetzungen beziehen (Nr. 1) und diese insoweit nicht weiter konkretisieren.
- Konkreter benannt sind schließlich auch die Befugnisse in diesem Gebiet, welche enger gezogen sind als in Hamburg: Sie beziehen sich allein auf Maßnahmen, welche schon zur (einfachen) Gefahrenabwehr zulässig sind. Hinsichtlich eingriffsintensiverer Durchsuchungen wird demgegenüber auf die besonderen Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Standardmaßnahmen (§ 39 f PolG NRW) verwiesen.

Zwar fehlt es an externen – etwa: gerichtlichen - Mitwirkungsverfahren bei der Festlegung der Gebiete. Demgegenüber ist die materielle Steuerungswirkung des Gesetzes höher als in HH, so dass die dort gerügte Kombination unzulänglicher normativer Steuerung des Gesetzes in Verbindung mit fehlender externer Kontrolle hier nicht vorliegt. Zudem ist auch das Risiko eines Absenkens von konkreten Eingriffsschwellen in NRW niedriger: Namentlich bei den besonders intensiven Durchsuchungsbefugnissen gelten die besonderen gesetzlichen Eingriffsbefugnisse auch im Gefahrgebiet. Insoweit sind die *Anforderungen des OVG Hamburg an die Festlegung des Gefahrgebiets hier nicht unterschritten*. Verfassungsrechtliche Mängel bestehen insoweit hinsichtlich der Rechtslage in NRW nicht.

⁵³ Vgl. Arzt, Anhörung, Drs. 17/652, 10; a.A. von Coelln u.a., NVWBl, 2019, 89, 92 auf Grund der zusätzlichen zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen.

Rechtsfolgen der Norm, insbesondere Gestaltung der Gefahrgebiete: Eine besondere Problematik stellt die rein innerbehördliche Festlegung und Anordnung des Gefahrengebiets dar, da die Bürger in diesem Gebiet nicht über die Maßnahme informiert werden. Von daher ist er über mögliche rechtliche Risiken eines Betretens des Gefahrgebiets nicht aufgeklärt und kann daher möglichen Eingriffen auch nicht ausweichen. Zudem ist dagegen auch kein zeitgerechter Rechtsschutz möglich. Die darin liegende Einschränkung des Art 19 Abs. 4 GG kann allerdings gerechtfertigt werden, wenn der Rechtsschutz nicht aufgehoben, sondern nur aufgeschoben ist und dieser Aufschub durch den verfassungskonformen Zweck der Maßnahme gerechtfertigt ist.⁵⁴ Als solcher lässt sich die Abwehr der in § 12a Abs. 1 PolG NRW genannten rechtswidrigen Taten qualifizieren: Sie sollen Handlungen unterbinden, welche dem Schutz anerkannter Rechtsgüter dienen und müssen zu ihrer Effektivierung zeitweise geheim gehalten werden.

Eine davon unabhängige verfassungsrechtliche Frage kann sich hingegen aus der ausschließlichen behördlichen Zuständigkeit für die Anordnung des Gefahrgebiets ergeben. Das BVerfG hat für tiefgreifende Ermittlungs- und Überwachungseingriffe besondere verfassungsrechtliche Anforderungen formuliert. Sie betreffen nicht allein materiell-rechtliche, sondern auch prozedurale Anforderungen.⁵⁵ Danach sind Überwachungsmaßnahmen, die tief in die Privatsphäre eingreifen, nur dann grundgesetzkonform, wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare tatsächliche Anhaltspunkte bestehen.⁵⁶

Derart weitreichende Überwachungseingriffe, wie sie das BVerfG diskutiert, enthalten die Eingriffe in den Gefahrgebieten zwar regelmäßig nicht. Zwar kann schon allein die Identitätsfeststellung nach § 12a Abs. 1 S. 1 kann als gravierender Eingriff in die Grundrechte angesehen werden. Dies beruht auf dem erheblichen Umfang von Daten, die bei der Maßnahme erhoben, verarbeitet und im Zweifel auch gespeichert werden sollen.⁵⁷ Deutlich verstärkt wird der Eingriff durch die Verdachtsunabhängigkeit der

⁵⁴ Dazu am Beispiel des Art. 13 GG Abs. 2 Jarass/Pieroth, GG, 15. A., 2018 (zit.: JP), Art. 13 Rn 19.

⁵⁵ Zuletzt zusammenfassend BVerfGE 141, 220, Rn 259 ff.

⁵⁶ BVerfGE ebd., Rn 104 (Nachw.).

⁵⁷ Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, Anhörung, Drs. 17/645, 7.

Maßnahme. Anders ausgedrückt, können alle Personen in diesem Gebiet für den polizeilichen Zweck herangezogen werden. Es müssen keinerlei Verdachtsmomente oder konkrete Kenntnisse seitens der Polizei vorliegen, um genau diese Person auszuwählen und anzuhalten. Ferner existieren keine vorgegebenen Kriterien nach denen eine vorherige Eingrenzung stattgefunden haben muss, um die Betroffenzahl so gering wie möglich zu halten. Dies bedeutet eine extrem hohe Streubreite der Maßnahme. Sie resultiert auch aus der Tatsache, dass es sich bei § 12a PolG NRW um eine vorbeugende Maßnahme handelt, für welche eine konkrete Gefahrensituation schlichtweg nicht existiert. Jedermann kann zu jeder Zeit von der Maßnahme betroffen sein. In solchen Fällen liegt grds. eine hohe Eingriffsintensität vor.⁵⁸ Doch erreichen sie nicht die Intensität etwa der Wohnraumüberwachung oder einer Observation durch einen GPS-Sender.⁵⁹

Hingegen kann die Eingriffswirkung der besonderen Kontrollbefugnisse im Einzelfall schwer wiegen. Das gilt nicht gegenüber Personen, welche sich gelegentlich oder zufällig im Kontrollgebiet aufhalten. Sehr wohl kann dies allerdings gelten gegenüber Personen, welche dort wohnen oder ihren ständigen Aufenthalt – etwa aus beruflichen Gründen - haben. Ihnen gegenüber wirken sich die Überwachungsbefugnisse kumulativ aus, da sie regelmäßig betroffen sein können, ein Betreten des Kontrollgebiets nicht vermeiden können und sich durch ihr persönliches Verhalten den Kontrollen nicht entziehen können. Für diese kommt es nämlich nicht auf das individuelle Gefahrurteil, sondern auf die durch das Gebiet indizierte abstrakte Gefahr an. Sie können also auch dann zulässigerweise kontrolliert werden, wenn ihre Person selbst keinen Anlass zu Gefahrenannahmen gibt. Aus der Summe der einzelnen Kontrollen, ihrer elektronischen Aufzeichnung ihres Stattfindens und ggf. von „Treffern“ bei der Ausweiskontrolle kann sich eine Überwachungsdichte ergeben, welche der Dauerobservation bzw. der verfassungswidrigen *flächendeckenden Aufenthaltsüberwachung*⁶⁰ zumindest nahe kommen kann.

Für Maßnahmen dieser Art stellt das BVerfG nicht nur besondere materielle Anforderungen. Eingriffsintensive Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen, bei

⁵⁸ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 1939, 1944; Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, Anhörung, Drs. 17/645, 7.

⁵⁹ Dazu BVerfGE 141, 220, Rn 107.

⁶⁰ BVerfGE 120, 378, 406 f: „Flächendeckendes Bewegungsprofil“).

denen damit zu rechnen ist, dass sie auch höchst persönliche Informationen erfassen, und gegenüber den Betroffenen heimlich durchgeführt werden, bedürfen grundsätzlich einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer richterlichen Anordnung.⁶¹ Zwar sind die Kontrollmaßnahmen im Gefahrgebiet keine solchen heimlicher Art. Jedoch ist ihre Ermöglichung für Betroffene nicht erkennbar – das Gefahrgebiet wird ihnen nicht bekannt gegeben. Und daher ist ihre Betroffenheit für die hier näher genannten Bewohner u.ä. nicht vermeidbar. Sie können auch keinen rechtzeitigen Rechtsschutz erlangen. Unterlassungsklagen werden kaum je rechtzeitig vor Aufhebung des Gefahrgebiets Erfolg haben. Und selbst im Erfolgsfall helfen sie wenig, wenn im Falle des Antreffens statt des Ausweises im Einzelfall das Unterlassungsurteil vorgewiesen werden muss. Auch hier können das Stattfinden der Nicht-Kontrolle ebenso wie Trefferfälle (hinsichtlich des Urteils) aufgezeichnet und gespeichert werden. Die Kontrollintensität nimmt also auf diese Weise nicht ab.

Die daraus herzuleitende *Notwendigkeit des Richtervorbehalts* wird auch nicht durch den in § 12a Abs. 2 S. 1 vorgesehenen Behördenleitervorbehalt ersetzt. Was auch immer dessen bislang wissenschaftlich wenig geklärte und empirisch nicht erforschte Zwecke und Wirkungen sein mögen: Er bewirkt keine externe Kontrolle. Er bewirkt nicht zwingend eine Rechtskontrolle, sondern eher eine bürokratisch-politische Verantwortungsübernahme. Und er unterliegt auch nicht den Anforderungen der Rechtsprechung an das richterliche Handeln bei der Ausübung von Richtervorbehalten.⁶² Insoweit vermag der Behördenleitervorbehalt den grundgesetzlich notwendigen Richter nicht zu ersetzen.

Verstärkt wird die Notwendigkeit externer richterlicher Kontrolle in *zeitlicher Hinsicht*. Die Festsetzung des Gefahrgebiets ist gem. § 12a Abs. 2 S. 4 auf zunächst 28 Tage beschränkt. Darüber hinaus statuiert S. 5 die Option, die Maßnahme auf weitere 28 Tage zu verlängern. Dies ist auch wiederholt möglich (§ 12 Abs. 2 S. 5 PolG NRW). Es kann somit darauf hinauslaufen, dass ein Gefahrenggebiet über einen Zeitraum von mehreren Monaten oder sogar Jahren als ein solches ausgeschrieben bleibt, obwohl das PolG grds. eine Dauer von 28 Tagen vorgesehen hat. Gesetzliche Voraussetzung ist allein das andauernde Vorliegen der erstmaligen begründenden Voraussetzungen.

⁶¹ BVerfGE 141, 220, Rn 117.

⁶² Dazu BVerfGE 110, 33, 68; Gusy, in: StV 1992, 484, 486.

Selbst bei einer mehrfachen Verlängerung der Anordnung, bedarf es keiner externen Kontrolle. Wenn bereits die ersten zwei Perioden keinen Erfolg hinsichtlich der Verhütung von Straftaten in diesem Gebiet erbracht haben, scheint es naheliegend, dass entweder das falsche Gebiet ausgewählt wurde oder eben keine Tatsachen vorliegen, welche die Annahme von Straftaten in genau diesem Gebiet rechtfertigen. Die fehlenden Treffer indizieren wohl eher die Gefahrlosigkeit als die Gefährlichkeit des Gebiets. Desungeachtet finden sich keine qualifizierten Anforderungen an die Verlängerung der Festsetzung im Falle fehlender Treffer. Verstärkt wird dieses materiell-rechtliche Defizite durch fehlende Kontrollmechanismen: Vielmehr wird darauf vertraut, dass die Polizei sich selber bei der Festlegung und Anordnung von Gefahrengebieten in verfassungsgemäßer Weise beschränkt und ihre eigenen Handlungsbefugnisse einschränkt. Daher könnte die Aufhebung der Festlegung implizit dem Eingeständnis einer möglichen Fehlerhaftigkeit des eigenen früheren Handelns nahekommen. Schon um dies zu vermeiden, wäre eine Verlängerung der Ausweisung näher liegend als eine Aufhebung. Um derartige Effekte zu vermeiden, wäre hier erst recht eine externe Kontrolle indiziert.

Ein Richtervorbehalt ist demnach verfassungsrechtlich zumindest naheliegend, wenn nicht gar notwendig,

- wenn von den Kontrollrechten Bewohner oder Personen mit Daueraufenthalt oder Berufstätige im Kontrollgebiet betroffen sein können sowie
- im Falle der Verlängerung der Anordnung eines Kontrollgebiets.

Hinsichtlich der örtlichen Begrenzung enthält § 12a Abs. 1 S. 4 PolG NRW den Konnex zwischen dem Gebiet, in welchem die Straftaten begangen werden, und dem Gefahrgebiet. Die Maßnahme ist daher örtlich begrenzt. Hinzu kommt die Wertung des § 12 Abs. 2 S. 1, 2 PolG: Die dort enthaltene Zuständigkeitsregelung geht davon aus, dass das Gefahrgebiet prinzipiell auf (maximal) das Gebiet einer örtlichen Polizeibehörde begrenzt sein muss. Nur subsidiär kann es auch das Gebiet mehrerer Polizeibehörden überschreiten und dann die Zuständigkeitsregelung des § 12 Abs. 2 S. 2 PolG NRW auslösen. Insbesondere die Befürchtung eines *flächendeckenden, das ganze Landesgebiet betreffenden Gefahrgebiets* ist dadurch zwar nicht vollständig, aber doch *regelmäßig ausgeschlossen*. Hinzu kommt noch die eigens angeordnete Dokumentationspflicht des § 12a Abs. 2 S. 6 Nr. 2 PolG NRW, welche auch insoweit

eine Überprüfung jedenfalls möglich macht. Auch hier unterscheidet sich hier die Rechtslage von derjenigen in Hamburg.

cc) Annex: Europarechtliche Vorgaben

Dagegen fehlen in § 12a PolG NRW hinsichtlich der Kontrollgebiete die vom EuGH ausdrücklich geforderten tatbestandlichen Begrenzungen, welche das Schengener Abkommen und die Binnenfreizügigkeit gegen Umgehungen sichern sollen.⁶³ Dies ist für die strategische Fahndung in besonderer Weise geboten, da Abs. 1 namentlich den illegalen Aufenthalt und grenzüberschreitende Kriminalität abwehren sollen (S. 1 Nr. 3). Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Kontrollen der hier zugelassenen Art nicht generell unzulässig, doch müssen sie

- nach Intensität, Häufigkeit und Selektivität rechtlich konkretisiert und eingeschränkt sein,
- hinsichtlich ihrer praktischen Ausübung nicht wirkungsgleich wie Grenzübertrettskontrollen sein, also hinsichtlich der Eingriffshäufigkeit und –tiefe hinter ihnen zurückbleiben.

Wichtig daran ist: Diese Begrenzung müssen „im nationalen Recht angelegt“ (d.h. im Gesetz enthalten) sein, fehlen im Gesetz jedoch bislang.

c) Zwischenergebnis

§ 12a PolG ist weit insoweit verfassungsrechtlich zweifelhaft, als ein notwendiger Richtervorbehalt fehlt,

- wenn von den Kontrollrechten Bewohner oder Personen mit Daueraufenthalt oder Berufstätige im Kontrollgebiet betroffen sein können sowie
- im Falle der Verlängerung der Anordnung eines Kontrollgebiets.

Daneben ist das Gesetz hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem EU-Recht nachbesserungsbedürftig.

⁶³ EuGH, NVwZ 2017, 1608.

III. Verfassungswidrigkeit des § 20c Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 PolG NRW – sog. „Quellen-TKÜ“

Die Vorschrift des § 20c PolG NRW erlaubt erstmals neben der Telekommunikationsüberwachung auch die Quellen-Telekommunikationsüberwachung (im Folgenden: Quellen-TKÜ) in Nordrhein-Westfalen.⁶⁴ Die Vorschriften aus §§ 20a sowie 20b PolG NRW ermöglichen die Erfassung von Standort-, Bestands- und Verkehrsdaten sowie Auskunftsansprüche gegenüber Telekommunikationsdienstleistern.⁶⁵

1. Inhalt der Norm: „Quellen-TKÜ“

a) Die Regelung und ihre Vorbilder

Die klassische TKÜ im Sinne des § 20c Abs. 1 PolG NRW ermächtigt ihrerseits nur zur Kommunikationsüberwachung auf dem durch Aussenden und Empfang begrenzten Übertragungsweg.⁶⁶ Die Vorschrift des § 20c Abs. 1, 2 PolG NRW begründet darüber hinaus, mittels informationstechnischer Systeme auf kryptografische Daten unter Einsatz einer individuell angepassten Software zuzugreifen (Quellen-TKÜ).⁶⁷ Danach ist kumulativ erforderlich, dass

- der Betroffene Zustands- oder Verhaltensverantwortlicher nach §§ 4, 5 PolG NRW ist (Nr. 1),
- eines der abschließend genannten Schutzgüter, mithin Bestand bzw. Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder Leib bzw. Leben eines Menschen gefährdet ist (Nr. 1),
- die Überwachung und Aufzeichnung zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die tangierten Schutzgüter erforderlich ist (Nr. 1),

⁶⁴ *Pieroth*, Befugnisweiterung mit Begriffsverwirrung, GSZ 2018, 133 (135).

⁶⁵ *Von Coelln/Pernice-Warnke/Pützer/Reisch*, Zwei Schritte vor, ein Schritt zurück – zu den aktuellen Änderungen des nordrhein-westfälischen Polizeigesetzes, GSZ 2019, 89 (92).

⁶⁶ siehe unten, III.

⁶⁷ *BeckOK/Lottkus Bearbeiter PolG NRW § 20c Vorb.; Pieroth*, GSZ 2018, 133; *Thiel*, Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Demokratie „at its best“, GSZ 2019, 1.

- das individuelle Verhalten des Betroffenen eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass er innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine jedenfalls ihrer Art nach konkretisierte Weise eine terroristische Straftat nach § 8 Abs. 4 PolG NRW begehen wird (Nr. 2), oder
- bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Adressat für einen Verantwortlichen im Sinne des § 20c Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW bestimmte oder von dieser herrührende Mitteilungen entgegennimmt oder weitergibt (Nr. 3) oder alternativ den Telekommunikationsanschluss oder das Endgerät benutzen wird (Nr. 4)
- die Gefahrenabwehr bzw. Verhütung der Straftat auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wären.⁶⁸

Diese Befugnis wird in Absatz 2 dahingehend erweitert, dass das Erfassen verschlüsselter Daten in unverschlüsselter Form ermöglicht wird. Dazu ermächtigt der § 20c Abs. 2 PolG NRW zu *Eingriffen in informationstechnische Systeme* mit technischen Mitteln, soweit technisch sichergestellt ist, dass ausschließlich die laufende Kommunikation überwacht wird (§ 20c Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW), also eine online-Durchsuchung ausgeschlossen ist. Sie ist ihrer Systematik nach nur anzuwenden, soweit ein Erfassen unverschlüsselter Daten mittels einfacher TKÜ im Einzelfall nicht in Betracht kommt.

§ 20c Abs. 3 PolG NRW konkretisiert technische Anforderungen an die Durchführung der Quellen-TKÜ, indem dort nur „für die Datenerhebung unerlässliche“ Veränderungen des informationstechnischen Systems erlaubt werden (§ 20c Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PolG NRW). Ferner sei sicherzustellen, dass „die vorgenommenen Veränderungen bei Beendigung der Maßnahme, soweit technisch möglich, automatisiert rückgängig gemacht werden“ (§ 20c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PolG NRW). Zuletzt verlangt die Vorschrift Schutz gegen unbefugte Nutzung (§ 20c Abs. 3 S. 2 PolG NRW) und Schutz kopierter Daten gegen unbefugte Kenntnisnahme, die Veränderung und die unbefugte Löschung durch Dritte (§ 20c Abs. 3 S. 3 PolG NRW).

Die Maßnahme unterliegt dem Richtervorbehalt (§ 20c Abs. 4 PolG NRW), bei Gefahr im Verzuge kann sie durch die Behördenleitung angeordnet werden; in diesem Falle

⁶⁸ S. dazu auch Von *Coelln/Pernice-Warnke/Pützer/Reisch*, NWVBl. 2019, 89 (92).

ist eine richterliche Bestätigung dessen unverzüglich nachzuholen. Bei deren Ausbleiben innerhalb von drei Tagen oder der Ablehnung jener Bestätigung ist die Maßnahme unzulässig, erhobene Daten sind nicht zu verwenden und zudem unverzüglich zu löschen.

Der Kernbereichsschutz ist in § 20c Abs. 8 PolG NRW differenziert ausgestaltet: Erhebungsverbote, Unterbrechungsgebote und Verwertungsverbote erhobener und gespeicherter Daten stehen nebeneinander. Durch den Verweis aus § 20c Abs.8 S.9 auf § 18 Abs.3 S.3 PolG NRW findet der Schutz gesetzlich anerkannter Vertrauensverhältnisse (§§ 53, 53a StrPrO) Berücksichtigung.⁶⁹ § 20c Abs. 12 PolG NRW ordnet die Evaluierung dieser (neuen) Vorschrift sowie ihr Außerkrafttreten am 31. Dezember 2023 an.

Die Vorschrift findet Vorbilder im Bundes- wie auch im Landesrecht anderer Bundesländer. Das Bundeskriminalamt ist gemäß §§ 5, 51 Abs.2 BKAG zur präventiven Quellen-TKÜ befugt.⁷⁰ In repressiver Hinsicht kann eine Quellen-TKÜ nach §§ 100a, 100d und 100e StPO erfolgen.⁷¹ In sieben Bundesländern, namentlich in Baden-Württemberg (§ 23b PolG BW), Bayern (Art.42 BayPAG), Hessen (§ 15b SOG Hess), Niedersachsen (§ 33a SOG NDS), Rheinland-Pfalz (§ 31 POG RhPf), Sachsen-Anhalt (§ 36b SOG LSA) und in Thüringen (§ 34a PAG Thür) ist die präventiv-polizeiliche Quellen-TKÜ erlaubt.⁷² Dabei erlaubt Sachsen-Anhalt die Quellen-TKÜ nur zum Zwecke der Überwachung von Aufenthaltsanordnungen und Kontaktverboten. Hierin wird eine „atypische“⁷³ Regelung bzw. Ausgestaltung der Quellen-TKÜ gesehen. In Brandenburg (§ 33b PolG Bbg) und Sachsen (§ 66 SächsPolG) ist nur die klassische TKÜ im Rahmen der Gefahrenabwehr zulässig. In Berlin, Bremen, Hamburg, Schleswig-Holstein und im Saarland ist keine Form der präventiven Telekommunikationsüberwachung erlaubt.

b) Technische Grundlagen und Durchführung der Quellen-TKÜ

⁶⁹ Zu den Berufsgeheimnistägern zählen solche, die im Strafprozess das Recht auf Zeugnisverweigerung hätten; dazu gehören insbesondere Psychotherapeuten, Ärzte, Rechtsanwälte, Geistliche, etc., s. §§ 52 f StrPrO.

⁷⁰ Dazu BVerfGE 141, 220, Rn 208 ff.

⁷¹ Bantlin, JuS 2019, 669 (670).

⁷² Möllers/Heinrich Wörterbuch der Polizei, 3. A., 2018, S.2270.

⁷³ BeckOK/Lottkus, PolG NRW § 20c Rn.11

Die Quellen-TKÜ reagiert auf den Umstand, dass Telekommunikation, also der „technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“⁷⁴ zunehmend kryptografisch, d.h. per Ende-zu-Ende-Verschlüsselung erfolgt (etwa: WhatsApp, Skype, Telegram). Dabei erfolgt eine umfassende und automatisierte Ende-zu-Ende-Verschlüsselung der ausgetauschten Kommunikationsdaten während des Übermittlungsvorgangs im Datennetz. Ein Abgreifen jener Daten per klassischer TKÜ ist nicht möglich, da diese ausschließlich unverschlüsselte Daten erfassen kann. Sie überwacht den Kommunikationsvorgang und ist nicht in der Lage, vor der Verschlüsselung auf dem Versendergerät bzw. nach der Entschlüsselung auf dem Empfängergerät anzusetzen.⁷⁵

In technischer Hinsicht gliedert sich die Quellen-TKÜ in zwei Teile. Während die Primärmaßnahme die Überwachung selbst, also das Abgreifen und Ausleiten bzw. das Mitlesen oder Mithören und Speichern⁷⁶ der Kommunikationsdaten vor der Verschlüsselung bzw. nach ihrer Entschlüsselung betrifft, enthalten die Sekundärmaßnahmen⁷⁷ erforderliche Begleitmaßnahmen, um die Primärmaßnahme zu ermöglichen: Installation einer Software auf dem Zielsystem sowie deren Deinstallation nach Abschluss der Überwachungsmaßnahme.

Die verwendete Software („*Remote Forensic Software*“) wird sowohl im Rahmen von §§ 100a, 100d, 100e StPO als auch zur präventiven Überwachung eingesetzt.⁷⁸ Bei ihr handelt es sich nicht um eine einzige, universell einsetzbare Software („*Staatstrojaner*“). Im Vorfeld jeder Überwachung ist ihre Anpassung individuell für den konkreten Fall erforderlich. Die Konfiguration richtet sich nach den technischen Parametern des konkreten Zielsystems.⁷⁹ Das Aufspielen der Überwachungssoftware erfolgt durch ein heimliches oder verdecktes Installieren.⁸⁰ Ein direkter physischer

⁷⁴ § 3 Nr.22 Telekommunikationsgesetz (TKG); die bereichsspezifische Legaldefinition wird im Rahmen präventiver TKÜ herangezogen, s. *Von Coelln/Pernice-Warnke/Pützer/Reisch*, NWVBl. 2019, 89 (92); *Lisken/Denninger/Petri*, Kap. G Rn.663.

⁷⁵ Vgl. Bundesministerium des Innern, Fragenkatalog BMJ, S.8 f., abrufbar unter <http://www.netzpolitik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-BMJ.pdf>; siehe auch *Von Coelln/Pernice-Warnke/Pützer/Reisch* NWVBl. 2019, 89; s. auch *Pohlmeier*, Anhörung, Drs. 17/640, S.4.

⁷⁶ *BeckOK/Kamp*, PolG NRW § 20 Rn.6; *Sankol*, CR 2008, 13 (17); *Bär*, TKÜ-Überwachung Kommentar, § 100a StPO Rn.32.

⁷⁷ *Bratke*, Die TKÜ im Strafverfahren, 2013, S.90 ff.

⁷⁸ *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Auflage 2018, § 4 Rn.798.

⁷⁹ Bundesministerium des Innern, Fragenkatalog BMJ, S.10, abrufbar unter <http://www.netzpolitik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-BMJ.pdf>; *Bratke*, S.90 f.

⁸⁰ Im Folgenden *Derin/Golla*, NJW 2019, 1111 (1112); *Soiné*, NStZ 2018, 497 (501).

Zugriff auf das informationstechnische System ist nicht (mehr) zwingend notwendig. So kann der Versand einer entsprechend präparierten, mit einem Anhang versehenen (behördlichen) E-Mail oder präparierten Link erfolgen⁸¹, um die Software auf das Zielgerät aufzuspielen. Die Mitwirkung des Betroffenen liegt dann im Öffnen der Datei bzw. des Links. Hier muss sichergestellt sein, dass dieser den Link mit demjenigen Gerät öffnet, welches Gegenstand der Überwachungsmaßnahme sein soll.⁸² Auch diese beiden Methoden sind nicht abschließend.

Dabei unterscheidet sich die Quellen-TKÜ von der online-Durchsuchung von IT-Endgeräten.⁸³ Während bei der Quellen-TKÜ ausschließlich die laufende Kommunikation in Echtzeit überwacht wird, bietet die Online-Durchsuchung in Abgrenzung hierzu die Möglichkeit zur (weitreichenderen) Untersuchung und Kopie gespeicherter Datenbestände unter Einsatz elektronischer Mittel.⁸⁴ Die Online-Durchsuchung betrifft das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.⁸⁵

2. Grundgesetzkonformität der Neuregelung

a) Anwendbare Grundrechte

Als anwendbare Grundrechte kommen das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) sowie das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht. Da die Unverletzlichkeit der Wohnung nur in Rede steht, soweit die Wohnung physisch betreten wird, um an das jeweilige informationstechnische System zu gelangen, diese aber nicht mehr zwingend technische Voraussetzung für die Quellen-TKÜ ist,⁸⁶ wird Art. 13 GG mit seinen

⁸¹ Bundesministerium des Innern, Fragenkatalog BMJ, S.19, abrufbar unter <http://www.netzpolitik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-BMJ.pdf>; *Bratke*, S.96; *Rehak*, Möglichkeiten einer heimlichen online-Durchsuchung, 2014, S. 19.

⁸² *Rehak*, S. 19.

⁸³ Zu ihr BVerfGE 120, 274.

⁸⁴ *Bratke*, S.48 f.; *Lisken/Denninger/Petri* Kap. G Rn.616; *Möllers/Heinrich* Wörterbuch der Polizei, 3.Auflage 2018, S.2272; Bundesministerium des Innern, Fragenkatalog BMJ, S.2, abrufbar unter: <http://www.netzpolitik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-BMJ.pdf>.

⁸⁵ BVerfGE 120, 274.

⁸⁶ S. o. 1 b).

Anforderungen an spezifische Betretungsrechte und dem Abhören von Wohnräumen hier ausgespart.⁸⁷

Das *Fernmeldegeheimnis* aus Art. 10 Abs. 1 GG verbürgt die Vertraulichkeit von Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. Geschützt ist die Privatsphäre in Form der individualisierten menschlichen Kommunikation zwischen Abwesenden mitsamt der körperlichen oder unkörperlichen Übermittlung von Informationen an den oder die intendierten Empfänger mithilfe (technischer) Kommunikationsmittel.⁸⁸ Schutzgegenstand ist die private Kommunikation; öffentlich zugängliche bzw. an die Allgemeinheit gerichtete Äußerungen sind nicht von Art.10 Abs.1 GG gedeckt.⁸⁹ Aufgrund der in Rede stehenden Maßnahme, der Quellen-TKÜ, fokussiert das Gutachten hier das Telekommunikationsgeheimnis.⁹⁰ Der progressiven technischen Innovation korrespondiert ein dynamischer Schutzgegenstand.⁹¹ Die Übermittlungsart ist nicht maßgeblich, vielmehr sind sämtliche denkbare Formen der Kommunikationsübermittlung (Kabel, Funk, digitale und analoge Vermittlung) mitsamt ihren konkreten Umständen und der gewählten Ausdrucksform per Sprache, Bild, Töne oder sonstigen Zeichen geschützt⁹² und unterliegen prinzipiell der Vertraulichkeit. Im Ergebnis impliziert das Fernmeldegeheimnis vier Komponenten: die Vertraulichkeit des Kommunikationsinhalts, der Kommunikationsumstände, die Bedingungen freier Telekommunikation und die Verwendung geschützter Daten.⁹³ Eingriffe in den Schutzbereich liegen vor, wenn staatliche Stellen ohne die Zustimmung der am Kommunikationsvorgang Beteiligten Kenntnis vom Inhalt oder den Kommunikationsumständen erlangen, mithin wenn die Vertraulichkeit der Gesamtkommunikation beseitigt wird.⁹⁴ Das heimliche Abhören und Aufzeichnen des Kommunikationsinhaltes zum Zwecke staatlicher Kenntnisnahme bildet dessen Hauptanwendungsfall.⁹⁵

⁸⁷ Siehe dazu etwa *Soiné*, NStZ 2018, 497 (501); *Kutscha*, NJW 2007, 1169 (1170).

⁸⁸ BVerfGE 124, 43 (54); 120, 274 (307); 106, 28 (36); so auch von Mangoldt/Klein/Starck/*Gusy* (zit.: vMKS), GG, 7. A., 2018, Art.10 Rn.40; J/P Art.10 Rn.3.

⁸⁹ *Dreier/Hermes* GG Bd. I, 3. A., 2016, Art. 10 Rn.28; J/P Art.10 Rn.4; *Sachs/Pagenkopf* GG-Kommentar, 8. A., 2018, Art.10 Rn.14b; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 34. A., 2019, Rn.859.

⁹⁰ BVerfGE 100, 313 (357); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1014).

⁹¹ vMKS/*Gusy* GG Art.10 Rn.23; vgl auch *Sachs/Pagenkopf* GG-Kommentar Art.10 Rn.6.

⁹² *Kingreen/Poscher* Grundrechte, Rn.859; vMKS/*Gusy* GG Art.10 Rn.62.

⁹³ *Keller*, Telekommunikationsmaßnahmen und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, 2008, S.11.

⁹⁴ BVerfGE 100, 313 (366); vMKS/*Gusy* GG Art.10 Rn.35; *Sachs/Pagenkopf* GG Kommentar, Art.10 Rn.29.

⁹⁵ *Bantlin*, JuS 2019, 669 (670).

Das *Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* ist eine Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Entsprechend seiner Herleitung ist dieses IT- oder Computerschutz-Grundrecht⁹⁶ gegenüber dem Schutz aus Art. 10 Abs. 1 GG subsidiär - wie Art. 2 Abs. 1 GG insgesamt. Prinzipiell tangiert die Quellen-TKÜ das Fernmeldegeheimnis; damit wäre der Schutzbereich aus Art. 10 Abs. 1 GG eröffnet, was einen Rückgriff IT-Grundrecht ausschließt.⁹⁷ Dieses kann nur zur Anwendung gelangen, soweit der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nicht eröffnet ist.⁹⁸

Dabei stellen sich im Hinblick auf die Quellen-TKÜ verfassungsrechtliche Abgrenzungsfragen, wenn es um die Problematik geht, welches Grundrecht (abschließend) vor der Überwachung laufender Kommunikation schützt. Der Gesetzgeber begründet die Trennung zwischen Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung als verschiedene Maßnahmen mit der Beschränkung der Quellen-TKÜ auf laufende Kommunikation.⁹⁹ Ungeklärt erscheint jedoch, *ob technisch sichergestellt ist, dass ausschließlich Daten der laufenden Kommunikation erfasst werden*. Bereits bei der gewöhnlichen Nutzung eines Smartphones könnte im Hinblick auf die ausschließliche Erfassung von Kommunikationsdaten problematisch sein, dass Mobiltelefone regelmäßig Wörterbücher und Wortvorschläge des Nutzers anlegen. So sind die Tastaturen eines herkömmlichen Smartphones durchaus in der Lage, vielfach verwendete Worte mittels individuellen Wörterbuchs des Systemnutzers bis hin zu gesamten Satzkonstruktionen als Vorschläge für formulierte Kurznachrichten zu speichern. Inwieweit technisch auch ein Zugriff hierauf besteht, ist unklar. Ohne klare Bestimmung jener technischen Fragen, welche Daten bei welcher Maßnahme wie erfasst werden, wird eine adäquate Abgrenzung des Grundrechtsschutzbereichs ebenso wie des Kernbereichsschutzes unmöglich.

In solchen Fällen müssen beide Grundrechte parallel zur Anwendung kommen, soweit nicht sicher sei, dass bei der Quellen-TKÜ ausschließlich Daten der laufenden

⁹⁶ So etwa *Ebert*, LKV 2017, 10 (11); *Dreier/ders.* GG-Kommentar Art.2 Rn.82.

⁹⁷ BVerfGE 120, 274 (309).

⁹⁸ BVerfGE 120, 274 (302); BeckOK InfoMedienR/*Gersdorf* Art.2 GG Rn.24; *Bantlin*, JuS 2019, 669 (672).

⁹⁹ Vgl. LT NRW-Drucksache 17/2351, S.37; s. zudem *Rehak*, S.34.

Kommunikation erfasst werden.¹⁰⁰ Beide können nicht stets, aber in zahlreichen Fällen einen engen Bezug zur Menschenwürde aufweisen, da die *„Unbefangenheit der menschlichen Kommunikation (...) gestört [würde], müsste ein jeder mit dem Bewusstsein leben, dass jedes seiner Wort, eine vielleicht unbedachte oder unbeherrschte Äußerung, eine bloß vorläufige Stellungnahme im Rahmen eines sich entfaltenden Gesprächs oder eine nur aus einer besonderen Situation heraus verständliche Formulierung bei anderer Gelegenheit und in anderem Zusammenhang hervorgeholt werden könnte, um mit ihrem Inhalt, Ausdruck oder Klang gegen ihn zu zeugen.“*¹⁰¹ Erforderlich sei in diesem Zusammenhang, dass private Gespräche ohne die Befürchtung der heimlichen Aufnahme ohne Kenntnis und Einverständnis des Betroffenen geführt werden. Wer jederzeit mit fremder Kenntnisaufnahme rechnen muss, entfaltet seine Kommunikation nicht frei.¹⁰²

b) Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit heimlicher Überwachungsmaßnahmen im BKAG konstatierte das BVerfG, dass präventive Überwachungsmaßnahmen wie die Quellen-TKÜ grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar sein können. Allerdings werden im Hinblick auf Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung Mindestanforderungen¹⁰³ formuliert. Danach sind heimliche Überwachungsmaßnahmen, die der Gefahrenabwehr von internationalem Terrorismus dienen, mit der Verfassung nur vereinbar, soweit diese auch angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne sind. Dazu müssen folgende Anforderungen im Einzelnen gewahrt sein:

- Es bedarf der Berührung eines Schutzguts hinreichenden Gewichts.
- Es müssen belastbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass deren Gefährdung oder Verletzung vorliegt.
- Insbesondere muss der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung hinreichend sein; es muss hierzu ausgeschlossen sein, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung den Untersuchungsgegenstand der Maßnahme

¹⁰⁰ Bantlin, JuS 2019, 669 (672); vgl. auch BVerfGE 120, 274 Rn.60 m.w.N. aus der Rspr.; BeckOK InfoMedienR/Gersdorf, Art.2 GG Rn.24; Sachs/Pagenkopf, Art.10 Rn.53; Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483). S.a. Hauser, Das IT-Grundrecht, 2005, S.216 ff.

¹⁰¹ BVerfGE 34, 238.

¹⁰² BVerfGE 34, 238 (246 f.).

¹⁰³ Auswertung Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke GG Art.1 Rn.60a, der von einem „schwer realisierbaren Forderungskatalog“ spricht; kritisch auch Dürr, JA 2019, 432 (439 f.).

darstellt und das zweistufige Schutzkonzept – Erhebungsverbot vor Verwertungsverbot - gewahrt bleibt.

Zu den hinreichend gewichtigen Rechtsgütern zählen danach „Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes [betreffen]“. ¹⁰⁴ Belastbare, tatsächliche Anhaltspunkte für eine Gefährdung oder Verletzung der Rechtsgüter bestehen, wenn bestimmte Tatsachen festgestellt sind, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt. Allgemeine Erfahrungssätze reichen hier nicht aus. ¹⁰⁵

Besondere Bedeutung kommt den Grenzen der Befugnisnormen zu. Hier betont das BVerfG die Bedeutung des *grundsätzlich unantastbaren Kernbereichs der Privatsphäre* am Beispiel von Wohnungen, denen typischerweise oder im Einzelfall die Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung zukommt. ¹⁰⁶

„Ein gewichtiger Anhaltspunkt für die Menschenwürderelevanz des Gesprächsinhalts ist die Anwesenheit von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens. Der Einzelne konstituiert seine Persönlichkeit in erster Linie im Wechselspiel mit anderen, also in der Kommunikation. Ehe und Familie haben insoweit für die Kommunikation im höchstpersönlichen Bereich, gerade auch im Intimbereich, eine besondere Bedeutung. So fußt eine in der ehelichen Vertrautheit besonders leicht mögliche thematisch unbegrenzte Kommunikation mit dem Ehepartner auf der Erwartung, dass der Vorgang nicht von Außenstehenden zur Kenntnis genommen werden kann.“ ¹⁰⁷

Eine zeitliche „Rundumüberwachung“ ¹⁰⁸ etwa in Privatwohnungen ist ausgeschlossen. Auf der ersten Stufe der Informationserhebung bedarf es einer vorgelagerten Prüfung, die sicherstellt, *„dass die Erfassung von kernbereichsrelevanten Situationen oder Gesprächen insoweit ausgeschlossen ist, als sich diese mit praktisch zu bewältigendem Aufwand im Vorfeld vermeiden lässt. Für Gespräche mit Personen*

¹⁰⁴ BVerfGE 141, 220, Rn 106 ff; so auch schon BVerfGE 120, 274 (328) und BVerfGE 125, 260 (330).

¹⁰⁵ BVerfGE 141, 220, Rn 111 f mwN zu Anforderungen an den Gefahrenbegriff.

¹⁰⁶ BVerfGE 109, 279 (320 f.).

¹⁰⁷ BVerfGE 109, 279 (321 f.).

¹⁰⁸ BVerfGE 109, 279 (323).

*höchstpersönlichen Vertrauens kann unter Umständen, die typischerweise auf eine vertrauliche Situation hinweisen, die Vermutung geboten sein, dass sie dem Kernbereichsschutz unterfallen und nicht überwacht werden.*¹⁰⁹ Diese Rechtsprechung ist über den Schutz der Wohnung hinaus auch auf andere Formen der Kommunikation und die Nutzung der dafür erforderlichen technischen Instrumente ausgeweitet worden, soweit ihnen Menschenwürderelevanz zukommen kann. Ein Eingriff darf insbesondere nicht erfolgen, um ex post zu ermitteln, ob kernbereichsrelevante Informationen erhoben wurden. Auf der zweiten Stufe der Informationsverwendung verbietet das BVerfG die Verwertung erhobener kernbereichsrelevanter Informationen. Zudem muss die Maßnahme abgebrochen werden, wenn erkennbar wird, dass der Kernbereich tangiert ist.¹¹⁰ Das BVerfG forderte den Gesetzgeber insgesamt dazu auf, das Gleichgewicht zwischen tangierten Grundrechten und Sicherheit auszubalancieren.¹¹¹

Das skizzierte zweistufige Schutzsystem darf danach *„nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden. Zwar wird es stets Formen von besonders gravierender Kriminalität und entsprechende Verdachtssituationen geben, die die Effektivität der Strafrechtspflege als Gemeinwohlinteresse manchem gewichtiger erscheinen lässt als die Wahrung der menschlichen Würde des Beschuldigten. Eine solche Wertung ist dem Staat jedoch durch Art. 1 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG verwehrt.*¹¹² Dazu müsse in Fällen der Wohnraumüberwachung ein gesonderter Schutz konstituiert werden; dazu bedürfe es zweier Ebenen¹¹³. Auf Ebene der Datenerhebung sei maßgeblich, dass geeignete Vorermittlungen getroffen werden, die absichern, dass jedenfalls nicht im Vorfeld der Maßnahme bereits die Berührung des Kernbereichs evident ist. In diesem Falle habe die Maßnahme gänzlich zu unterbleiben. In Bezug auf das geforderte zweistufige Schutzkonzept bedarf es auf erster Ebene einer vorgelagerten Prüfung, die sicherstellt, *„dass die Erfassung von kernbereichsrelevanten Situationen oder Gesprächen insoweit ausgeschlossen ist, als sich diese mit praktisch zu bewältigendem Aufwand im Vorfeld vermeiden lässt.*¹¹⁴ Weitergehend verbietet das

¹⁰⁹ BVerfGE 141, 220, Rn 128.

¹¹⁰ BVerfGE 141, 220, Rn 285.

¹¹¹ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke GG Art.1 Rn.60a.

¹¹² BVerfGE 109, 279 (314).

¹¹³ Erstmals BVerfGE 80, 367; Anm. Bär, TK-Überwachung, § 100a StPO Rn.32.

¹¹⁴ BVerfGE 141, 220, Rn 279.

BVerfG die Verwertung dennoch erhobener kernbereichsrelevanter Informationen. Auf Ebene der Auswertung (2.Stufe) muss sichergestellt werden, dass gleichfalls die genannten Abwägungsgrundsätze gewahrt bleiben. Eine für die Bewertung des Gesprächsinhalts unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Menschenwürde erforderliche erste "Sichtung" ist unter diesen Voraussetzungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Einhaltung jener Anforderungen ist durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen.

c) Grundrechtsschranken und Abwägungsfragen

Die grundrechtlich als solche bislang nicht beanstandete Quellen-TKÜ im Sinne des § 20c Abs. 1, 2 PolG NRW ist dahingehend zu überprüfen, ob das Mittel unter Berücksichtigung der von ihr ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen in einem *angemessenen Verhältnis* zu der durch sie erreichbaren, angestrebten Gefahren- und Terrorprävention zum verbesserten Schutz gefährdeter Rechtsgüter steht. Fraglich ist also, ob der Grundrechtsschutz aus Art. 10 Abs. 1 GG (oder Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) gegenüber der intendierten Gefahrenprävention zurückstehen muss.¹¹⁵ Da es um sensible Eingriffe in die menschliche Privatsphäre geht, wurden wegen dieser Intensität in höchstrichterlicher Rechtsprechung Mindestanforderungen¹¹⁶ an die Angemessenheit und den hier vorzunehmenden Interessenausgleich formuliert:

- Die Gefahrenabwehr muss den Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgüter bezwecken; die Gefahr oder die Verletzung müssen anhand von Tatsachen erwiesen sein (aa).
- Die Vorschrift hat den Kernbereich privater Lebensführung auf zwei Ebenen hinreichend zu schützen (bb).
- Erfolgen mehrere Maßnahmen kombiniert, so dürfen diese nicht in eine „Rundumüberwachung“ münden (cc).
- Hinsichtlich des Verfahrens hat im Grundsatz im Vorfeld eine unabhängige Instanz über die Durchführung zu entscheiden; die Anordnung einer solchen Maßnahme steht damit unter *Richtervorbehalt*. Zudem bestehen Löschungs-

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch Müller, Der sogenannte „Große Lauschangriff“, 2000, S. 135 f.

¹¹⁶ Diese finden sich exemplarisch in BVerfGE 113, 348 (382); 120, 274 (335 ff.); später in BVerfGE 141, 220 Rn 106 ff.); Anm. Eidam, NJW 2016, 3508 (3512); Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1020).

und Dokumentationspflichten im Falle der Erhebung kernbereichsrelevanter Daten (dd).

- Es bedarf eines *Schutzes unbeteiligter Dritter*, die von der Maßnahme betroffen sind (ee).
- Besondere Berufsgruppen und ihre von Verfassungs wegen geschützte Vertrauensverhältnisse haben Berücksichtigung zu finden (ff).

aa) *Gefahr für geschützte, hinreichend gewichtige Rechtsgüter*

Heimliche Überwachungsmaßnahmen können sich rechtfertigen lassen zum Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgütern. Je intensiver der Grundrechtseingriff, umso höher die Eingriffsschwellen. Erforderlich ist weiter, dass der Adressat der Maßnahme aus Sicht eines objektiven Dritten in konkretem Zusammenhang mit der möglichen Rechtsgutsverletzung steht.¹¹⁷

§ 20c PolG NRW deklariert den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes sowie Leib oder Leben einer Person als Schutzgüter. Bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr ist nach Vorgabe des BVerfG unmittelbar auf das Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter abzustellen.¹¹⁸ Leben und Gesundheit der Einzelnen sind in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unter verfassungsrechtlichen Schutz gestellt und hinreichend gewichtig. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG auch für den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes.¹¹⁹ In Hinblick auf die zu schützenden Rechtsgüter und ihr hinreichendes Gewicht ist § 20c PolG NRW mit höherrangigem Verfassungsrecht vereinbar.

Für deren präventiven Schutz müssen hinreichend bestimmte Tatsachen darauf hinweisen, dass die Schutzgüter tatsächlich gefährdet sind.¹²⁰ Jedenfalls muss die Norm an das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte knüpfen, nicht ausreichend sind allgemeine Erfahrungssätze. § 20c PolG NRW knüpft an eine

- gegenwärtige Gefahr (Nr. 1),

¹¹⁷ BVerfGE 141, 220, Rn 104.

¹¹⁸ BVerfGE 125, 260 (329); 141, 220, Rn 106 ff.

¹¹⁹ BVerfGE 120, 274 (328); 125, 260 (330).

¹²⁰ Vgl. *Papier*, NJW 2017, 3025 (3028).

- das individuelle Verhalten des Betroffenen (Nr. 2) an und setzt voraus erfordert, dass die bezeichnete Straftat innerhalb eines „übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise“ begangen wird,¹²¹ oder
- die Involvierung in derartige Bedrohungszusammenhänge (Nr. 3, 4) an.

Danach wäre es etwa unzulässig, wenn in Bezug auf den Adressaten ausschließlich an ein fundamentalistisches Religionsverständnis angeknüpft würde, was in § 20c PolG NRW durch Nennung weiterer notwendiger Tatsachen nicht der Fall ist.¹²² Die Schutzgüter sind hinreichend gewichtig iS der Rechtsprechung des BVerfG.

bb) Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Unabhängig davon, ob Art.10 GG oder das IT-Grundrecht oder beide Grundrechte parallel zur Anwendung kommen, ist nicht in jedem, wohl aber in einer ex ante schwer absehbaren Zahl von Anwendungsfällen der Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung einschlägig. Maßgeblich dafür können der Inhalt und wohl auch der Vertraulichkeitsgrad der Beziehung der Beteiligten sein.¹²³

Gesetze, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung tangieren, müssen aus Gründen des Menschenwürdebezugs hinreichende Schutzvorkehrungen zugunsten der Privatsphäre treffen. Dies gilt insbesondere für heimliche Überwachungsmaßnahmen, welche die zwischenmenschliche Kommunikation berühren.¹²⁴ Im Folgenden wird zunächst erörtert, inwieweit der Kernbereich privater Lebensgestaltung zugunsten sonstiger zu schützender Belange eine Einschränkung erfahren kann. Sodann wird überprüft, ob die in höchstrichterlicher Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Anforderungen an den Kernbereich tangierende Gesetze eingehalten sind. Hierzu wird insbesondere auf das Schutzkonzept eingegangen, ferner wird erörtert, wie sich die Heimlichkeit und die technische Umsetzung der Quellen-TKÜ auf etwaiges Vertrauen des Betroffenen auswirkt. Zuletzt werden sonstige Fragen der Quellen-TKÜ aufgezeigt und verfassungsrechtlich bewertet.

¹²¹ Zum Gefährderkonzept s.u. zu IV 1.

¹²² BVerfGE 141, 220, Rn 113.

¹²³ BVerfGE 109, 279 (322); 90, 255 (260).

¹²⁴ So auch *Eidam*, Anm., NJW 2016, 3508 (3512); ausführlich *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009.

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung kann nicht allein durch bloße Informationserhebungsverbote garantiert werden. Ex ante ist oftmals nicht hinreichend erkennbar, ob kernbereichsrelevante Informationen involviert sein können. Daher muss der Schutz auf der Ebene der Erhebung und auf derjenigen der Auswertung wirken.¹²⁵ Unter ihnen nimmt die erste Stufe den Vorrang ein: Der Schutz hat grundsätzlich und weitest möglich auf der ersten Stufe zu erfolgen hat. Die Verlagerung auf die Auswertungsebene darf nur ausnahmsweise erfolgen. Ergo hat jedes Gesetz jedenfalls zunächst einmal den zweistufigen Schutz so zu normieren, dass dieser als solcher existiert und dass dieses das Verhältnis und die Subsidiarität des Schutzes auf zweiter Stufe als Ausnahmeregelung festhält. Es ist aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten und der Schutzbedürftigkeit nicht zulässig, zunächst in den Kernbereich einzugreifen, um im Sinne einer ex-post-Betrachtung herauszufinden, ob dieser Eingriff zur Erlangung kernbereichsrelevanter Daten geführt hat. Die allein nachträgliche Löschung rechtswidrig oder unzulässig erhobener Daten vermag das Defizit auf erster Stufe, namentlich den bereits erfolgten schwerwiegenden und intensiven Grundrechtseingriff nicht zu kompensieren.

(1) Schutz auf erster Stufe: § 20c Abs.8 S.1 PolG NRW („allein“)

In § 20c Abs.8 S.1 wird die Unzulässigkeit der Maßnahme für denjenigen Fall angeordnet, dass tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass im Rahmen der Maßnahme aus § 20c Abs.1 bzw. Abs.2 PolG „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erzielt werden. Diese Grenze wegen ausschließlicher Betroffenheit des Kernbereichs basiert auf dem realitätsfernen Gedanken, dass im Vorfeld eines Telefongesprächs Ermittlungsbehörden zu der Einschätzung gelangen, in dem Gespräch würden ausschließlich kernbereichsrelevante Inhalte kommuniziert werden.¹²⁶ Selbst in sozialen Nah- und Intimbeziehungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass nicht auch jedenfalls Informationen ausgetauscht werden, welche einen öffentlichen oder belanglosen Charakter aufweisen und mithin nicht kernbereichsrelevant sind. Zudem wird die Polizeibehörde niemals zu dieser Erkenntnis gelangen: Der Wortlaut des Gesetzes

¹²⁵ S.o. III. Unter anderem BVerfGE 109, 279 (318, 324); 113, 348 (391 f.); 120, 274 (338); im Folgenden insbes. Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1021).

¹²⁶ Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1020); Schwabenbauer, AöR Bd. 137 (2012), 1 (6, Fn.15).

erfordert in dieser Form die vollständige Vorhersage des Gesprächsinhalts bis in das letzte Detail.

Teleologisch könnten hierzu die Wertungen von Überwachungen des Wohnraums, wie sie im Rahmen des § 100a StPO erfolgen, heranzuziehen sein, um das Schutzniveau im Lichte des Verfassungsrechts zu evaluieren. Dazu haben sich in der Praxis und in der Rechtsprechung einige (Vermutungs-)Regeln herausgebildet: Der anvisierte Überwachungszeitraum könnte einen Rückschluss dahingehend zulassen, dass im Vorfeld eine Prognose über die mögliche Berührung des Kernbereichs angestellt werden könnte.¹²⁷ Übertragen auf die Überwachung von informationstechnischen Systemen ist hier in Betracht zu ziehen, dass die Beziehung der beteiligten Kommunikationspartner darauf schließen lassen könnte, ob der Kernbereich tangiert sein kann. Hier verbietet sich jede schematische Betrachtung. Lässt sich die Prognose nicht stellen, ob und ggf. wann und wie kernbereichsrelevante Informationen ausgetauscht werden, ist zugleich die Prognose, ein Kommunikationsvorgang werde „allein“ kernbereichsrelevante Informationen erbringen, ex ante nicht möglich. Dazu betont das BVerfG einschränkend, dass „eine Kommunikation über Höchstvertrauliches nicht schon deshalb aus dem strikt zu schützenden Kernbereich herausfällt, weil sich in ihr höchstvertrauliche mit alltäglichen Informationen vermischen.“¹²⁸ Damit wird die Begrenzung durch den Begriff „allein“ teleologisch reduziert, wenn nicht verfassungskonform in sein Gegenteil verkehrt. Legt man den Begriff „allein“ wie das BVerfG aus, so ist der Kernbereichsschutz auf der ersten Ebene jedenfalls operationalisierbar.

Legt man ihn hingegen strikt wörtlich aus, so ist auf erster Ebene keine Form des Kernbereichsschutz garantiert. Dadurch wäre der Schutz vollständig auf die 2. Ebene der Informationsverwertung verlagert. Diese wäre mit den Grundsätzen der Verfassungsrechtsprechung so nicht vereinbar. Von dieser Auslegungsfrage hängt damit die Grundgesetzkonformität des § 20c PolG NRW ab.

(2) Schutz auf zweiter Stufe: Verwertungsverbote

¹²⁷ BVerfGE 109, 279 u. III.

¹²⁸ BVerfGE 141, 220, Rn 222, unter Hinweis auf BVerfGE 109, 279, 330.

Auf Auswertungsebene erfordert § 20c Abs. 8 S. 2 PolG NRW die sofortige Unterbrechung der Überwachungsmaßnahme, soweit neben einer automatischen Aufzeichnung die unmittelbare Kenntnisnahme kernbereichsrelevanter Informationen auf Seiten Überwachender erfolgt. Die aufgezeichneten und gespeicherten Daten unterliegen einem Verwertungsverbot und sind unverzüglich zu löschen, § 20c Abs. 8 S. 3 und 4 PolG NRW. In der Praxis erfolgt die Quellen-TKÜ regelmäßig nicht in Echtzeit, im Regelfall erfolgt eine Auswertung von Informationen durch Aufzeichnung, Speicherung und nachträgliche Auswertung. Sie setzt also die Informationserhebung bereits voraus. Dazu verweist § 20c Abs. 8 S. 9 PolG auf § 18 Abs. 3 S. 3 und Abs. 4 S. 2 bis S. 7 PolG NRW und ordnet an, dass beim Verdacht der Erhebung kernbereichsrelevanter Daten nur eine automatisierte Aufzeichnung in Betracht kommt.

Für diesen Fall hat das BVerfG besondere Schutzvorkehrungen für den Kernbereich vorgesehen.¹²⁹ Danach

- ist bei Anfallen kernbereichsrelevanter Daten eine unabhängige Sichtung durch eine dritte Stelle vorzunehmen mit dem Ziel, kernbereichsrelevante Daten so frühzeitig herauszufiltern, dass sie den Sicherheitsbehörden nach Möglichkeit nicht offenbar werden.
- Diese sei durch nicht mit Sicherheitsaufgaben betraute Personen wahrzunehmen, die besonderen Verschwiegenheitspflichten unterliegen und von der Polizeibehörde unabhängig sind.

Vergleichbare Vorkehrungen finden sich in § 20c PolG NRW nicht, wohl aber in § 18 Abs. 4 S. 4-8 PolG NRW und ansatzweise in § 16 Abs. 3 PolG NRW. Wenn sie auch auf die Quellen-TKÜ anwendbar sind, ist die Verfassungskonformität insoweit sichergestellt. Doch ist deren Anwendbarkeit im Rahmen des § 20c PolG NRW nicht zwingend. Die Vorschrift geht offenbar davon aus, allein § 18 Abs. 3 S. 3 und § 18 Abs. 4 S. 2 PolG NRW seien auf die Quellen-TKÜ anwendbar, die allerdings andere Fragen regeln. In dieser Auslegung würden in § 20c PolG NRW grundgesetzlich notwendige wichtige Vorkehrungen zum Kernbereichsschutz fehlen.

¹²⁹ BVerfGE 141, 220, Rn 223 ff.

Nur wenn auch die Regelungen des § 16 Abs. 3 PolG NRW in die Vorschrift „hineingelesen“ werden, wäre sie ihrerseits grundgesetzkonform.

cc) Technische Defizite und drohende Rundumüberwachung

Die technischen Defizite und die unzulängliche rechtliche Steuerung der Quellen-TKÜ zeigen, dass wirksame rechtliche Vorkehrungen gegen eine Rundumüberwachung Betroffener nicht vollständig vorhanden sind.

dd) Die *verfahrensrechtlichen Anforderungen des GG* an die Anordnung der Quellen-TKÜ sind in § 20c Abs. 4, 5 PolG NRW erfüllt.

ee) *Fehlender Schutz Unbeteiligter*

§ 20c PolG NRW erlaubt die Maßnahmen auch, „wenn andere Personen unvermeidbar betroffen werden.“ Sie wird erlaubt, wenn eine Betroffenheit des Dritten „unvermeidbar“ wäre. Verfassungsrechtlich ist zwar eine Inanspruchnahme des Dritten nicht schlechthin unzulässig.¹³⁰ In praktischer Hinsicht finden die Maßnahmen aus § 20c Abs.1 und 2 PolG NRW damit außer der „Unvermeidbarkeit“ keine Begrenzung. Zugunsten des Unbeteiligten¹³¹ und seiner Daten findet so keine Abwägung statt. Das BVerfG hat diese Zulässigkeit der Informationserhebung einerseits bejaht, andererseits aber jegliche gesetzliche Folgefragen ihrer Verwendung bislang nicht geprüft. Auch wenn eine solche – wohl wegen der hohen Anforderungen an die Zulässigkeit der Maßnahme gegenüber den Adressaten – nicht stattfinden soll, so fehlt doch im PolG NRW

- jede besondere verfahrensrechtliche Vorkehrung für den Umgang mit den Informationen Unbeteiligter, und
- jede besondere materiell-rechtliche Vorkehrung für den Umgang mit ihren Daten, insbesondere deren Speicherung, Dokumentation und Löschung.

¹³⁰ BVerfGE 141, 220, Rn 116, 193.

¹³¹ Im Folgenden auch: *Schwabenbauer*, AöR Bd.137 (2012), 1 (26).

Da die Maßnahme ihnen gegenüber zulässig und daher rechtmäßig ist, können auch die Vorschriften über den Umgang mit rechtswidrig erhobenen Informationen nicht analog angewandt werden. Hier fehlt es also an der Erfüllung jeglicher grundrechtsschützender Bedingungen auch auf der Informationsverwendungsebene.

ff) Berücksichtigung besonderer Vertrauensverhältnisse

§ 20 Abs. 6 S. 7 PolG NRW verweist nunmehr auf § 18 Abs. 2 S. 5 bis 9 PolG NRW.

b) Zwischenergebnis

§ 20c PolG NRW leidet an mehreren verfassungsrechtlichen Mängeln:

Auf der ersten Schutzebene der Informationserhebung ist der Kernbereich nur ausreichend geschützt, wenn der Gesetzeswortlaut gegen seinen Text – aber mit dem BVerfG – teleologisch reduziert wird (dazu aa)).

Auf der zweiten Schutzebene der Informationsverwendung können gleichfalls in § 20c PolG NRW grundgesetzlich notwendige Vorkehrungen zum Kernbereichsschutz nur in die Norm hineingelesen werden (dazu bb)).

Zum Schutz mitbetroffener Dritter, die nicht Adressaten der TKÜ-Maßnahmen sind, fehlen jegliche gesetzlichen Vorkehrungen (dazu ee)).

IV. Verfassungsmäßigkeit der §§ 34b, c PolG NRW (aufenthaltsbezogene Maßnahmen)

Die Regelungen der §§ 34b, c PolG n.F. knüpfen an den Aufenthalt einer Person an.

1. § 34b PolG NRW: „Aufenthaltsvorgaben“

a) Inhalt des § 34b PolG NRW

§ 34b PolG NRW gestattet, eine Vorgabe zum Aufenthalt zu erlassen. Diese Aufenthaltsvorgabe kann in zwei Varianten erfolgen. Sie kann als Untersagung, den Wohn- oder Aufenthaltsort oder einen bestimmten Bereich zu verlassen (Aufenthaltsgebot¹³²/ Entfernungsverbot¹³³) oder als Untersagung, sich an einem bestimmten Bereich aufzuhalten (Aufenthaltsverbot), erfolgen. Der „bestimmte Bereich“ kann das Gebiet des Landes, einen Regierungsbezirk oder eine Großstadt umfassen.¹³⁴ Die Norm kann daher nicht als Hausarrest für Gefährder interpretiert werden. Während § 34b I 1 Nr. 1 PolG NRW an gefahrbezügliche „Tatsachen“ anknüpft, setzt § 34b I 1 Nr. 2 PolG NRW einen verhaltensbezogenen Gefahrenverdacht voraus. Beide Varianten stellen nicht explizit auf das Merkmal der konkreten „Gefahr“ ab. Sie erfordern, dass die betroffene Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums eine terroristische Straftat¹³⁵ nach § 8 IV PolG NRW begehen wird. Es wird mithin gerade keine konkrete Gefahr vorausgesetzt. Die gewählte Variante ersetzt das in dem ersten Entwurf¹³⁶ noch vorgesehene Tatbestandsmerkmal der „drohenden Gefahr“. Bei der Formulierung der Tatbestandsvarianten orientierte sich der Landesgesetzgeber an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG vom 20.04.2016.¹³⁷ Aufenthaltsvorgaben und Kontaktverbote setzen im Vorfeld einer Gefahr an und führen zu einer Ausweitung polizeilicher Eingriffsbefugnisse. Sie ermächtigen nicht zu Gefahrerforschungsmaßnahmen, die sich nur auf Informationsgewinnung beziehen, sondern zu konkreten *Abwehrmaßnahmen auch dann, wenn ein Gefahrurteil noch gar nicht getroffen worden ist* und auch nicht getroffen werden konnte. Erst § 34b I 3 PolG NRW, der eine Rechtsfolgenverweisung auf die Sätze 1 und 2 darstellt, dehnt den terrorismusbezogenen Anwendungsbereich insofern aus, als Aufenthaltsvorgaben auch zur Abwehr einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder des Landes zulässig sind. Er öffnet den Anwendungsbereich somit insbesondere für organisierte und transnationale Kriminalität und Sexualstraftaten.¹³⁸

¹³² LT-Drs. 17/2351, S. 38.

¹³³ BeckOK PolG NRW/Barczak, § 34b Rn. 8.

¹³⁴ LT-Drs. 17/2351, S. 38.

¹³⁵ Zum Begriff der terroristischen Straftat s.o. I.

¹³⁶ LT-Drs. 17/2351, S. 30, 39.

¹³⁷ BVerfGE 141, 220, Rn 164.

¹³⁸ BeckOK PolG NRW/Barczak, § 34b Rn. 21.

Aufenthaltsvorgaben können maximal für drei Monate ergehen (§ 34b V 2 PolG NRW) und beliebig oft – um jeweils maximal drei Monate – verlängert werden, sofern die Voraussetzungen weiterhin vorliegen. Gem. § 34b II PolG NRW stehen die Maßnahmen unter Richtervorbehalt.

Regelungsvorbilder sind § 55 BKAG und Vorschriften aus anderen Landespolizeigesetzen (§ 27b PolG BW, Art. 16 II BayPAG, § 31a I, II HSOG, § 67b SOG M-V, § 36a SOG LSA), die weitestgehend übereinstimmend gestaltet sind. Einzig das bayrische Polizeirecht unterscheidet sich hier merklich durch die Formulierung der „drohenden Gefahr“ von den anderen Landespolizeigesetzen. Es handelt sich hier allerdings nur um eine formulierungstechnische und nicht um eine inhaltliche Unterscheidung.¹³⁹ In Art. 11 III 1 BayPAG findet sich folgende Legaldefinition der drohenden Gefahr: „Die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsskann [kann verhindert werden], wenn im Einzelfall: Das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen zu erwarten sind (drohende Gefahr).“ Damit sind die Voraussetzungen für die Aufenthaltsvorgaben in den Landespolizeigesetzen und dem BKAG weitestgehend identisch.

Alle genannten Vorschriften enthalten explizit oder implizit ein Gefährderkonzept, das der Polizei im Vorfeld einer Gefahr Befugnisse einräumt, die konkrete Abwehrmaßnahmen (aktionelle Maßnahmen) vorsehen. Die Landesgesetzgeber nennen dies – wie in Bayern – explizit oder aber orientieren sich an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG.¹⁴⁰ Dort wird der Begriff der „drohenden Gefahr“ eingegrenzt und dadurch zugleich annäherungsweise konkretisiert. Länder, welche diese Umschreibung aufnehmen, nehmen damit zugleich das Konzept der „drohenden Gefahr“ bzw.- des „Gefährders“ auf. Dieses geht in §§ 34b, c PolG NRW über § 8 Abs. 4 PolG NRW insoweit hinaus, als es nicht *allein auf die „terroristische Gefahr“ Bezug nimmt, sondern zudem die Eingriffsschwelle vorverlagert*. Es wird nicht mehr eine Gefahr vorausgesetzt, sondern an eine „drohende Gefahr“ angeknüpft. Dies

¹³⁹BeckOK PolG NRW/Barczak, § 34b Rn. 14.

¹⁴⁰BVerfG, NJW 2016, 1781 (1785 ff.). Zu Bayern Möstl, BayVBl 2018, 156.

ist – anders als der Name deutlich machen könnte – keine besonders große Gefahr, sondern eine Vorstufe zu ihr: „Drohen“ soll (noch) kein Schaden, sondern erst die (konkrete) Gefahr. Darin liegt *nicht bloß eine Konkretisierung des tradierten Gefahrkonzepts, sondern dessen gegenständliche Ausweitung*. Dies hat die Landesregierung in ihrem Gesetzentwurf unmissverständlich zum Ausdruck gebracht.¹⁴¹ „Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.“ Ausreichend sei eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für besonders bedeutsame Schutzgüter bestehen. Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne könne schon dann bestehen, „wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen.“ Erforderlich ist, dass die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen sowie darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.¹⁴² Darüber hinaus ist der Eingriff nicht zum Schutz jeglicher, sondern lediglich besonders bedeutsamer zulässig.¹⁴³ Schon in früheren Entscheidungen hat das BVerfG Eingriffe im Vorfeld konkreter Gefahren für zulässig erklärt, diese jedoch unter das Erfordernis einschränkender Tatbestandsmerkmale gestellt.¹⁴⁴ Da im Bereich der Vorfeldermittlung der Grad der Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutverletzung aufgrund der fehlenden Nähe der bekannten Tatsachen zu einer konkreten Straftat regelmäßig geringer sein wird als bei Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und die Regelung sich mit nicht näher eingegrenzten Tatsachen begnügt, die die Annahme einer künftigen Straftat rechtfertigen, steigen nach Auffassung des BVerfG die Anforderungen an das

¹⁴¹ So explizit LT-Drs. 17/2351, S. 30: „im Vorfeld konkreter Gefahren“.

¹⁴² BVerfG (Anm. 140) unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung.

¹⁴³ Das Bundesverfassungsgericht spricht von ‘überragend wichtigen’ – Rechtsgütern (aaO., Rn. 112).

¹⁴⁴ BVerfGE 110, 33, Rn. 123; 113, 348.

Gewicht des Schutzguts und die Gefährlichkeit der erwarteten Verletzungshandlung.¹⁴⁵ Durch die gewählte Terminologie konstatiert das Bundesverfassungsgericht explizit („weiter ziehen“, „Vorfeld“, „Vorfeldermittlungen“), dass von dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell zugunsten einer Vorverlagerung polizeilicher Eingriffsermächtigungen abgewichen werden kann, um dem Ziel der Straftatenverhütung in bestimmten Bereichen gerecht zu werden.

Damit weicht der Landesgesetzgeber vom etablierten, verfassungsrechtlich unbedenklichen Gefahrmodell ab und geht über dessen Inhalte hinaus. Danach sind im Gefahrfall Aufklärungs- und Abwehreingriffe, im Fall eines bloßen Gefahrverdachts allein Aufklärungseingriffe zulässig.¹⁴⁶ Bei Nichtvorliegen einer konkreten Gefahr können Gefahrerforschungsmaßnahmen zugelassen werden, um zu ermitteln, *ob* eine Gefahr vorliegt, „gerade weil im Rechtsstaat kausalverlaufsrelevante Freiheitseingriffe nur aufgrund hinreichender Informationen erlaubt sind“¹⁴⁷. Erst wenn eine Gefahr festgestellt wurde, darf kausalverlaufsrelevant eingegriffen werden. Im Grundsatz gilt also, dass das Unterschreiten der Schwelle einer konkreten Gefahr und der Identifizierung eines Störers im Rahmen kausalverlaufseingreifender Maßnahmen nicht möglich ist.¹⁴⁸ Ohne Gefahr und ohne Störer keine Abwehrmaßnahmen.¹⁴⁹

Bei der Fassung der neuen polizeilichen Befugnis des § 34b PolG NRW orientierte sich der Landesgesetzgeber an dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG¹⁵⁰. Dieses schließt eine Abkehr von dem tradierten Sicherheitsmodell nicht a priori aus. Die Schwelle einer konkreten Gefahr kann *ausnahmsweise* – also in bestimmten Bereichen, auf eine bestimmte Art und Weise – abgesenkt werden. Die genannten Ausführungen des BVerfG zur „Vorverlagerung“ und zum „Vorfeld“ beschränkten sich auf die streitgegenständlichen Regelungen des BKAG, also auch Überwachungsmaßnahmen. Damit sind Maßnahmen der Informationsbeschaffung (informationelle Maßnahmen) gemeint, die mit den bekannten

¹⁴⁵ BVerfGE 113, 348, Rn. 152.

¹⁴⁶ BVerfGE 100, 313 (395); BVerfGE 115, 320 (362).

¹⁴⁷ Möstl, DVBl. 2007, 581 (584).

¹⁴⁸ BeckOK BayPolSiR/Möstl, Vorb. Rn. 36 ff.; ders., DVBl. 2007, 581 (584); ders., BayVBl. 2018, 156 (161 ff.); Schucht, Generalklausel und Standardmaßnahme, 2010, S. 120 ff.; Waechter, JZ 2002, 854 (856 ff.); Shirvani, DVBl. 2018, 1393 (1395).

¹⁴⁹ Gusy, Anhörung, Drs. 17/630; ders., POR, 10. Auflage 2017, Rn. 101 ff.

¹⁵⁰ BVerfG, NJW 2016, 1781.

Gefahrerforschungseingriffen übereinstimmen.¹⁵¹ Bei der Aufenthaltsvorgabe handelt es sich aber um eine Gefahrenabwehrmaßnahme, die kausalverlaufsrelevant eingreift.¹⁵²

b) Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Während das Konzept der „drohenden Gefahr“ für Gefahraufklärungseingriffe vom BVerfG akzeptiert ist, ist die Frage nach seiner Verwendbarkeit für Gefahrenabwehrmaßnahmen (wie §§ 34b, c PolG NRW) offen.

aa) Maßgebliches Grundrecht: Art. 11 GG

Gegenüber Deutschen oder ihnen gleich gestellten Unionsbürgern greift eine Aufenthaltsvorgabe in das Grundrecht auf Freizügigkeit, Art. 11 GG, ein.¹⁵³ Vergleichbaren Schutz genießen Nicht-EU-Bürger durch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG.¹⁵⁴ Da der Anwendungsbereich des PolG NRW nicht auf Ausländer beschränkt ist, wird hier Art. 11 GG zugrunde gelegt.¹⁵⁵

Das Grundrecht steht unter dem sog. „*Kriminalvorbehalt*“ des Art. 11 II Var. 5 GG („um strafbaren Handlungen vorzubeugen“). Im Rahmen der Abwägung der widerstreitenden Interessen ist zwischen der Schwere der Straftat einerseits und der Intensität der Freizügigkeitseinschränkung andererseits abzuwägen.¹⁵⁶ Der Verweis auf „terroristische Straftaten“ iSd § 8 Abs. 4 PolG NRW zeigt, dass nur die Vorbereitung schwerster Straftaten Aufenthaltsgebote zulässt. Die vom GG vorausgesetzte Wahrscheinlichkeit der „strafbaren Handlung“, der „vorgebeugt“ werden soll, wird leicht differenzierend formuliert: „hinreichende Wahrscheinlichkeit“,¹⁵⁷ „konkrete Gefahr“,¹⁵⁸ „hochgradig wahrscheinlich“.¹⁵⁹ Unabhängig von derartigen, in ihrer Bedeutung nicht

¹⁵¹ Kulick, AöR 143 (2018), 175 (211); Schwarz, Anhörung, Drs. 17/632, S. 4.

¹⁵² Thiel, GSZ, 1 (6); v. Coelln/Pernice-Warnke/Pützer/Reisch, NWVBl. 2019, 89 (94), die die Übertragung der bundesverfassungsrechtlichen Grundsätze für unproblematisch halten; BeckOK PolG NRW/Barczak, § 34b Rn. 15.

¹⁵³ J/P, Art. 11 Rn. 7.

¹⁵⁴ JP, Art. 11 Rn. 6.

¹⁵⁵ Sofern die Aufenthaltsvorgabe daran hindert, Kontakt zu Familienangehörigen aufzunehmen (Art. 6 I GG) oder die Religionsausübung tangiert (Art. 4 I GG), können im Einzelfall weitere Grundrechte betroffen sein.

¹⁵⁶ Merten/Papier/Merten, Handbuch der Grundrechte, § 94 Rn. 105.

¹⁵⁷ J/P, Art. 11 Rn. 17 m.w.N.

¹⁵⁸ vMKS/Gusy, Art. 10 Rn 62 (Nachw.). BeckOK PolG BW/Nachbaur, § 24b Rn. 3.

¹⁵⁹ Dreier/Pernice, GG, Bd. 1, 2. Auflage 2004, Art. 11 Rn. 29.

immer ganz klaren Nuancen wird deutlich: Art. 11 Abs. 2 GG setzt der gesetzlichen „Vorverlagerung“ der Eingriffsschwelle konkretisierbare rechtliche Grenzen.

Ebenso wenig eindeutig wie die genannten Umschreibungen bleiben auch die Konsequenzen für die Verfassungsmäßigkeit des Gefährderkonzepts“ in § 34b PolG NRW. Einerseits erfordert jedenfalls § 34b I 1 Nr. 2 PolG NRW eine *konkrete Wahrscheinlichkeit*, aber eben keine „konkrete Gefahr“,¹⁶⁰ wie die zitierte Gesetzesbegründung zum Ausdruck bringt.¹⁶¹ Danach sollten die polizeilichen Eingriffsbefugnisse im Vorfeld gegenüber den tradierten polizeirechtlichen Gefahrkonzepten erweitert werden. Fest steht jedenfalls, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeitsprognose abgesenkt hat, so dass zumindest kein „hohe[r] Wahrscheinlichkeitsgrad“¹⁶² vorausgesetzt wird.

Insofern bleibt es verfassungsrechtlich offen, ob die Anforderungen des § 34b PolG NRW dem Kriminalvorbehalt Rechnung tragen.

bb) Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit des § 34b PolG NRW

Kann im Gefahrvorfeld bereits ein Eingriff in Art. 11 GG erfolgen, der nicht allein der Gefahraufklärung, sondern der Gefahrenabwehr dient? Das tradierte Gefahrkonzept ist bekanntlich nicht statisch, sondern dynamisch: Je schwerwiegender das bedrohte Rechtsgut, desto ferner und weniger wahrscheinlich darf der Eintritt des Schadens sein.¹⁶³ Da die Rechtsgüter der „terroristischen Gefahr“ iSd § 8 Abs. 4 PolG NRW sehr hochrangig sind, bedeutet dies: Gefahraufklärungs- und –abwehrmaßnahmen sind bereits in einem Stadium zulässig, in welchem die Gefahrprognose noch wenig konkret, der Schadenseintritt noch wenig wahrscheinlich und die (möglichen) Kausalverläufe noch wenig erkennbar sind. Hier handelt es sich um die Untergrenze der „tatsächlichen Anhaltspunkte“ für eine „konkrete Gefahr“. Erkennbar müssen mögliche bedrohte Rechtsgüter, deren Rückführbarkeit auf bestimmbare Personen und mögliche, wenn auch noch kaum bestimmte Kausalverläufe zwischen deren

¹⁶⁰ Schenke/Graulich/Ruthig/Schenke, § 55 BKAG Rn. 13, setzt das Vorliegen einer konkreten Wahrscheinlichkeit mit dem Vorliegen einer konkreten Gefahr gleich. Wie hier *Waechter*, NVwZ 2018, 458 (460).

¹⁶¹ O. 1 a).

¹⁶² *Kunig*, Jura 1990, 306 (312).

¹⁶³ BeckOK PolG NRW/*Gusy*, § 1 Rn 118 f (umfass. Nachw.)

Handlungen und dem möglichen Schaden bestehen. Sobald dies der Fall ist, sind Gefahrenaufklärungs- und –abwehrmaßnahmen zulässig, wobei zugleich der Vorrang der Aufklärung vor der Abwehr potentieller Schäden durch das Übermaßverbot vorgeschrieben ist.¹⁶⁴

Dieses verfassungskonforme, vom GG grundsätzlich vorgesehene Modell wird durch die Figur der „drohenden Gefahr“ im Vorfeld partiell beeinträchtigt. *Gefährder sind nach den genannten Formel des BVerfG Personen, hinsichtlich derer ein Gefahrverdacht besteht, die Gefahrprognose aber noch nicht gestellt werden kann.* Sie zählten bislang zum Nachrichtendienstrecht, welches sich der Aufklärung von Gefahrstoffverfälschern widmet, zugleich die Befugnisse der Nachrichtendienste allerdings auf Aufklärungsmaßnahmen beschränkt: „Polizeiliche Befugnisse“, also Gefahrenabwehrmaßnahmen über Informationserhebung und –verarbeitung hinaus, stehen ihnen nicht zu. Daraus kann der Schluss gezogen werden. Auch die Polizei kann im Vorfeld berechtigt sein, Informationen zu erheben und zu verarbeiten, ohne dadurch notwendigerweise gegen Grundrechte zu verstoßen. Diesen Schluss hat auch das BVerfG im Urteil zum BKAG gezogen, sich allerdings zugleich darauf beschränkt. Über die Zulässigkeit von grundrechtseingreifender Gefahrenabwehrmaßnahmen im Vorfeld hat es keine Aussagen getroffen.¹⁶⁵ Gerichtliche Vorgaben für diese Frage gibt es gegenwärtig daher nicht.

Gegen die Zulassung von Gefahrenabwehrmaßnahmen im Vorfeld von Gefahren sprechen jedoch andere verfassungsrechtliche Gründe. Das Gefahrkonzept ist inzwischen längst grundgesetzlich aufgeladen und ausgelegt.¹⁶⁶ Danach sind grundrechtseingreifende Maßnahmen mit der Verfassung nur vereinbar, „wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Sie setzen voraus, dass der Adressat der Maßnahme in die mögliche Rechtsgutverletzung aus Sicht eines verständigen Dritten den objektiven Umständen nach verfangen ist.“ Umgekehrt gilt auch: „Für weniger tief in die Privatsphäre eingreifende Maßnahmen reichen die verfassungsrechtlich zulässigen

¹⁶⁴ Dazu näher BeckOK PolG NRW/Gusy, § 1 Rn 173 ff (Nachw.).

¹⁶⁵ Die vergleichbare Norm des § 55 BKAG war nicht Gegenstand von BVerfGE 141, 220.

¹⁶⁶ Zusammenfassend BVerfGE 141, 220, Rn 104.

Gestaltungsmöglichkeiten zur Straftatenverhütung weiter.“¹⁶⁷ In diesem Sinne erscheint Präventionsrecht als eine Resultante aus Legitimation, Effektivität von Polizeiarbeit und Grundrechtsschutz.¹⁶⁸ Es schützt und verwirklicht alle kollidierenden Rechtsgüter im Wege praktischer Konkordanz und in verhältnismäßiger Weise. Eine Abweichung davon ist nicht generell unzulässig. Doch bedarf ihre gesetzliche Zulassung besondere Voraussetzungen: Namentlich

- (1) des Vorhandenseins eines gesetzlichen Gestaltungsspielraums und
- (2) einer Rechtfertigung durch besondere sachliche oder rechtliche Gegebenheiten geboten, sofern keine involvierten Belange in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt werden.

In diesem Rahmen und unter diesen Voraussetzungen besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit, die polizeilichen Eingriffsbefugnisse im Bereich der Vorfeldmaßnahmen zu erweitern und vom tradierten sicherheitsrechtlichen Modell auch zulasten der Rechte möglicher Betroffener abzuweichen. Das wird etwa für terroristische Straftaten angenommen, die sich durch längere Planung, Beteiligung bislang nicht straffällig gewordener Personen, ihr Stattfinden an nicht vorhersehbaren Orte und in ganz verschiedener Weise und namentlich durch die Höhe der betroffenen Rechtsgüter und die Schwere ihrer Beeinträchtigung im Einzelfall auszeichnen.¹⁶⁹ In solchen Fällen können die Anforderungen an die Gefahrprognose reduziert sein. Doch müssen Risikotatbestände und mögliche Urheber jedenfalls umrisshaft erkennbar sein. Wo dies der Fall ist, dürfen polizeiliche Maßnahmen schon im Vorfeld der Gefahr gesetzlich zugelassen und im Einzelfall vorgenommen werden.

Aber gilt dies über gefahraufklärende Maßnahmen hinaus auch für solche der Gefahrenabwehr? Der dazu notwendige gesetzliche Gestaltungsspielraum (s.o. (1)) ist hier nicht groß, da es sich um Eingriffe in das Grundrecht des Art. 11 GG handelt, welche nach dessen Abs. 2 nur eingeschränkt gerechtfertigt werden können. Daher und infolge der im Vorfeld geringeren Anforderungen an die Gefahrenprognose bedarf es erhöhter Anforderungen an die Rechtfertigung des Gesetzes, welche zudem den Anforderungen an tiefgreifende Grundrechtseingriffe genügen müssen (s.o. (2)). Dies

¹⁶⁷ BVerfG ebd.

¹⁶⁸ BeckOK PolG NRW/*Gusy*, § 1 Rn 93 f (Nachw.).

¹⁶⁹ BVerfG ebd., Rn 112.

richtet sich nach den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.

Bestimmtheit: Die Gefahratbestände und ihr Zusammenhang mit der zu treffenden Maßnahme „Aufenthaltsvorgabe“ bzw. „Kontaktverbot“ sind wenig bestimmt. Namentlich setzt der Tatbestand keinen konkreten Zusammenhang zwischen Ort und potentieller Gefahr erforderlich ist. Der bestimmte Ort, der Inhalt der Aufenthaltsvorgabe (positiv wie negativ) ist, sollte das erhöhte Risiko aufweisen, dass die betroffene Person an diesem Ort eine terroristische Straftat begehen könnte.¹⁷⁰ Gem. § 34b PolG NRW genügt jede Gefahr einer terroristischen Straftat, um die betroffene Person einer Aufenthaltsvorgabe zu unterziehen.¹⁷¹ Der fehlende Zusammenhang kann auch die Bestimmtheit in Frage stellen.

Erforderlichkeit: Eingriffe sind nur dann verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, wenn im Zeitpunkt der Vornahme einer grundrechtseingreifenden Maßnahme kein milderes, gleich effektives Mittel zur Verfügung steht.¹⁷² Das Merkmal ist umso einschlägiger, als § 34b PolG NRW Gefahrabwehrmaßnahmen an einen gefahrverdacht koppelt. Ein milderes Mittel, bevor Gefahrenabwehrmaßnahmen wie eine Aufenthaltsvorgabe nach § 34b PolG NRW, unternommen werden, können regelmäßig informationelle Maßnahmen darstellen. Im Vorfeld der Gefahr steht der Gefahrverdacht. Und die zulässige wie auch angemessene Reaktion auf einen Verdacht ist dessen Aufklärung. Der Verdacht rechtfertigt Informationserhebungs- und –verarbeitungsmaßnahmen.¹⁷³ Dies ist schon im Rahmen des tradierten Gefahrkonzepts die vom Übermaßverbot nahe gelegte Reaktionsform. Sie ermöglicht die Feststellung, ob eine Gefahr vorliegt oder nicht, und ob gegen sie Abwehrmaßnahmen getroffen werden dürfen oder gar müssen. Die Art und Form des Informationseingriffs hängt dann von dem Vorhandensein und der Aussagekraft der Informationslage ab. Zugleich gilt aber auch: In diesem Sinne ist Gefahraufklärung nicht auf last-minute-Maßnahmen beschränkt. Sie ist jedenfalls bei der Möglichkeit größerer Schäden an höherwertige Rechtsgüter

¹⁷⁰ So fordert Schenke/Graulich/Ruthig/Schenke, *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Auflage 2019, § 55 BKAG Rn. 4 einen bestimmten Zusammenhang zwischen möglicher Straftatbegehung und dem Ort, der Inhalt der Aufenthaltsvorgabe ist.

¹⁷¹ Demgegenüber sieht § 34 II PolG NRW vor, dass ein Zusammenhang zwischen möglicher Straftatbegehung und dem Ort, für den ein Platzverweis ausgesprochen werden soll, besteht. BeckOK PolG NRW/Ogorek, § 34 Rn. 46.

¹⁷² BVerfGE 126, 112 (144 f.); 90, 145 (172); 92, 262 (273).

¹⁷³ BeckOK PolG NRW/Gusy, § 1 Rn 170 f.

bereits in erheblichem zeitlichem Abstand vom Schadenseintritt zulässig.¹⁷⁴ Und dass sie noch weiter vorverlagert werden darf, ist vom BVerfG bestätigt worden.

Demgegenüber kann die Vorverlagerung davon Gefahrenabwehrmaßnahmen nicht mit vergleichbaren Erwägungen gerechtfertigt werden. Dies folgt weder allein aus Begrifflichkeiten noch aus einem Festhalten an tradierten und mittlerweile obsoleten Polizeirechtstraditionen. Auch Gefahrenabwehr ist im Gefahrenkonzept zwar nachrangig gegenüber Aufklärungsmaßnahmen, aber auch schon in einigem Abstand vom Schadenseintritt zulässig, soweit dies im Einzelfall notwendig erscheint. Ihre Vorverlagerung würde das differenzierte und vom Übermaßverbot vorgegebene Modell von Gefahraufklärung und –abwehr beeinträchtigen. Es würde Abwehrmaßnahmen schon zulassen zu einem Zeitpunkt, in welcher einerseits noch keine Gefahr besteht, andererseits aber Aufklärung wegen zeitlichen Abstands noch möglich ist. Sobald die Aufklärung eine Gefahr erkennen lässt, sind Abwehrmaßnahmen zulässig. Und soweit sie keine Gefahrenlage erkennen lässt, sind Abwehrmaßnahmen unzulässig. Abwehrmaßnahmen im Zeitpunkt möglicher Aufklärungshandlungen würden ein bestimmtes Aufklärungsergebnis vorwegnehmen und damit die Nachrangigkeit der Gefahrenabwehr beeinträchtigen. In diesem Sinne wäre sie nicht erforderlich, wenn noch Aufklärung möglich ist, und würden daher gegen das Übermaßverbot verstoßen.

Ist eine Aufklärung hingegen wegen großer Nähe zum Schadenseintritt nicht mehr möglich, so können Gefahrenabwehrmaßnahmen als vorläufige Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden, indem sie Aufklärung ermöglichen oder aber eine verhindern, dass ein späteres Gefahrurteil gegenstandslos wird. Dies mag etwa bei der Identitätsfeststellung zur Sicherung zivilrechtlicher Ansprüche oder der vorläufige Sicherstellung von Sachen, von denen eine Gefahr ausgehen kann, der Fall sein.¹⁷⁵ Auch der Wohnungsverweis (§ 34a PolG NRW) mag zu solchen Sicherungsmaßnahmen zählen.

Eine derartige Maßnahme stellt das Aufenthalts- bzw. Kontaktverbot jedoch nicht dar. Es ist nicht vorläufig, sondern immerhin mittelfristig (§ 34 Abs. 5 S. 2 PolG NRW: bis

¹⁷⁴ BeckOK PolG NRW/Gusy, § 1 Rn 118 f (Nachw.).

¹⁷⁵ S. z.B. OVG Lüneburg, DöV 2013, 487; DVBl 1009, 1056.

zu 3 Monate) konzipiert. Es stellt einen ebenso weitreichenden wie schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar. Und es ist nicht erkennbar, welchen Beitrag die Verbote zur Sicherung einer Gefahraufklärung leisten können.

Verhältnismäßigkeit: Die Freiheitsbeschränkung durch eine Norm darf im Verhältnis zum intendierten Zweck nicht außer Verhältnis stehen. Wichtig ist: Dieser Grundsatz muss gesetzlich hinreichend zum Ausdruck kommen, um Bürgern und Beamten eine erkennbare und zureichende Orientierung ihres Verhaltens an der Norm zu ermöglichen. Dass das Übermaßverbot (allein) dem Grundgesetz entnommen werden kann, macht einzelne Rechtsnormen noch nicht verfassungsgemäß. Gebunden sind nicht allein die vollziehenden, sondern auch die gesetzgebenden Organe. § 34b Abs. 5 PolG NRW ist die hier einschlägige einfach-gesetzliche Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁷⁶ Doch sieht er keine Einschränkungen der Aufenthaltsvorgaben vor. Der pauschale Verweis des § 34b V 1 PolG NRW, die Aufenthaltsanordnungen auf den zur Abwehr der Gefahr jeweils erforderlichen Umfang zu beschränken, genügt verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Der betroffenen Person muss es – entsprechend § 34 Abs. 2 S. 1 PolG NRW - weiterhin möglich sein, soziale Einrichtungen oder einen Arzt aufzusuchen. So sieht es zwar die Gesetzesbegründung vor,¹⁷⁷ eine Normierung dieser Einschränkung sucht man jedoch vergeblich. Zudem schreibt § 34 V 1 PolG NRW zwar vor, Aufenthaltsvorgaben und Kontaktverbote auf „den zur Abwehr der Gefahr jeweils erforderlichen Umfang zu beschränken“. Diese Einschränkung bleibt gegenstandslos, wenn die Bestimmung im Vorfeld gar keine Gefahr voraussetzt. Allenfalls könnte darauf abgestellt werden, dass die Maßnahmen auf den zur Verhinderung der Entstehung einer Gefahr erforderlichen Umfang beschränkt werden. Kurz: der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zwar in den Gesetzesberatungen gedacht, im Gesetzestext aber nicht (hinreichend) zum Ausdruck gekommen.

c) Zwischenergebnis:

Aufenthalts- und Kontaktverbot (§ 34b PolG NRW) sind im Vorfeld einer konkreten Gefahr

¹⁷⁶ BeckOK PolG NRW/*Barczak*, § 34b Rn. 26.

¹⁷⁷ Gesetzesentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen, LT-Drs. 17/2351, S. 39.

- durch die Schrankenbestimmung des Art. 11 Abs. 2 GG nur partiell gedeckt, und
- infolge des Vorrangs der Gefahrenaufklärung vor der Gefahrenabwehr als Vorfeldmaßnahme nicht erforderlich. Auch ist ihre Verhältnismäßigkeit gesetzlich nicht hinreichend gesichert.

2. § 34c PolG NRW: „elektronische Aufenthaltsüberwachung“ („Fußfessel“)

a) Inhalt, Gesetzgebungsverfahren und Parallelnormen

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) knüpft tatbestandlich weitgehend an die Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbote (§ 34b PolG NRW)¹⁷⁸ an. Seine Voraussetzungen entsprechen denen des § 34b PolG NRW.¹⁷⁹ Nach § 34c I 1 Nr. 1 oder 2 PolG NRW kann der Betroffene zur Verhütung terroristischer Straftaten dazu verpflichtet werden, eine elektronische Fußfessel zu tragen, die den Aufenthaltsort der Person dauerhaft abrufbar macht („electronic monitoring“¹⁸⁰). Der Landesgesetzgeber orientierte sich an § 56 BKAG und dem BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁸¹. Dabei geht er über dessen Anwendungsbereich hinaus, indem eine EAÜ auch zur Abwehr von Sexualstraftaten (§ 34c II 1 Nr. 1), Überwachung von sog. „Stalkern“ (§ 34c II 1 Nr. 2) sowie zur Kontrolle der Einhaltung einer Wohnungsverweisung nach § 34a PolG NRW (§ 34c II 2) angeordnet werden kann.

Das Instrument der EAÜ entstammt der Führungsaufsicht (§ 68b I 1 Nr. 12 StGB i.V.m. § 463a StPO) und findet sich auf bundesrechtlicher Ebene neben § 56 BKAG¹⁸² auch in § 56a AufenthG und auf landesrechtlicher Ebene in § 27c PolG BW, Art. 34 BayPAG, § 31a HSOG, § 67a SOG M-V, § 17c NPOG und § 36c SOG LSA.¹⁸³

Die EAÜ ist ein technisches Mittel, mit dessen Hilfe sich der Aufenthaltsort der betroffenen Person jederzeit bestimmen und überwachen lässt. Dementsprechend

¹⁷⁸ BeckOK PolG NRW/*Barczak*, § 34c Rn. 2.

¹⁷⁹ S. Kap. V.

¹⁸⁰ Popp, ZD 2013, 567 (569).

¹⁸¹ BVerfGE 141, 220.

¹⁸² IdF Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes vom 1. Juni 2017, BGBl. 2017 I, 1354.

¹⁸³ BeckOK PolG NRW/*Barczak*, § 34c Rn. 3.

muss das Gerät ständig in betriebsbereitem Zustand am Körper getragen werden. Weitere Vorgaben erfolgen durch den Gesetzgeber nicht. Die elektronische Fußfessel verfügt über einen GPS¹⁸⁴-Sender, anhand dessen der genaue Standort ermittelt werden kann. Sofern eine Verbindung zu dem Satelliten – etwa in Gebäuden oder in der U-Bahn – nicht möglich ist, wird der Standort anhand der Entfernung der umliegenden Mobilfunkmasten berechnet.¹⁸⁵ Das Fußband ist wasserfest, manipulationssicher und allergikerfreundlich.¹⁸⁶ Es gibt unterschiedliche Varianten der elektronischen Fußfessel. So gibt es ein aktives System, das permanent Signale sendet und somit hohe Kosten verursacht; ein passives System, das nur eine retrospektive Überprüfung ermöglicht und zu Verzögerungen bei der Kontrolle führt, sowie ein hybrides System, das nur bei einem Verstoß (beispielsweise unerlaubtes Betreten eines bestimmten Bereiches) in den Aktivmodus schaltet und erst dann permanent Signale sendet.¹⁸⁷ Bei dem in Deutschland aktuell eingesetzten¹⁸⁸ einteiligen Modell ist die Installation einer *home unit* erforderlich, da die genauen Aufenthaltsdaten innerhalb der Wohnung nicht übermittelt werden dürfen.¹⁸⁹ Die durch eine RFID¹⁹⁰-Verbindung verifizierte *home unit* verhindert die genaue Übermittlung von Standortdaten. Es wird lediglich übermittelt, dass sich die Person in einem bestimmten Radius von wenigen Metern um die *home unit* befindet.¹⁹¹ Bei dem zweiteiligen GPS-Gerät muss zusätzlich zur GPS-Sendeinheit ein Transmitter an der Hüfte getragen werden.¹⁹² Wenn sich der Betroffene in seiner Wohnung aufhält, muss dieser Transmitter abgelegt werden, um die Erfassung der Positionsdaten innerhalb der Wohnung zu unterbinden.¹⁹³ Die Standortdaten werden an die Gemeinsame Überwachungsstelle der Länder (GÜL) geschickt. Vor Anbringung des Fußbandes werden die Geodaten der Gebots- und Verbotszonen¹⁹⁴ an das System in der Überwachungszentrale übermittelt. Ein Alarm wird ausgelöst, wenn der Betroffene die Fußfessel entfernt, sich der Akku entladen hat, er eine Gebots- oder Verbotszone

¹⁸⁴ Global Positioning System.

¹⁸⁵ *Haverkamp u.a.*, NK 24 (2012), 62.

¹⁸⁶ Ebd., S. 62.

¹⁸⁷ Ebd., S. 62 Fn. 4.

¹⁸⁸ Auskunft des hessischen Ministeriums der Justiz vom 27.08.2019.

¹⁸⁹ BeckOK PolG NRW/*Barczak*, § 34c Rn. 4; vgl. auch § 463a IV 1 2.HS StPO.

¹⁹⁰ Radio Frequency IDentification.

¹⁹¹ OLG München, NJW 2019, 2404 (2409).

¹⁹² BT.-Drs. 17/3403, S. 6. Die in den USA eingesetzten zweiteiligen GPS-Modelle erfordern, dass Betroffene die Fußfessel offen über der Kleidung tragen, um einen besseren Empfang zu ermöglichen. Bräuchle, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, 2016, S. 23.

¹⁹³ *Haverkamp/Schwedler/Wößner*, NK 24 (2012), 62.

¹⁹⁴ Brauneisen, StV 2011, 311 (316).

betrifft oder unerlaubt Kontakt mit bestimmten Personen(gruppen) aufnimmt.¹⁹⁵ In einem solchen Fall wird ein Vibrationsalarm bei der überwachten Person ausgelöst und automatisch versucht zu klären, warum der Alarm ausgelöst wurde.¹⁹⁶ Gelingt das nicht, kontaktiert die GÜL die zuständigen Stellen der Länder – im Falle der EAÜ im Bereich der Gefahrenabwehr die Polizeidienststelle, die den Antrag nach § 34c VI PolG NRW gestellt hat.¹⁹⁷

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung

Auch hinsichtlich dieses Instruments gelten die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im BKAG-Urteil. Maßgeblich ist die konkrete Wirkung des Gesetzes auf die Grundrechte Betroffener.

aa) Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Die EAÜ ist primär eine informationelle Maßnahme. Schließlich handelt es sich um eine Überwachungsmaßnahme, deren zentrale Folge in der Übermittlung von Informationen besteht. Der Polizeigesetzgeber ist jedoch einen Schritt weiter gegangen: Er hat die EAÜ zwischen aufenthaltsbeschränkenden Maßnahmen und dem Gewahrsam, die unzweifelhaft auch gefahrenabwehrende Befugnisse normieren, eingeordnet. Auch materiell-rechtlich spricht Vieles dafür, die EAÜ nicht als reine Überwachungsmaßnahme anzusehen. Es soll „in positiv-spezialpräventiver Art und Weise die Selbstkontrolle des Überwachten steigern.“¹⁹⁸ Insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine EAÜ tatbestandlich an eine Aufenthaltsvorgabe gem. § 34b PolG NRW anknüpfen kann, wird ihr eine gewisse „Zwitterstellung“¹⁹⁹ zugesprochen. Aufgrund des Wissens um die permanente Standortbestimmung kann und soll durch eine EAÜ kausalverlaufsrelevant gewirkt werden.²⁰⁰ Betroffene sollen daran gehindert werden Orte zu betreten oder zu verlassen. Darin liegt mehr und anderes als ein bloßer Überwachungseingriff: Einschränkungen der Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und ggf. der Freizügigkeit (Art. 11 GG) werden durch die Überwachung entweder begründet oder aber effektiviert. Durch die „Fußfessel“ entsteht ein

¹⁹⁵ BeckOK PolG NRW/*Barczak*, § 34c Rn. 5; Kaiser, Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung, 2016, S. 96 f.

¹⁹⁶ Kaiser, Auf Schritt und Tritt, S. 97.

¹⁹⁷ BeckOK PolG NRW/*Barczak*, § 34c Rn. 6.

¹⁹⁸ *Armenat/Kretzschmann*, RuP 54 (2018), 22 (26).

¹⁹⁹ BeckOK PolG NRW/*Barczak*, § 34c Rn. 9.

²⁰⁰ MV LT-Drs. 7/1320, S. 18.

Überwachungsdruck, welcher auch der Abschreckung dient.²⁰¹ Insoweit kommt der Maßnahme ein charakteristischer *Doppelcharakter aus gefahraufklärenden und – abwehrenden Wirkungen* zu.

Primär greift sie in das Recht Betroffener auf informationelle Selbstbestimmung ein. Es werden personenbezogene Daten über den Aufenthaltsort und die Aufenthaltszeit, sowie die Aufenthaltsdauer erhoben.²⁰² Konkret wird durch Erhebung, Speicherung, sowie Verwendung der Daten in den Schutzbereich eingegriffen.²⁰³ Auch der Bundesgesetzgeber erkannte bei Einführung der EAÜ einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.²⁰⁴ Daher muss der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen den potentiell eingeschränkten Grundrechten der Betroffenen und schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit herstellen.²⁰⁵ Weil im Bereich der Vorfeldmaßnahmen keine konkrete Gefahr erforderlich ist, ist der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in diesem Fall „besonders rechtfertigungsbedürftig und unterliegt gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen“.²⁰⁶

Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung garantiert Betroffenen einen Bereich höchstpersönlicher Privatheit.²⁰⁷ So darf die Überwachung nicht dazu führen, dass ein umfassendes Persönlichkeitsprofil des Betroffenen erstellt werden kann.²⁰⁸ Auch wenn die EAÜ allein (nach den bekannten und o. angedeuteten Informationen über seine Wirkungsweise) nicht dazu ausreicht, um ein (unzulässiges) umfassendes Persönlichkeitsprofil zu erstellen, lassen die Daten weitgehende Rückschlüsse auf das Verhalten der Person zu.²⁰⁹ So kann aufgrund der Nachverfolgung des Standortes ein weitgehend umfassendes Bewegungsprofil erstellt werden. Regelmäßige Aufenthalte an bestimmten Örtlichkeiten (beispielsweise Spielcasino) lassen eindeutige Rückschlüsse auf Verhaltensweisen des Betroffenen zu. Die Möglichkeit einer nahezu lückenlosen Abfrage von Standortdaten kann es

²⁰¹ Haverkamp/Schwedler/Wößner, NK 24 (2012), 62 (64).

²⁰² Ullrich/Walter/Zimmermann, NWVBl. 2019, 98 (101).

²⁰³ BVerfGE 65, 1.

²⁰⁴ BT-Drs. 17/3403, S. 18 ff.

²⁰⁵ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1783).

²⁰⁶ BVerfGE 133, 277 (328); Guckelberger, DVBl. 2017, 1121 (1124).

²⁰⁷ BVerfGE 141, 220, Rn 119 ff.

²⁰⁸ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1787).

²⁰⁹ Guckelberger, DVBl. 2017, 1121 (1124).

erlauben, ein nahezu umfassendes Bewegungsprofil zu erstellen, das Rückschlüsse auf Verhaltensweisen Betroffener zulässt. Dies ist nach der Rechtsprechung des BVerfG unzulässig. Jedoch bedarf es nach der Rechtsprechung namentlich zum Verbot der Rundumüberwachung dazu keiner besonderen gesetzlichen Regelungen.²¹⁰ Das Verbot gilt verfassungsunmittelbar und betrifft nicht allein die Gesetzgebung, sondern namentlich auch die ausführenden Stellen.

Hier sprechen die umfangreichen Ausführungsbestimmungen der Abs. 3-9, die vorgeschriebene Befristung der Maßnahme (Abs. 8) und die Regelungen zur Verwendung der erhobenen Daten (Abs. 3, 4) dafür, dass die vom BVerfG grundsätzlich für zulässig gehaltene Maßnahme die grundgesetzlichen Grenzen wahrt.

bb) Eingriff in Art. 11, 2 Abs. 1 GG (Fortbewegungsfreiheit)

Daneben bedarf der vom Gesetzgeber gewollte und zugelassene Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit aus Art. 11; 2 Abs. 1 GG der Rechtfertigung. Hier ist zunächst daran zu erinnern,

- dass der Eingriff nur zulässig ist zur Durchsetzung von Ge- oder Verboten, die ihrerseits mit dem GG vereinbar sind. Dies ist bei Maßnahmen nach § 34b PolG NRW nicht der Fall, soweit diese sind gegen Gefährder richten.²¹¹
- dass Maßnahmen im Vorfeld der konkreten Gefahr mit Art. 11 Abs. 2 Alt. 5 GG unvereinbar sind, wenn die Grundrechtsschranke eine „konkrete Gefahr“ vorausgesetzt wird.²¹² Doch ist hier die Diskussion noch nicht abgeschlossen.

Die *Geeignetheit der Maßnahme* zur Verhinderung von Straftaten wird zu Recht verneint.²¹³ Zwar soll die EAÜ die Begehung terroristischer Straftaten verhindern. Bereits hier kann man die Effektivität und Geeignetheit der EAÜ anzweifeln. So wird eine elektronische Fußfessel wohl keinen zur Tat geneigten Gefährder davon abhalten, die Tat zu begehen, zumal sie ihn physisch nicht daran hindern kann, wie tragische Beispiele belegen.²¹⁴ Sie kann am ehesten als Kontrollinstrument dienen. Damit hängt

²¹⁰ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1798).

²¹¹ Dazu o. 1.

²¹² Dazu o. IV 1.

²¹³ Lindner/Bast, DVBl. 2017, 290 (292).

²¹⁴ Adel Kermiche konnte trotz EAÜ am 26.7.2016 in einer Kirche in Frankreich fünf Geiseln nehmen und den 86-jährigen Priester töten. Rafik Yousef, der nach seiner Haftentlassung eine elektronische Fußfessel tragen

die Wirksamkeit der Fußfessel nicht zuletzt von der Wirksamkeit der polizeilichen Maßnahmen ab, welche der Überwachung und Durchsetzung ihrer Meldungen und der Reaktion auf diese dienen. Umgekehrt ist aber auch nicht zu verkennen: Wenn einerseits die EAÜ zugleich als (mittelbarer) Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit qualifiziert wird, ist es andererseits widersprüchlich, die Geeignetheit der Maßnahme zum Zweck der Straftatprävention gänzlich zu verneinen. Zwar mag diese auch vom Einzelfall abhängen: Je gefährlicher und entschlossener eine Person ist, desto weniger wird sie sich an die von der Fußfessel ausgehenden Eingriffswirkungen halten. Doch mögen andere, weniger gefährliche Personen die daraus resultierende Eingriffswirkungen in ihre Fortbewegungsfreiheit spüren und sich von diesen beeinflussen lassen. Dann allerdings hängt die Wirksamkeit der Maßnahme von den Einzelfragen und -fällen ihrer Anwendung ab. Eine EAÜ kann für manche Gefährder Abschreckungswirkung zeigen und - je nachdem, wie schnell ein Alarm ausgelöst wird - kann ein schnelles Eingreifen der Polizei die Begehung von terroristischen Straftaten verhindern.²¹⁵ Die EAÜ ist somit dann zumindest grundsätzlich dazu geeignet, die Verhinderung von Straftaten zu fördern.²¹⁶

b) Zwischenergebnis

Die EAÜ greift sowohl in informationelle Grundrechte wie aber auch in die Fortbewegungsfreiheit ein. Die erste Wirkung ist vom BVerfG bereits als grundsätzlich verfassungskonform anerkannt worden. Die zweite Wirkungsdimension ist jedenfalls dann grundgesetzkonform, wenn

- die Fußfessel der Durchsetzung von Ge- oder Verboten dient, die ihrerseits mit dem GG vereinbar sind; dies ist bei Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbot nur partiell der Fall;²¹⁷

musste, konnte im September 2015 eine Stunde lang umherlaufen, ohne dass nach ihm gesucht wurde. Weitere Beispiele bei *Grumske*, Anhörung, Drs. 17/648, S. 7 f.

²¹⁵ *Guckelberger*, DVBl. 2017, 1121 (1125).

²¹⁶ Krit. *Haverkamp/Schwedler/Wößner*, NK 24 (2012), 62 (64); *Grumske*, Anhörung, Drs. 17/648, S. 8.

²¹⁷ S. o. IV 1.

- die Fußfessel im Einzelfall einen Eingriff in Art. 11 GG darstellt und im Gefahrvorfeld gegen „Gefährder“ angeordnet wird, sofern Art. 11 Abs. 2 GG eine „konkrete Gefahr“ voraussetzt;²¹⁸
- die Normanwendung im Einzelfall mit den grundgesetzlichen Vorgaben der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit in Einklang steht.

Die genannten verfassungsrechtlichen Mängel wirken sich weiter auf die Vereinbarkeit der Durchsetzungsnorm des **§ 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG NRW** mittels **Polizeigewahrsams** mit dem Grundgesetz aus. Auch dieser ist nur insoweit verfassungsgemäß, als die mit ihm durchzusetzenden Anordnungen ihrerseits nach § 34 b, c PolG NRW verfassungskonform sind.

V. Verfassungsmäßigkeit einzelner Alternativen des § 38 Abs. 2 PolG NRW

Einzelne Elemente der Neuregelungen zu § 38 Abs. 2 PolG NRW halten einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.²¹⁹ Die nachfolgende Untersuchung bezieht sich auf

- die Gewahrsamshöchstdauer von 28 Tagen bei Gefahr der Begehung irgendeines Verbrechens in § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW (dazu 1),
- die Anhebung der Gewahrsamsdauer auf bis zu sieben Tage in den Fällen des § 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW zur Durchsetzung von Kontaktverboten und elektronischer Aufenthaltsüberwachung (dazu 2.),
- die Anhebung der Dauer der Ingewahrsamnahme nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW auf bis zu sieben Tage im Falle der misslingenden Identitätsfeststellung (dazu 3.).

1. Zur Vereinbarkeit von § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW mit dem Grundgesetz

²¹⁸ Dazu o. IV 1.

²¹⁹ Stellungnahme von *Ennuschat*, Anhörung, Drs. 17/657, S. 11; *Gusy*, Anhörung, Drs. 17/630, S. 12 ff.; *Gazeas*, Anhörung, Drs. 17/662, S. 22 ff.; *Arzt*, Anhörung, Drs. 17/652, S. 25 f; Drs. 17/936, S. 27 ff.

a) Inhalt der Nr. 1: Gewahrsamsdauer bis zu 2x14 Tagen:

§ 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW ermöglicht es der Polizei, Verantwortliche bei Gefahr einer unmittelbar bevorstehender Begehung oder Fortsetzung eines Verbrechens im Sinne von § 12 Abs. 1 StGB nach richterlicher Entscheidung bis zu 14 Tage in Unterbindungsgewahrsam zu nehmen. Der Gewahrsam kann um weitere 14 Tage nach erneuter richterlicher Entscheidung verlängert werden. Personen können somit insgesamt bis zu 28 Tage in Unterbindungsgewahrsam (statt bislang max. 2 Tage nach § 38 Abs. 1 S. 3 PolG NRW a.F.) genommen werden.

Die Neuregelung unterscheidet sich von einschlägigen Regelungen sowohl des Bundes- als auch des Landesrechts anderer Bundesländer. So sind *Bundespolizei* und *Bundeskriminalamt* (BKA) nach § 42 Abs. 1 S. 2 BPolG und § 57 BKAG ermächtigt, bei Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale Personen in Gewahrsam zu nehmen. Nach § 57 Abs. 1 BKAG darf das BKA eine Person in Gewahrsam nehmen zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden oder fortgesetzten Gefahr des internationalen Terrorismus.²²⁰ § 57 Abs. 2 BKAG verweist hinsichtlich der Gewahrsamsfristen auf § 42 Abs. 1 BPolG.²²¹ Danach darf die Bundespolizei eine Person in Gewahrsam nehmen bei begangenen (schwerem) Landfriedensbruch (§§ 125, 125a StGB) oder gemeinschaftlicher Nötigung (§ 240 StGB), sofern Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Betroffene sich an einer solchen Straftat beteiligt hat oder beteiligen wollte und ohne die Freiheitsentziehung eine Fortsetzung dieser Verhaltensweise zu erwarten ist. Gemeinsam ist beiden Regelungen, dass eine Beschränkung auf definierte gefahrverursachende Straftaten vorgeschrieben ist. Die für den Gewahrsam vorgesehene Höchstfrist beträgt nach BKAG und BPolG *bis zu vier Tage*, der durch richterliche Entscheidung angeordnet werden muss. Selbst bei einer terroristischen Gefahr ist das BKA lediglich ermächtigt, eine Person vier Tage in Präventivgewahrsam zu nehmen. **Tatbestandsvoraussetzungen** und **Rechtsfolgen** der Ermächtigungsgrundlagen sind also **eng definiert**. Darüber geht § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW in mehrfacher Hinsicht hinaus. Er verlangt eine Gefahr der Begehung oder Fortsetzung eines Verbrechens (§ 12 Abs. 1 StGB). Vom Erfordernis einer terroristischen Straftat ist hier keine Spur (mehr). Zugleich ermöglicht er einen bis zu

²²⁰ Siehe den Verweis auf § 5 Abs. 1 S. 2 BKAG, der die Gefahren des internationalen Terrorismus definiert.

²²¹ Zu verfahrensrechtlichen Voraussetzungen: *Ruthig/W.R. Schenke*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hg.): *Sicherheitsrecht des Bundes*, § 57 BKAG, Rn. 3 ff.

siebenfach längeren Gewahrsam als die entsprechenden Vorschriften von BPolG und BKAG auch in seiner überarbeiteten Version vom 1. Juni 2017.²²²

In den *Polizeigesetzen anderer Länder* fanden und finden sich rechtliche Höchstgrenzen unterschiedlicher Art. Während die meisten von 4 Tagen ausgehen, enthielten und enthalten andere Fristen bis zu 14 Tagen.²²³ Lediglich Bayern mit jeweils dreimonatiger Höchstdauer nach richterlicher Entscheidung hat mit Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG weiterreichende Gewahrsamsdauern ermöglicht.²²⁴ Die Länder Schleswig-Holstein (seit 2004) und Bremen (seit 2001) haben traditionell keine Höchstfristen statuiert.²²⁵ Ähnlich lange Fristenregelungen finden sich in Niedersachsen (14 Tage plus 14 Tage plus sieben Tage mit jeweils Richtervorbehalt)²²⁶ und Brandenburg (14 Tage plus 14 Tage mit jeweils Richtervorbehalt).²²⁷ Doch beziehen sich diese Gewahrsamsdauern allein auf „terroristische Straftaten“. Der niedersächsische Landesgesetzgeber hat für die „gewöhnlichen“ Straftaten ein Maximalmaß von zehn Tagen für ausreichend erachtet, um potentiell schwere Straftaten, aber eben nicht terroristische Straftaten zu unterbinden.²²⁸ In Brandenburg²²⁹ kann der insgesamt vierwöchige Gewahrsam nur bei Anhaltspunkten einer terroristischen Straftat angeordnet werden. Bei der Wahrscheinlichkeit fortwirkender Verstöße gegen §§ 125, 125a StGB greift die viertägige Gewahrsamsdauer. Für alle anderen Straftaten – inklusive Verbrechen – verbleibt es bei einer Höchstdauer von 48 Stunden.²³⁰ Einzig in NRW und Bayern gehen die Polizeigesetze also bei dem präventiven Gewahrsam aufgrund „gewöhnlicher“ Straftaten explizit derart weit. Dabei waren in der Vergangenheit in NRW rechtliche oder praktische Unzulänglichkeiten der bisher relativ kurzen Dauer von max. 48 Stunden nicht bekannt.²³¹

²²² BKAG vom 1. Juni 2017, BGBl. I 1354.

²²³ Art. 20 S. 1 Nr. 3 S. 2 letzter Hs. BayPAG vom 1.10.1990; s.a. § 22 PolG BW vom 30.7.1991; § 22 Abs. 7 S. 3 SächsPolG vom 1.1.2005. Wegen unzureichender Differenzierung und Bestimmtheit wurde die 14-tägige Gewahrsamshöchstfrist vom VerFGH Sachsen, SächsVBl 1996, 160, für landesverfassungswidrig erklärt.

²²⁴ Zur Kritik dieser sog. „Gefährderhaft“ vgl. *Kuch*, DVBl 2018, 343 ff.; *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145. ff. und *Pieroth*, GSZ 2018, 133 ff. (136), die auf evidente verfassungsrechtliche Bedenken bzw. Verfassungswidrigkeit des Konzepts hinweisen.

²²⁵ Vgl. § 204 Abs. 5 LVwG SH und § 18 Abs. 1 BremPolG.

²²⁶ § 21 Abs. 2 Nr. 1 S. 3 NPOG.

²²⁷ § 28d Abs. 2 BbGPolG.

²²⁸ § 21 Abs. 2 Nr. 2 NPOG.

²²⁹ Kritisch *Roggan*, LKV 2019, 241 ff. (247 ff.).

²³⁰ §§ 20, 28d BbGPolG.

²³¹ Gusy, Anhörung, Drs. 17/630, S. 12.

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung

aa) Verfassungsgerichtliche Leitentscheidungen

Die Leitentscheidung des BVerfG zur Höchstdauer des Gewahrsams aus dem Jahr 2004²³² urteilt: „ ... kann der Staat auf konkrete Gefahrensituationen lediglich mit den situationsbezogenen Instrumenten des Polizeirechts reagieren, zu denen auch der bis zu 14-tägige landesrechtliche Polizeigewahrsam gehören dürfte. Dagegen wäre die längerfristige Verwahrung eines psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Bürgers zum Zweck der Abwehr einer von ihm ausgehenden Gefahr der Begehung von Straftaten mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.“²³³ Dass das BVerfG eine absolute Höchstfrist meint, wird aus der Verknüpfung des ersten zitierten mit dem zweiten Satz deutlich: Längerfristige Verwahrungen sind nach seiner Ansicht abgesehen von den genannten Ausnahmefällen in den PsychKG der Länder und im Strafprozessrecht schlechterdings unzulässig. Jeder Unterbindungsgewahrsam nach dem Polizeigesetz zum Zweck der Abwehr einer von einer Person ausgehenden Gefahr darf bis zu 14 Tage – nicht mehr – umfassen. Berücksichtigung finden muss darüber hinaus das Übermaßverbot, das im Einzelfall kürzere Fristen erfordern kann.²³⁴ Diese Lesart wird dadurch gestützt, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 2004 in einigen Landespolizeigesetzen ein maximal 14-tägiger Präventivgewahrsam vorgesehen war. Das BVerfG bezog sich im obiter dictum auf die seinerzeit geltende Rechtslage und wies darauf hin, dass deren Ausweitung unzulässig wäre. Der Anknüpfungspunkt an die seinerzeit aktuelle Rechtslage macht deutlich, dass die zweiwöchige Frist nicht bloß ein „Richtwert“²³⁵ sein sollte, sondern der damaligen Obergrenze des Landesrechts entsprach. Ein über 14-tägiger landesrechtlicher Präventivgewahrsam ist nach Ansicht des BVerfG demnach verfassungswidrig.

§ 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW lässt nunmehr einen Präventivgewahrsam von bis zu 28 Tagen zu. Dieser erscheint damit unvereinbar.²³⁶ Hingegen geht der Landesgesetzgeber davon aus, dass sein Stufenmodell jener Rechtsprechung

²³² BVerfGE 109, 190, Rn 111.

²³³ BVerfGE 109, 190, Rn. 111; dazu *Sachs*, JuS 2004, 531; *Krüger*, Neue Justiz 2004, 295; *Kinzig*, NJW 2004, 911; *Pestalozza*, JZ 2004, 605; *Renzikowski*, JR 2004, 271 (274), der darauf verweist, dass der EGMR bis dahin keine rein präventive Freiheitsentziehungen gebilligt hat.

²³⁴ Arzt, Anhörung, Drs. 17/652, S. 25 f.; Drs. 17/936, S. 28, siehe auch: *Pieroth*, GZS 2018, 133 ff. (137).

²³⁵ So aber *Thiel*, Anhörung, Drs. 17/944, S. 7.

²³⁶ Weitergehend *Arzt*, Anhörung, Drs. 17/652, S. 25 f.; Drs. 17/936, S. 28; *Gusy*, Anhörung, Drs. 17/630, S. 13; *Gazeas*, Anhörung, Drs. 17/662, S. 18.

entspricht: Eine erstmalige 14-tägige Anordnung und die mögliche erneute Anordnung um weitere um weitere 14 Tage jeweils nach erneuter richterlicher Überprüfung erfülle die genannten Anforderungen.²³⁷ Dies wird zum Teil mit Sachgerechtigkeits- bzw. Praktikabilitätserwägungen begründet.²³⁸

bb) Zur Vereinbarkeit des § 38 Abs. 2 Nr. 1 mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

Grundgesetzlicher Maßstab ist Art.2 Abs. 2 S. 2 GG. Er schützt die Menschen vor Beschränkungen ihrer tatsächlichen körperlichen Bewegungsfreiheit z.B. durch Verhaftung, Festnahme und ähnliche Maßnahmen unmittelbaren Zwangs.²³⁹ Bereits Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG selbst stellt systematisch klar, dass der Gewahrsam als Grundrechtseingriff zu klassifizieren ist. Er unterliegt damit den Anforderungen des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG (hinsichtlich des „Ob“) und des Art.104 GG (hinsichtlich des „Wie“). Beide Garantien gelten durch Art. 4 Abs. 2 NRWLV auch als Landesrecht. Die Freiheit der Person ist ausweislich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG „unverletzlich“ und darf nur unter strengen Anforderungen beschränkt werden. Hierzu ist der allgemeine Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG textlich zu weit geraten und wird durch das BVerfG mittels des Übermaßverbots eingegrenzt. Dem hohen Rang der Freiheit der Person und der Schwere des Eingriffs durch Freiheitsentziehungen müssen vergleichbar hochrangige Gründe für die Einschränkung gegenüberstehen. Maßgeblich seien der Rang des durch die Freiheitsentziehung zu schützenden Rechtsguts und die Notwendigkeit seines Schutzes gerade durch den Gewahrsam.²⁴⁰ Mit dieser Maßgabe ist es Aufgabe des Gesetzgebers, im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative gesetzliche Regelungen zu treffen.²⁴¹ Dazu muss er entsprechend hohe tatbestandliche Anforderungen an die Zulässigkeit und Fortdauer des Gewahrsams stellen.²⁴² Er muss eine berechenbare, messbare und kontrollierbare Vorschrift schaffen.²⁴³ § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW müsste den strengen Grundsätzen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁴⁴ entsprechen.

²³⁷ Änderungsantrag von CDU und FDP, LT-Drs. 17/3865, S. 25; v. *Coelln/Pernice-Warnke/Pützer/Reisch*, NWVBl 2019, 89 (96); *Thiel*, GZS 2019, 1 ff. (8); tendenziell *Basteck*, in: BeckOK PolG NRW, § 38 Rn. 17.

²³⁸ *Thiel*, GSZ 2019, 1, (8: „Sachgerechtigkeit“).

²³⁹ BVerfGE 10, 302, 322.

²⁴⁰ BVerfGE 130, 372, 392. S.a. BVerfGE 66, 191, 195; 58, 208, 224. Zusammenfassend Gusy, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2011, S. 398 ff.

²⁴¹ Sog. Einschätzungsprärogative, vgl. Ennuschat, Anhörung, Drs. 17/940, S. 10; Löffelmann, Anhörung, Drs. 17/641, S. 14.

²⁴² *Degenhart*, in: *Sachs*, Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2011, Art. 104, Rn. 17; vMKS/*Gusy*, Bd. III, Art. 104 Rn. 27.

²⁴³ BVerfGE 29, 183, 196.

²⁴⁴ *Mehde*, in: *MD*, Kommentar zum GG, Stand: 87. EL 2019, Art. 104, Rn. 71.

cc) Verhältnismäßigkeit der Norm?

Ist ein bis zu 28-tägiger Gewahrsam notwendig und ausreichend, um die einbezogenen Straftatentypen zu verhindern? Nach der BVerfG-Rechtsprechung sind präventive Freiheitsentziehungen nur so lange zulässig, wie sie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind. Der präventive Gewahrsam darf nur von kurzer Dauer und vorläufig sein.²⁴⁵ Auch darf er wegen der Eingriffsschwere nur zum Schutze hochwertiger Rechtsgüter und unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen.²⁴⁶ Hierzu hat das Gericht die genannte 14-tägige Höchstfrist statuiert. Die 2x14 Tage des § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW gehen darüber hinaus. Sie stellen auch keine Erfüllung der alten Höchstgrenzen dar. 2 x 14 Tage sind länger als 1 x 14 Tage. Und die erneute richterliche Prüfung ändert nichts an der Tatsache, dass der Gewahrsam in der Summe verlängert wird. Die richterliche Mitwirkung ist insbesondere nicht geeignet, eine erneute 14-tägige Gewahrsamsfrist zu begründen.

Eine Verlängerung wäre demnach wohl nur zulässig, wenn es verfassungsrechtlich anerkannte Gründe geben könnte, welche ein Abgehen von der damaligen Rechtsprechung durch neuere Gefahren geboten erscheinen lassen. Der Landesgesetzgeber geht davon aus, dass die Wertigkeit der durch den Gewahrsam zu schützenden Rechtsgüter bereits durch das BKAG-Urteil des BVerfG akzeptiert worden ist und damit eine Freiheitsentziehung rechtfertigt.²⁴⁷ Dort hat das BVerfG den Schutz des Bestandes oder der Sicherheit des Staates oder von Leib, Leben oder Freiheit einer Person sowie bedeutsame Sachwerte, sofern wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen betroffen sind, als besonders wichtige Rechtsgüter klassifiziert.²⁴⁸ Der Verweis geht jedoch fehl. Das BVerfG hat dort zwar die Wertigkeit der Rechtsgüter betont, daraus aber noch nicht allein die Zulässigkeit eines Gewahrsams zu ihrer Durchsetzung hergeleitet. Welche Maßnahmen danach getroffen werden dürfen, bedarf stets einer differenzierten Rechtfertigung nach Maßgabe der Eingriffswirkung und des anwendbaren Grundrechts.

²⁴⁵ BVerfG, EuGRZ 1997, 374, Rn. 16; *Lisken/Denninger/Graulich*, Rn. 552.

²⁴⁶ BVerfGE 128, 326, 372f.

²⁴⁷ LT-Drs. 17/2351, S. 46 mit Verweis auf BVerfGE 141, 220, Rn. 155.

²⁴⁸ BVerfGE 141, 220, Rn. 155. mit Verweis auf BVerfGE 133, 277, 365, Rn. 203.

Das bedarf namentlich für den Polizeigewahrsam einer besonderen Begründung. Dies gilt umso mehr, als in der Vergangenheit – soweit ersichtlich – weder die in NRW bislang geltende Höchstgrenze von 2 Tagen noch aber auch die in den meisten anderen Bundesländer geltende Höchstgrenze von 4 Tagen zu Unzuträglichkeiten beim Rechtsgüterschutz geführt haben. So wurde zuletzt bei der Novelle des BKAG von 2017 noch ein Gewahrsam von bis zu vier Tagen für die Ermittlung bei internationalen terroristischen Straftaten für ausreichend erachtet.²⁴⁹ Insoweit stellt sich die Frage nach Geeignetheit und Erforderlichkeit der Heraufsetzung der Gewahrsamshöchstfristen in besonderer Weise: Geeignet ist sie, wenn sie den Zweck der Gefahrenabwehr gegen Verbrechen fördert. Erforderlich ist sie, wenn es zum gleichen Zweck kein weniger grundrechtseingreifendes Mittel gibt.

Grundsätzlich ist nicht ausgeschlossen, dass eine erhöhte Gewahrsamsdauer die Verbrechensabwehr besser erfüllen kann als eine kürzere. Umgekehrt gibt es hierfür aber auch keine belastbaren Belege. Das gilt umso mehr, als bei geplanten Verbrechen neben den Gewahrsam das Recht der Untersuchungshaft treten kann. Hier gilt die insoweit strengere strafprozessuale Vorschrift des § 112a StPO, die mit der EMRK in Einklang steht,²⁵⁰ durch die Neuregelung des § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW umgangen wird. Der in § 112a StPO erforderliche dringende Tatverdacht ist dem Polizeirecht fremd. Wenn eine Person längerfristig nach polizeirechtlichen Regelungen in Gewahrsam genommen werden kann, um sie an der Fortsetzung einer Straftat zu hindern, läuft die speziellere Norm des § 112a StPO ins Leere. Dies ist unzulässig.²⁵¹ Zudem droht die Gefahr, dass dem Betroffenen eines präventiven Polizeigewahrsams nicht dasselbe Schutzniveau zukommt, wie in einem Strafverfahren,²⁵² wo unter anderem ein Pflichtverteidiger gestellt wird und z.B. der Grundsatz der Unschuldsvermutung gilt.²⁵³ Das sog. *Abstandsgebot* zwischen Strafverfolgung und Präventivhaft²⁵⁴ wird damit durchbrochen. Gerechtfertigt werden könnte dies allenfalls durch den Umstand, dass die Untersuchungshaft bereits den dringenden Tatverdacht

²⁴⁹ Vgl. § 57 BKAG i.V.m. § 42 Abs. 2 BPolG.

²⁵⁰ Vgl. *Böhm*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider*, MüKo/StPO, Band I, 1. Aufl. 2014, § 112a, Rn. 3 m.w.N.; *Graf*, in: *Hannich*, KK/StPO, 8. Aufl. 2019, § 112a, Rn. 3 m.w.N.

²⁵¹ *Lisken/Denninger/Graulich*, Rn. 552.

²⁵² Thiel, Anhörung, Drs. 17/944, S. 7, der darauf hinweist, dass z.B. der Grundsatz *ne bis in idem* im Polizeirecht nicht greift.

²⁵³ Amnesty international, Drs. Anhörung, 17/646, S.19; s.a.a. § 37 PolG NRW.

²⁵⁴ BVerfGE 128, 326, Rn. 100.

einer (zumindest versuchten) Straftat voraussetzt, während das Polizeirecht sich auch gegen potentielle „Ersttäter“ richten kann. Insoweit wäre der denkbare betroffene Personenkreis etwas weiter. Nur in diesen Fällen hätte § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW überhaupt einen eigenständigen Anwendungsbereich.

Um dennoch Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Verlängerung der Gewahrsamsdauer zu begründen, stellte der Gesetzentwurf zunächst auf eine mögliche terroristische Bedrohung ab.²⁵⁵ Weil es neuerlich immer schwerere terroristische Bedrohungen gebe, müssten gesetzlich längere Gewahrsamsdauern ermöglicht werden.²⁵⁶ Dies entspricht der Annahme des BVerfG, dass für solche Straftaten eine längere Planungsdauer notwendig sei und zudem häufiger Ersttäter, gegen welche Maßnahmen nach dem Strafprozessrecht unzulässig sind, an geplanten Aktionen beteiligt seien.²⁵⁷ Damit rechtfertigte das BVerfG jedenfalls besondere Aufklärungsmöglichkeiten zur Gefahrenabwehr gegen drohende terroristische Straftaten. Immerhin könnte vergleichbare Erwägungen auch hinsichtlich des Polizeigewahrsams anzustellen sein. Jedoch ist der enge *Bezug zwischen Terrorismus und Regelungsnotwendigkeit in der Gesetzesfassung verschwunden*. Der Verweis in § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW auf die heute § 8 Abs. 4 PolG NRW genannte terroristische Straftat ist im Gesetzgebungsprozess gestrichen worden. Da auch die anderen Tatbestandsalternativen überwiegend keinen Terrorismusbezug mehr vorsehen bzw. diesen noch nie vorsahen, ist mit der Streichung der Bezug zum Terrorismus weitestgehend verschwunden.²⁵⁸

Stattdessen argumentiert der Gesetzgeber in NRW nun anders: Angesichts zunehmender „Alltagskriminalität“ sollen die Menschen wieder „ein sicheres Leben führen [...] können“.²⁵⁹ Gerade dieser Zweck wird durch das Gesetz aber nicht verfolgt: *Verbrechen*, auf welche sich die § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW beziehen, *sind keine „Alltagskriminalität“*. Selbst sofern eine Steigerung der Sicherheit und Straftatenbekämpfung erforderlich erscheint, zeigen die Kriminalstatistiken schon

²⁵⁵ Vgl. bereits den Einleitungssatz in LT-Drs. 17/2351, S. 1.

²⁵⁶ Konkret zu § 38 PolGE NRW 2018: LT-Drs. 17/2351, S. 46 „bei Vorliegen einer terroristischen Gefahr eine Regelung in Nr. 1 geschaffen, welche die Möglichkeit des Gewahrsams auf bis zu einen Monat ausdehnt.“

²⁵⁷ BVerfGE 141, 220, Rn 103 ff.

²⁵⁸ Ausnahme ist § 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW über den Verweis auf §§ 34b, 34c PolG NRW, die jeweils eine terroristische Straftat im Sinne von § 8 Abs. 4 PolG NRW voraussetzen.

²⁵⁹ Vgl. LT-Drs. 17/2351 (Gesetzentwurf PolG 2018), S. 1.

unter dem alten Recht rückläufige Zahlen an Straftaten.²⁶⁰ Dem Gesetzestext fehlt so der Bezug zur eigenen Begründung: Die Heraufsetzung der Gewahrsamsdauer über die anerkannten 14 Tage hinaus kann so nicht begründet werden. Und die Erforderlichkeit lässt sich jedenfalls für die Verbrechenverhinderung nicht begründen: Sie war auch dem, BVerfG im Jahr 2004 bereits bekannt. Eine mildere Maßnahme wären hier eine Absenkung der Höchstdauer etwa auf 14 Tage (wie vom BVerfG gefordert) oder aber auf 4 Tage wie in anderen Bundesländern.

Zusammenfassend gibt es keinen verfassungsrechtlich tragfähigen Grund, die vom BVerfG bislang angenommene Höchstfrist des Polizeigewahrsams von 14 Tage zu überschreiten. Jedenfalls insoweit verstößt § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW gegen das Übermaßverbot.

dd) Annex: Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK?

Die EMRK gilt in Deutschland mit dem Rang eines Bundesgesetzes²⁶¹ und bildet so gleichfalls einen rechtlichen Maßstab für die Landesgesetzgebung.²⁶² Zur Vermeidung von Regelungswidersprüchen sind zudem die Grundrechte des GG – soweit möglich – im Lichte der Garantien der EMRK auszulegen.²⁶³ Dasselbe dürfte auch für ihre Rezeption in Art. 4 Abs. 2 LV gelten. Der Unterbindungsgewahrsam hat das Ziel, Straftaten zu verhindern.²⁶⁴ Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a – f EMRK regeln enumerativ Gründe für Freiheitsentziehungen, die eng auszulegen sind.²⁶⁵ Nur wenn einer dieser Gründe – nach eben enger Auslegung – vorliegt, ist eine Freiheitsentziehung rechtmäßig. In Frage kommen für den Gewahrsam nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW lediglich die Buchstaben b und c.²⁶⁶

Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK ist kaum einschlägig. Danach kann einer Person die Freiheit entzogen werden bei hinreichendem Verdacht der Straftatbegehung oder bei begründetem Anlass zu der Annahme, dass dies zur Verhinderung der Begehung oder

²⁶⁰ Für den Bund: BKA: Minus 3,6% an Straftaten im Vergleich zum Vorjahr, zuletzt weniger Straftaten im Jahr 1992 (BKA, PKS 2018 – Ausgewählte Zahlen im Überblick, S. 10). Für NRW: LKA NRW: Rückgang an Straftaten von 6,6% im Vergleich zum Vorjahr, weniger Straftaten zuletzt im Jahr 1991 (LKA NRW, PKS NRW 2018, S. 12).

²⁶¹ BVerfG, NJW 2016, 2800, Rn. 29.

²⁶² *Pieroth*, GSZ 2018, 133 ff. (136).

²⁶³ BVerfG, NJW 2016, 2800, Rn. 30.

²⁶⁴ Siehe dazu Lischen/Denninger/*Rachor*, HdbPolR 5. Aufl. 2012, E, Rn. 506 ff.

²⁶⁵ *Elberling*, in: Karpenstein/Mayer, EGMR Kommentar, 1. Aufl. 2012, Art. 5, Rn. 28.

²⁶⁶ *Elberling*, in: Karpenstein/Mayer, EGMR Kommentar, 1. Aufl. 2012, Art. 5, Rn. 50 und 56.

Flucht nach Begehung notwendig ist. Dabei legt der EGMR²⁶⁷ den Begriff der Straftat eng am Strafrecht aus.²⁶⁸ Die Freiheit dürfe nur zum Zweck der Vorführung bei zuständigen Gerichten beschränkt werden, bei Straftaten also in Verbindung mit einem Strafverfahren. Der Bezug zum Strafverfahren gelte ausdrücklich in allen in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK genannten Fällen. Ein rein polizeilich präventiver Gewahrsam ist somit nicht durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK legitimiert.²⁶⁹ „A person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence.“²⁷⁰ Es entspricht ferner der herrschenden Meinung in der Literatur.²⁷¹ Der präventive Gewahrsam nach §§ 35, 38 PolG NRW ist nicht durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK legitimiert.

Demgegenüber könnte *Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b EMRK* in der Rechtsprechung des EGMR den Präventivgewahrsam erlauben. Ein präventiver Gewahrsam verstößt zwar gegen dessen Wortlaut, der die Maßnahme bei Nichterfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung erlaubt. Der EGMR hat allerdings diese gesetzliche Verpflichtung als „obligation to keep the peace“, also als Rechtstreuepflicht, ausgelegt.²⁷² Wenn die Polizei im Regelfall Straftaten verhindern wolle, welche ein Bürger begehen wolle, sei ein Gewahrsam wegen der Rechtstreuepflicht über Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b EMRK möglich. Diese Auffassung hat die große Kammer des EGMR bestätigt.²⁷³ *Präventiver Gewahrsam ist also über Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b EMRK grundsätzlich möglich.*

Beide Entscheidungen betrafen denselben Anwendungsbereich, es drohten schwerwiegende Rechtsverstöße. Sie betrafen Hooligans, die im Rahmen von

²⁶⁷ EGMR, Entscheidung vom 1.12.2011, Az. 8080/08 und 8577/08, insb. Rn. 69 ff.

²⁶⁸ Dazu und folgend: EGMR, Entscheidung vom 1.12.2011, Az. 8080/08 und 8577/08, insb. Rn. 69 ff.; ferner: EGMR, 17. Dezember 2009, Az. 19359/04, Rnn. 89 und 102.

²⁶⁹ Ausdrücklich: EGMR, Entscheidung vom 1.12.2011, Az. 8080/08 und 8577/08, Rn. 72; in der Folge auch LG Rostock, Urt. v. 19.4.2012, Az. 3 T 13/10.

²⁷⁰ EGMR, Entscheidung vom 26.10.2000, Az. 30210/96 (Ječius ./ Litauen), dort Rn. 50; davor bereits ausschließlicher Bezug zum Strafverfahren in: EGMR, Entscheidung vom 22.2.1989, Az. 11152/84, Rn. 38 ff. (Ciulla): „*La Cour souligne que l'alinéa c) (art. 5-1-c) permet exclusivement des privations de liberté ordonnées dans le cadre d'une procédure pénale.*“; ferner in: EGMR, Entscheidung vom 24.3.2005, Az. 77909/01 (NvwZ 2006, 797), Rn. 35 (Epple).

²⁷¹ Kühne/Esser, StV 2002, 383 ff. (386), Renzikowski, in: Pöbel/Schmähl (Hg.): IntKommEMRK, 21. Aktual. 2015, Art. 5, Rn. 180; Renzikowski, JR 2004, 271 ff. (274); Elberling, in: Karpenstein/Mayer, EGMR Kommentar, 1. Aufl. 2012, Art. 5, Rnn. 50 und 56; Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 5, Rn. 70; i.E. auch Dörr/Grote/Maruhn/Dörr, EMRK/GG Konkordanz-Kommentar I, Kapitel 13, 2. Aufl. 2013, Rn. 184 f.

²⁷² EGMR, Entsch. v. 7.3.2013, Az. 15598/08.

²⁷³ EGMR, Entsch. v. 22.10.2018, Az. 35553/12, 36678/12, 36711/12.

Fußballspielen wiederholt auffällig wurden, die befürchteten Straftaten bedrohten Leib und Leben der Beteiligten. Die Betroffenen wurden jeweils konkret aufgefordert, die Straftaten zu unterlassen und ließen sich hiervon dennoch nicht abbringen. Ort, Zeit und potentielle Opfer waren klar konkretisiert. Zudem dauerte der Gewahrsam nur wenige Stunden.

Die entschiedenen Fälle waren vergleichbar etwa mit § 38 Abs. 2 PolG NRW a.F. Sie sind hingegen nicht vergleichbar mit der nunmehr geschaffenen Neuregelung, namentlich der erhöhten Gewahrsamsdauer. Anders als in den vor dem EGMR entschiedenen Vergleichsfällen fehlen im PolG NRW gerade die dort erheblichen kurzfristige Gewahrsamsdauern. Eine solche Regelung ist vom EGMR nicht als konventionsrechtskonform beurteilt worden. Der Grundsatz, dass die Präventivhaft in der hier vorgesehenen Länge– nach der EMRK unzulässig ist, dürfte fortgelten.²⁷⁴

Da die **Auslegung der Grundrechte** des Grundgesetzes **völkerrechtsfreundlich** erfolgt, beeinflussen Verstöße gegen die EMRK die deutschen Grundrechte. Zweck der Neuregelungen in § 38 PolG NRW ist die Erhöhung der Sicherheit durch verlängerte Gewahrsamsdauern. Nach Art. 5 EMRK darf dies allein geschehen durch Maßnahmen kurzer Dauer (weniger Stunden oder Tage). Der max. 2x14-tätiger Präventivgewahrsam ist damit konventions- und wegen des Übermaßverbots verfassungswidrig.

ee) Zwischenergebnis

§ 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW ist insoweit mit Art.2 Abs. 2 S. 2 GG und dem Übermaßverbot jedenfalls insoweit nicht vereinbar, als er eine 14 Tage übersteigende Höchstfrist zulässt.²⁷⁵ Ein 28-tägiger Präventivgewahrsam ist nach Ansicht des BVerfG verfassungswidrig.²⁷⁶ Für ein Abgehen von jener Leitentscheidung gibt es keinen rechtfertigenden Grund. Insbesondere Erfordernisse der Terrorismusabwehr reichen dafür nicht, zumal die Regelung sind nicht (allein) gegen terroristische Straftaten richtet. Zudem verkennt die Neuregelung die Anforderungen des Art. 5 EMRK.

²⁷⁴ Anderes gilt vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b EMRK u.a. zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung, z.B. nach Aussprache eines polizeilichen Platzverweises.

²⁷⁵ Bereits Arzt, Anhörung, Drs. 17/936; *Pieroth*, GZS 2018, 133 ff. (136).

²⁷⁶ BVerfGE 109, 190, Rn. 111 (Langfristige Sicherungsverwahrung).

2. Zur Vereinbarkeit von § 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW mit dem Grundgesetz

a) Inhalt der Nr. 4: Gewahrsamsdauer gegen „Gefährder“ bis zu 7 Tagen

§ 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW verweist tatbestandlich auf § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG NRW. Hiernach darf zur Durchsetzung von Aufenthaltsanordnung bzw. Kontaktverbot im Sinne von § 34b PolG NRW²⁷⁷ bzw. zur Durchsetzung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung gemäß § 34c PolG NRW²⁷⁸ eine Person in Gewahrsam genommen werden. Kontaktverbote und Aufenthaltsanordnungen sollen ausweislich der Gesetzesbegründung terroristische Straftaten verhindern, indem sie konspirative Netzwerke durchbrechen bzw. den Aufenthalt an spezifischen gefährdeten Orten verbieten.²⁷⁹ Zur Durchsetzung darf die Polizei Personen, die gegen die Aufenthaltsanordnung bzw. das Kontaktverbot verstoßen, für bis zu sieben Tage in Gewahrsam nehmen, soweit dies unerlässlich ist.

Die Regelung entspricht partiell den Vorbildern des BKAG und des § 21 NdsPolG, die im Detail andere Voraussetzungen und andere Gewahrsamshöchstdauern vorsehen. In NRW wurde im Gesetzgebungsverfahren die Alternative verselbständigt und die Gewahrsamsdauer auf max. sieben Tagen reduziert.

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung

Als Freiheitsentziehung ist der Gewahrsam verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig. Das gilt sowohl für den Tatbestand der Norm als auch für ihre Rechtsfolge. Der Landesgesetzgeber hat bei Gesetzeserlass auch bei der Festlegung der Gewahrsamsdauer eine Einschätzungsprärogative,²⁸⁰ soweit nicht zwingende grundgesetzliche Vorgaben entgegenstehen.

²⁷⁷ Dazu o. IV 1.

²⁷⁸ Dazu o. IV 2.

²⁷⁹ LT-Drs. 17/2351, S. 38 f.

²⁸⁰ Zur gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative BVerfG, NVwZ-RR 2008, 1, Rn. 36; BVerfGE 115, 276; Ennuschat, Anhörung, Drs. 17/940, S. 10.

aa) Siebentägiger Gewahrsam zur Durchsetzung von Kontaktverboten und Aufenthaltsvorgaben (§ 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 6 1. Alt. PolG NRW i.V.m. § 34b PolG NRW)

§ 38 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 6 1. Alt. PolG NRW regelt Gewahrsamsdauern bei Aufenthaltsgeboten und Kontaktverboten. Beide dürfen neuerlich nach § 34b Abs. 1, 5 PolG NRW für bis zu drei Monate verhängt werden. Demgegenüber darf der Polizeigewahrsam zu ihrer Durchsetzung max. 7 Tage betragen. Einerseits soll offenbar die bisherige, max.2-tägige Gewahrsamsdauer für diese neue Fallgruppe erhöht werden. Andererseits soll der Gewahrsam aber auch nicht so lange dauern wie die zu sichernde Maßnahme selbst, insbesondere nicht 3 Monate lang. Es handelt sich damit um einen Grundrechtseingriff, welcher Züge eines Zwangsmittels aufweist: Der Gewahrsam dient zur Erzwingung einer anderen Handlung und ersetzt diese nicht: Er soll auch nicht an die Stelle der Aufenthaltsvorgaben und –überwachung treten, die auch dadurch durchgesetzt werden könnten, wenn der Betroffene sich im Gewahrsam befindet. §§ 35, 38 PolG NRW wirken wie ein Beugemittel und damit wie eine besonders typisierte Form des unmittelbaren Zwangs.

Der Eingriff bedarf der Rechtfertigung sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch hinsichtlich des Wie“, hier konkret: des „Wie lange“ der Maßnahme, zumal der Gewahrsam den schwerwiegendsten zulässigen Grundrechtseingriff des Polizeirechts darstellt.²⁸¹

Tatbestandlich knüpft die Vorschrift an §§ 34 b, c PolG NRW an, die ihrerseits auf „Gefährder“ hinsichtlich „terroristischer Straftaten“ abstellen. Die zuletzt genannte Voraussetzung nennt zudem höchstrangige Schutzgüter und ist als Anknüpfungspunkt auch schwerwiegender Grundrechtseingriffe geeignet. Hingegen ist das Abstellen auf „Gefährder“, die im Einzelfall noch keine Gefahr verursachen, allein zum Zweck von Gefahraufklärungs-, nicht hingegen schon zum Zweck von Gefahrenabwehrmaßnahmen zulässig.²⁸² Da Aufenthaltsverbot, Kontaktverbot, Aufenthaltsüberwachung und Gewahrsam keine Aufklärungsmaßnahmen sind, darf für sie nicht auf „Gefährder“ abgestellt werden.²⁸³ Daraus folgt: Aus demselben Grund dürfen unter diesen Voraussetzungen auch keine Maßnahmen angeordnet werden, welche der Erzwingung von Abwehrmaßnahmen zu dienen bestimmt sind. Diese

²⁸¹ Lisken/Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, E Rn 483, 486 ff (Nachw.).

²⁸² Dazu o. IV 1.

²⁸³ Dazu schon o. IV 1, 2.

tatbestandliche Anknüpfung kraft Verweisung ist demnach mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar.

Hinsichtlich der angeordneten Rechtsfolge bedarf die zugelassenen Gewahrsamsdauer eine rechtfertigenden Grundes. Dabei ist grundsätzlich festzuhalten, dass die Festlegung der (Höchst-)Dauer stets ein dezisionistisches Element aufweist: Es lässt sich niemals ganz eindeutig begründen, warum gesetzlich genau 2 oder 3 oder 4 Tage zulässig sein sollen. Eine solche Festlegung bedarf allerdings der Rechtfertigung durch sachliche Gründe, die nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen dürfen. Der Regelungskompromiss der Nr. 5 liegt hier darin, dass einerseits die Dauer der durchzusetzenden Maßnahme selbst (bis zu 3 Monaten mit Verlängerungsmöglichkeit) als zu lang für den Polizeigewahrsam gilt; andererseits die bisherige Höchstdauer des Gewahrsams von 2 Tagen als offenbar zu gering angesehen wurde, um den Erzwingungszweck der Maßnahme in jedem Einzelfall zu erreichen. Ist die Höchstdauer Ausprägung des Übermaßverbots, ist sie zugleich Ausdruck des Effektivitätsgebots des Polizeirechts. Die notwendige Abwägung ist im Gesetzgebungsverfahren allenfalls im Ansatz deutlich geworden. Maßgeblich ist daher, ob die getroffene Maßnahme vor dem Hintergrund der Maßstäbe von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit begründbar ist.

Hinsichtlich des *Kontaktverbots* gilt hier: Gewahrsam ist zu seiner Durchsetzung geeignet, denn eine in Gewahrsam befindliche Person kann keinen Kontakt zu der „verpönten“ Personengruppe aufnehmen. Ob die Maßnahme im Einzelfall geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist, lässt sich wohl nur im Einzelfall feststellen. Bei der Beurteilung ist einerseits zu berücksichtigen, dass der gesetzliche Rahmen nur die Höchstdauer des Gewahrsams betrifft. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass im Einzelfall nicht festgestellt werden kann, ob eine Person, die sich im Gewahrsam befindet, außerhalb des Gewahrsams ein Kontaktverbot einhalten würde. Hierfür finden sich im Einzelfall außer der verbal bekundeten Bereitschaft zur Befolgung des Verbots kaum belastbare Anhaltspunkte. Insoweit kann der gesetzliche Rahmen eine implizite Aufforderung darstellen, die Höchstdauer bei der Anordnung auszuschöpfen und die Widerlegung ihrer Notwendigkeit dem Betroffenen aufzuerlegen, der dazu im Gewahrsam aber nahezu keine Möglichkeit – über die bloße Erklärung seiner Befolgungsbereitschaft hinaus – hat. Desungeachtet erscheint die Norm *nicht per se*

verfassungswidrig. Denn der Gewahrsam ist allein zulässig, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Betroffene das Kontaktverbot nicht freiwillig befolgen werden. Und die eher zurückhaltende Rechtsprechungspraxis, welche in der Vergangenheit nicht zur pauschalen Ausschöpfung zulässiger Höchstdauern bei Freiheitsentziehungen neigte, mag eine im Einzelfall geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Rechtsanwendung auch unterhalb der 7-tägigen Höchstfrist sicherstellen. Zumindest lassen sich dem Gesetzeswortlaut und –zweck keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber dieser Praxis entgegenwirken wollte.

Hinsichtlich der Durchsetzung von *Aufenthaltsvorgaben* stellt sich schon die Geeignetheit differenzierter dar. Üblicherweise wird sich die Aufenthaltsvorgabe auf die Wohnung bzw. den Weg zur Arbeit und zum Supermarkt beziehen, nicht auf die Räume, in denen in Gewahrsam genommene Personen in der Polizeiwache untergebracht werden. Der Gewahrsam ist hier also sogar kontraproduktiv und somit ungeeignet, um die Aufenthaltsvorgabe durchzusetzen. Er stellt sich als reine „Erzwingungshaft“ und damit als Element des Verwaltungszwangs dar außerhalb der Regelungen der §§ 50 ff PolG NRW. Auch wenn dem Verwaltungszwang überschießende Elemente gegenüber der durchzusetzenden Handlung nicht restlos fremd sind: Wie bereits im Gesetzgebungsverfahren hinreichend angemerkt,²⁸⁴ findet sich keine Begründung dafür, warum die allgemeinen Zwangsmittelanordnungen und die Strafvorschrift des § 34d PolG NRW nicht ausreichend wären. Die Regelung wäre dann nicht erforderlich.

bb) Siebentägiger Gewahrsam zur Durchsetzung von elektronischer Aufenthaltsüberwachung (§ 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 6 2. Alt. PolG NRW i.V.m. § 34c PolG NRW)

Soweit die elektronische Aufenthaltsüberwachung nach § 34c PolG NRW an die Figur der „Gefährder“ anknüpft, ist diese insoweit aus den o. genannten Gründen grundgesetzwidrig, als im Einzelfall noch keine Gefahr besteht.²⁸⁵ Insoweit ist auch ihre Durchsetzung mittels eines max. 7-tägigen Gewahrsams grundgesetzwidrig.

²⁸⁴ Thiel, Anhörung, Drs. 17/651, S. 11; Gazeas, Anhörung, Drs. 17/662, S. 19; Löffelmann, Anhörung, Drs. 17/641, S. 12; tendenziell auch Arzt Anhörung, Drs. 17/936, S. 27.

²⁸⁵ Dazu o. IV 2.

Darüber hinaus ist aber auch die vorgeschriebene Höchstdauer von 7 Tagen zumindest nicht erforderlich.²⁸⁶ Ein Gewahrsam könnte höchstens zum erneuten Anlegen des elektronischen GPS-Sensors (der sog. „Fußfessel“) durch Polizeibeamte sinnvoll sein. Dieses Anlegen dauert allerdings keine sieben Tage, sondern wenige Minuten. Auch mit den Mitteln des unmittelbaren Zwangs ist nicht erkennbar, warum das Anlegen – einschließlich ggf. erforderlicher Vorbereitungshandlungen - 7 Tage dauern sollte. Die Maßnahme ist zur Durchsetzung des Anlegens also mit dieser Dauer nicht erforderlich. Milderer Mittel zur Durchsetzung wäre hingegen ein klärendes Gespräch per Vorladung oder das (erneute) Anlegen, ggf. mit strafrechtlicher Ermittlung nach § 34d PolG NRW.²⁸⁷ Sollte auch die Erforderlichkeit mit erneut nicht nachvollziehbaren Argumenten noch angenommen werden, so ist die Norm jedenfalls unangemessen.

c) Zwischenergebnis

§ 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW verliert deshalb seinen Anwendungsbereich, weil bereits die Normen, auf die verwiesen wird (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 1. Alt. und 2. Alt. PolG NRW) partiell verfassungswidrig sind, soweit dort an „Gefährder“ angeknüpft wird.

Für die Ziele der Durchsetzung der Aufenthaltsvorgaben und der elektronischen Aufenthaltsüberwachung ist ein bis zu siebentägiger Gewahrsam teils ungeeignet, jedenfalls aber nicht erforderlich bzw. unangemessen. Insoweit sind diese Regelungen unverhältnismäßig.

3. Zur Verfassungsmäßigkeit von § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW

a) Inhalt der Nr. 5: Gewahrsam bis zu 7 Tagen zur Identitätsfeststellung

Eine *Identitätsfeststellung* als Feststellung der Personalien einer bis dahin unbekannt Person²⁸⁸ kann u.a. erfolgen zur Gefahrenabwehr (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW), zum Schutz privater Rechte (§ 8 PolG NRW), an gefährlichen Orten (12 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW) oder Objekten (12 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW) und an Kontrollstellen (12 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW). Weil sie regelmäßig anderen polizeilichen Maßnahmen

²⁸⁶ Arzt, Anhörung, Drs. 17/936, S. 28; Löffelmann, Anhörung, Drs. 17/641, S. 12.

²⁸⁷ Gazeas, Anhörung, Drs. 17/945, S. 19; dass die Verpflichtung der Fußfessel zum Tragen im Gewahrsam im Wege des unmittelbaren Zwangs durchzusetzen ist, erkennt auch der Landesgesetzgeber (LT-Drs. 17/3865, S. 23).

²⁸⁸ Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, § 4 Rn. 228.

vorausgeht oder an diese anknüpft, ist sie eine der bedeutsamsten Standardmaßnahmen.²⁸⁹ Zugleich knüpft sie an die niedrigste Gefahrstufe des Polizeirechts an: Es genügen nicht näher qualifizierte konkrete oder indizierte Gefahren. Offenbar gilt dem Gesetzgeber die Maßnahme als wenig eingriffsintensiv und deshalb auch unter niedrighschwelligeren Voraussetzungen zulässig. Sofern die Identität nicht am Ort des Aufgreifen möglich ist, können Betroffene (ohne zusätzliche Voraussetzungen) mit zur Wache genommen werden, wo sodann in ihrer Gegenwart der Informationseingriff durchgeführt wird (§ 12 Abs. 2 PolG S. 3 NRW). Gemäß § 38 Abs. 2 PolG NRW a.F. durfte dieser Aufenthalt auf der Wache, der gesetzlich als Freiheitsentziehung qualifiziert ist, zum Zweck der Identitätsfeststellung die zeitliche Dauer von insgesamt 12 Stunden nicht überschreiten.

Die Neuregelung sieht nunmehr eine gestufte Gewahrsamsdauer vor. Nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW n.F. darf der Gewahrsam bis zu 12 Stunden andauern (wie bislang). Darüber hinaus darf er mit richterlicher Entscheidung bis zu sieben Tage fort dauern, sofern Tatsachen die Annahme begründen, dass die Identitätsfeststellung vorsätzlich verhindert worden ist. In dieser Fallgruppe zählt die Gewahrsamsdauer in NRW unter allen Bundesländern zur Spitzengruppe. In etwa der Hälfte der Bundesländer gilt die früher auch hier geltende Höchstfrist von 12 Stunden.²⁹⁰ Einzig in Baden-Württemberg beträgt die mögliche Gewahrsamsdauer auch bei gestörter Identitätsfeststellung maximal 14 Tage.²⁹¹ Hierauf verweist der Landesgesetzgeber in NRW.²⁹² Niedersachsen normiert lediglich sechs Stunden.²⁹³ Für die Bundespolizei beträgt die maximale Gewahrsamsdauer zur Feststellung der Identität gemäß § 42 Abs. 2 BPolG 12 Stunden, vor allem mit dem Argument, dass die betroffene Person unter Umständen noch nicht einmal Störer sein muss.²⁹⁴ Die 12-stündige Höchstdauer im BPolG entspricht der Parallelvorschrift aus § 163c Abs. 2 StPO, zu der die Landesregierung NRW ursprünglich einen Gleichlauf herstellen wollte, um das vermeintliche Problem zu beheben, dass eine sofortige Unterscheidung zwischen Tatverdächtigem und Gefahrverursacher unmöglich sei.²⁹⁵ Das BKA hat mangels Rechtsgrundlage gar keine

²⁸⁹ Lisken/Denninger/Graulich, E Rn. 307; Ogorek, in: BeckOK PolR, § 12 PolG NRW, Rn. 1.

²⁹⁰ § 33 Abs. 2 ASOG Bln; § 20 Abs. 2 BbgPolG (geändert am 2.4.2019); § 18 Abs. 2 BremPolG; § 13 Abs. 2 SOG HH; § 35 Abs. 2 HSOG (geändert am 4.7.2018); § 40 Abs. 2 SOG LSA; § 16 Abs. 2 SPoIG.

²⁹¹ § 28 Abs. 3 S. 5 PolG BW.

²⁹² LT-Drs. 17/3865, S. 23.

²⁹³ § 21 S. 4 NPOG.

²⁹⁴ Schenke, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 42 Rn.7.

²⁹⁵ LT-Drs- 17/2351, S. 47, allerdings fälschlicherweise mit Verweis auf § 163 StPO.

besondere Möglichkeit des Gewahrsams bei gestörter Identitätsfeststellung.²⁹⁶ Dem Bundesrecht liegt auch der Gedanke zugrunde, dass die 12-Stunden-Dauer zur Feststellung der Identität einer Person mit Hilfe moderner Kommunikationsmittel und ED-Behandlung genügt.²⁹⁷

Der Gleichlauf zum Strafprozessrecht wird durch die Neuregelung in § 38 Abs. 2 Nr. 5 S. 3 PolG NRW in sein Gegenteil verkehrt: Die Polizei hat ohne dringenden Verdacht einer begangenen Straftat, nämlich bei präventivem Einschreiten, weiter reichende Befugnisse als im Strafprozessrecht, und auch gegen Nichtverantwortliche sowie in den Fällen des § 12 Abs. 1 Nr. 2-4 PolG NRW unter Umständen ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr. Warum die Polizei in Baden-Württemberg und in NRW derart mehr Zeit benötigt als die Kolleginnen und Kollegen in den anderen Bundesländern und der Bundespolizei, erschließt sich nicht. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass aus Anlass von Demonstrationen die Zwölfstundenfrist gezielt ausgenutzt werde, um eine Identitätsfeststellung zu verhindern.²⁹⁸ Doch enthält § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW keine Beschränkung auf Versammlungen.

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung

Die Verlängerung der Gewahrsamshöchstfrist in § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW bedarf als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG einer besonders intensiven Prüfung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das folgt aus dem Charakter der Maßnahme als schwerwiegender Grundrechtseingriff nicht nur in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, sondern zusätzlich in die meisten anderen Freiheitsgarantien. Das BVerfG hält präventive Freiheitsentziehungen nur so lange für zulässig, wie sie zur Unterbindung der Anlasshandlungen erforderlich und zumutbar sind. Daher seien sie in der Regel nur von kurzer Dauer möglich,²⁹⁹ sofern die Maßnahmen zum Schutz hochwertigen

²⁹⁶ § 42 Abs. 1 BKAG regelt die Voraussetzungen der Identitätsfeststellung; § 57 Abs. 1 BKAG, der die Voraussetzungen des Gewahrsams regelt, verweist nicht auf die Identitätsfeststellung. § 58 Abs. 2 BKAG zeigt zudem, dass die Gründe des Gewahrsams in Abs. 1 abschließend geregelt sind.

²⁹⁷ *Malmberg*, in: Drewes/Malmberg/Walter, BPolG, 6. Aufl. 2018, § 42 Rn.15; *Martens*, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, BPolG, § 42 Rn.8; *Schenke*, in: Sicherheitsrecht des Bundes, BPolG § 42 Rn.7; *Wehr*, in: NK-BPolG, 2. Aufl. 2019, § 42 Rn. 3.

²⁹⁸ LT-Drs. 17/2351 (Gesetzentwurf PolG 2018), S. 47.

²⁹⁹ BVerfG, EuGRZ 1997, 374, Rn.16; Lisken/Denninger/*Graulich*, E Rn. 552.

Rechtsgüter notwendig sind, deren Schutz oder Durchsetzung im Verhältnis zur Freiheit der Person überwiegt und geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.

Der Grundsatz der *Geeignetheit* erfordert, dass die gesetzliche Regelung ihren eigenen Zweck fördert. Intendierter Zweck ist hier die Ermöglichung der Identitätsfeststellung. Dass diese, wenn sie innerhalb von 12 Stunden nicht gelingt, binnen 7 Tagen gelingen kann, ist immerhin möglich. Ob diese Frist jedoch ausreicht, erscheint im Einzelfall zweifelhaft, wie ein jüngerer Sachverhalt³⁰⁰ zeigt. Die Betroffenen hatten ihre Fingerkuppen verklebt, so dass ihre Identität nicht festgestellt werden konnte. Daraufhin waren sie nach richterlicher Anordnung für sechs Tage in Gewahrsam genommen worden. Nach dessen Ablauf wurden sie – weiterhin anonym – entlassen. Offenbar reichten die 6 Tage nicht aus, um ihre Identität zu klären, wenn die Fingerkuppen mit Sekundenkleber verklebt sind. Bemerkenswert ist: Bislang ist gegen die beiden nach wie vor anonymen Personen kein Strafverfahren eingeleitet worden.³⁰¹ Ein hinreichender Tatverdacht, der strafrechtliche Ermittlungen ermöglichen würde, liegt gegen sie offensichtlich nicht vor. Der Einzelfall zeigt: In komplizierten Fällen ist selbst die relativ lange Frist von 7 Tagen nicht ausreichend und zur Identitätsfeststellung nicht geeignet.

Der Grundsatz der *Erforderlichkeit* verlangt das Fehlen milderer Mittel zur Ermöglichung der Identitätsfeststellung. Eine Abnahme eines Fingerabdrucks ist schneller möglich, wenn die Fingerkuppen gereinigt werden.³⁰² Dies ermöglicht insbesondere der technische Fortschritt der Daktyloskopie, also der digitalisierten Abnahme von Fingerabdrücken ohne Druckerschwärze.³⁰³ Ein mit der Reinigung der Fingerkuppen verbundener Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist weniger schwerwiegend als der andauernde Freiheitsentzug im Gewahrsam. Denn der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bei der Reinigung der Fingerkuppen ist nur von kurzer Dauer und hinterlässt keine bleibenden Schäden. Die Reinigung ist somit jedenfalls

³⁰⁰ LG Mönchengladbach, Beschl. v. 08.08.2019, Az. 5 T 35/19 und 5 T 37/19 (Begr. bisher unveröffentl.).

³⁰¹ Siehe z.B. die Besprechung des bisher unveröffentlichten Beschlusses bei Legal Tribune Online: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-moenchengladbach-5t35-37-19-ingewahrsamnahme-identitaet-aktivisten-anonyme-rechtsmittel/> (letzter Abruf: 20.8.2019).

³⁰² Anders wegen vermeintlicher gesundheitlicher Risiken von Aceton, immerhin dem Inhaltsstoff herkömmlicher Nagellackentferner: LT-Drs. 17/3865, S. 24.

³⁰³ Siehe dazu: BKA, Kleine Historie der Daktyloskopie, abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/Erkennungsdienst/Historie/historie_node.html;jsessionid=56B0C26B14C338E573959B10748B6A32.live2301#doc19606bodyText8 (letzter Abruf: 20.8.2019).

milderes Mittel im Vergleich zu einem siebentägigen Gewahrsam. Die vom Landesgesetzgeber problematisierten Fallgruppen betreffen ausschließlich Demonstrationenkontexte.³⁰⁴ Doch ist die Regelung nicht auf Ver- oder Ansammlungen beschränkt. Zudem treten bei ihnen die Probleme bei der Identitätsfeststellung weniger wegen individueller Unmöglichmachung der Identifizierung als vielmehr wegen der zeitgleich anfallenden großen Zahl von (auch schwierigen) Fällen auf. Die siebentägige Maximaldauer ist bei gestörter Identitätsfeststellung daher nicht erforderlich.

Erst recht fehlt es an der *Angemessenheit* bzw. *Verhältnismäßigkeit* der Regelung. Da die Maßnahme außer der Kenntnis der Personalien keine Folge hat, fehlt ihr die unmittelbare Eignung, Gefahren abzuwehren. Ihre Bedeutung liegt in der Gefahrermittlung bzw. Gefahraufklärung.³⁰⁵ Der Gewahrsam dient also der Durchführung einer Aufklärungsmaßnahme. Doch ist ein solcher nur zulässig im Rahmen der strengen Anforderungen, welche das GG an Freiheitsentziehungen stellt.³⁰⁶ Zu Recht knüpft deshalb der Tatbestand des § 35 PolG NRW allgemein an diese strengen Anforderungen an: Gewahrsam ist etwa zulässig zur Abwehr einer „unmittelbar bevorstehenden Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit. Hier werden 2 Gefahrdimensionen miteinander verknüpft: Die Bedeutung des Rechtsguts (allerdings nur wenig) und die Nähe des Schadens. Daher ist die Norm insoweit verfassungsgemäß.

Deren Anforderungen können durch § 12 Abs. 1 iVm § 12 Abs. 2 S. 3 iVm § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW unterlaufen werden. Hier wird nicht mehr an qualifizierte Gefahrdimensionen angeknüpft, Stattdessen wird an die Gründe, aus denen die Polizei zur Identitätsfeststellung berechtigt ist, angeknüpft. Hier sind die Schwellen niedrig und zudem sehr heterogen.³⁰⁷ Denn für alle Fälle des § 12 PolG NRW wird die Möglichkeit eines bis zu siebentägigen Gewahrsams ohne Rücksicht darauf eingeräumt, dass bereits die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 PolG NRW stark divergieren.³⁰⁸ Die

³⁰⁴ Insbesondere die Situation im Hambacher Forst, vgl. LT-Drs. 17/3865, S. 24; aber auch die Überprüfung der Echtheit von Pass- und Passersatzpapieren bei Demonstrationen.

³⁰⁵ Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, § 4 Rn. 228.

³⁰⁶ BVerfGE 90, 145, 172; 80, 297, 307; 58, 208, 224.

³⁰⁷ Vgl. Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. 2018, S. 1109.

³⁰⁸ Tegtmeyer/Vahle, PolG NRW, 12. Aufl. 2018, § 12 Rn. 4.

Feststellung der Identität kann an sog. gefährlichen Orten³⁰⁹ erfolgen, an denen aufgrund von Menschenansammlungen eine erhöhte Terrorismuswahrscheinlichkeit gegeben ist, zum Beispiel an großen Hauptbahnhöfen.³¹⁰ Sie kann im Zusammenhang mit Fußballspielen erfolgen, bei denen gewaltsame Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Fanlagern drohen. Sie kann aber auch in der Fußgängerzone erfolgen, wenn sich Ladendiebstähle häufen oder vermehrt Fahrräder gestohlen werden. Die durch eine Identitätsfeststellung geschützten Rechtsgüter können also reichen von einfachem Eigentumsschutz über (teils einvernehmliche) Körperverletzungen bis hin zur Abwehr terroristischer Gefahren. Eine Identitätsfeststellung kann daneben an gefährlichen Orten, gefährdeten Gegenständen oder Kontrollstellen erfolgen³¹¹ und setzt nicht in allen Fällen das Vorliegen einer konkreten Gefahr voraus. Dem vom BVerfG aufgestellten Erfordernis des besonders erheblichen Rechtsgüterschutzes wird nicht in allen Fallkonstellationen genüge getan. Einfacher Eigentumsschutz gehört jedenfalls nicht zu den vom BVerfG hervorgehobenen Rechtsgütern,³¹² würde aber nach dem Normwortlaut – und am Beispiel der Ladendiebstähle – im Falle des Misslingens der Identitätsfeststellung einen Gewahrsam für bis zu sieben Tage rechtfertigen.

Die Identitätsfeststellung knüpft demnach – im Unterschied zu § 35 PolG NRW – weder

- an eine qualifizierte Gefahr für ein besonders schutzwürdiges Rechtsgut, bisweilen nicht einmal an eine konkrete Gefahr, noch
- an eine unmittelbar bevorstehende Schädigung, also die Gegenwärtigkeit der Gefahr, noch
- an die Verantwortlichkeit der zu kontrollierenden Person an.

Die Eingriffsschwelle für den Gewahrsam wird so erheblich abgesenkt. Der bis zu 7-tägige Gewahrsam knüpft an dieselben Voraussetzungen an und erfordert zusätzlich lediglich die vorsätzliche Verhinderung der Identitätsfeststellung und damit die mangelnde Kooperation mit der Polizei. Solche Kooperationspflichten enthält jedoch

³⁰⁹ Zum Begriff vgl. *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, 12. Aufl. 2018, § 12 Rn. 7, zum dahinterliegenden Konzept: *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 12 Rn. 38.

³¹⁰ Vgl. *Möllers*, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. 2018, S. 895.

³¹¹ Dies sind die Fälle des § 12 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 PolG NRW.

³¹² BVerfGE 141, 220, Rn. 155 (Urteil zum BKAG): „Schutz des Bestandes oder der Sicherheit des Staates oder von Leib, Leben oder Freiheit einer Person [...] Schutz von Sachen von bedeutendem Wert [...], deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“.

das PolG NRW allenfalls punktuell. Eine allgemeine Ausweismitführungspflicht ist ebenso wenig vorgeschrieben wie eine Mitwirkungspflicht bei der eigenen Identifizierung. Niemand ist rechtlich verpflichtet, bei einer Identitätsfeststellung mitzuwirken.³¹³ Denn es besteht nicht einmal eine allgemeine Pflicht zum Mitführen von Ausweispapieren.³¹⁴ Und auch die in bestimmten Einzelfällen einschlägigen Regelungen der § 111 Abs. 1 OWiG und § 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 32 PAusweisG³¹⁵ sind lediglich Ordnungswidrigkeitstatbestände und in keiner Weise mit dem Gewicht der Rechtsgüter vergleichbar, die § 35 PolG NRW für den Gewahrsam vorsieht. Zudem sieht § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 PAuswG lediglich vor, dass eine Vorlage bei der verlangenden berechtigten Behörde in angemessener Frist erfolgen muss.³¹⁶ Die Rechtsfolge fehlender Vorlegung sind dort Bußgeld einerseits, andererseits weitergehende polizeiliche Befugnisse, wie z.B. die Durchsuchung, das Festhalten vor Ort und die Mitnahme zur Wache in Form einer sog. *Sistierung*, um weitere erkennungsdienstliche Maßnahmen zu treffen.³¹⁷ Sie dienen also dem Zweck der Identifizierung.

Ein bis zu siebentägiger Polizeigewahrsam, der länger andauert als die 2-Tages-Frist nach bislang geltendem Landesrecht, steht demgegenüber außer Verhältnis. Er kann im Einzelfall dazu ermächtigen, ohne Gefahr und ohne Verantwortlichkeit eine Person bis zu 7 Tagen festzuhalten, weil eine Ordnungswidrigkeit droht. Damit werden die hohen Hürden des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG für Freiheitsentziehungen ebenso ignoriert wie auch die Anforderungen des § 35 PolG NRW umgangen bzw. unterlaufen. Das zeigt auch ein Vergleich der Rechtsfolgen: Die maximale Gewahrsamsdauer von § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW, die an die Identitätsfeststellung anknüpft, läuft gleich mit § 38 Abs. 2 Nr. 2 PolG NRW, im Rahmen dessen eine Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person vorausgesetzt wird. Demgegenüber nimmt Nr. 5 keine Abstufungen nach unterschiedlichen Fallgruppen oder Tatbestandsvoraussetzungen der Identitätsfeststellung vor und benennt keine konkreten Schutzgüter, die die Identitätsfeststellung erfordern (etwa: Identitätsfeststellung aus einem besonders qualifizierten Grund oder Bestehen sonstiger erheblicher Gefahren im Einzelfall). Es fehlt also eine gesetzliche Sicherung dafür, dass die Gefahr im Einzelfall das

³¹³ Gusy, Anhörung, Drs. 17/630, S. 1; *Pieroth*, GSZ 2018, S. 137

³¹⁴ Siehe nur BVerfG, NVwZ 2016, 53.

³¹⁵ Gusy, Anhörung, Drs. 17/630, S. 1; *Pieroth*, GSZ 2018, S. 137.

³¹⁶ *Möller*, in: *Hornung/ders.*: Kommentar Passgesetz/Personalausweisgesetz, 1. Aufl. 2011, § 1 PAuswG, Rn. 5.

³¹⁷ Vgl. *Gusy*, Polizeirecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 233 ff. mit Nachweisen.

betroffene Grundrecht überwiegt. Eine solche Sicherung kann auch nicht durch verfassungskonforme Auslegung in die Regelung implantiert werden, da dafür Wortlaut und Zweck der Bestimmung keinen Anhaltspunkt bieten. Die Norm ist deshalb *unverhältnismäßig*.³¹⁸

c) Zwischenergebnis

Die maximal siebentägige Gewahrsamsdauer bei misslingender Identitätsfeststellung gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ist damit verfassungswidrig.

4. Ergebnis zu V.

- § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW ist insoweit mit dem Grundgesetz unvereinbar, als die vom BVerfG zugelassene Höchstfrist von 14 Tagen überschritten wird.
- § 38 Abs. 2 Nr. 4 PolG NRW ist insoweit verfassungswidrig, als hier die Dauer des Gewahrsams von „Gefährdern“ geregelt wird, die ohne Anknüpfung an eine konkrete Gefahr gar nicht in Gewahrsam genommen werden dürfen. Zudem ist die siebentägige Höchstfrist bei Personen, gegen die eine Aufenthaltsvorgabe vorgenommen wurde bzw. denen eine elektronische „Fußfessel“ angelegt werden soll, unverhältnismäßig.
- § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW ist mit dem GG unvereinbar.

³¹⁸ Vgl. BVerfGE 141, 220, Rn. 155, Gusy, Anhörung, Drs. 17/630, S 12.; Arzt, Anhörung, Drs. 17/936, S. 29 f.; Gazeas, Anhörung, Drs. 17/662, S. 29.

V. Gesamtergebnis

1.

Verfassungsrechtliche Mängel des **§ 8 Abs. 4 PoIG NRW** bestehen vor dem Hintergrund der einschlägigen jüngeren Rechtsprechung des BVerfG nicht. Das GG regelt weniger die Definition der „terroristischen Gefahr“ als vielmehr die auf ihrer Grundlage ermöglichten Maßnahmen.

2.

§ 12a PoIG ist insoweit mit den grundgesetzlichen Vorgaben unvereinbar, als ein notwendiger Richtervorbehalt fehlt,

- wenn von den Kontrollrechten Bewohner oder Personen mit Daueraufenthalt oder Berufstätige im Kontrollgebiet betroffen sein können sowie
- im Falle der Verlängerung der Anordnung eines Kontrollgebiets.

Daneben ist die Bestimmung hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem EU-Recht nachbesserungsbedürftig.

3.

§ 20c PoIG NRW leidet an mehreren verfassungsrechtlichen Mängeln:

Auf der ersten Schutzebene der Informationserhebung ist der Kernbereich nur ausreichend geschützt, wenn der Gesetzeswortlaut gegen seinen Text – aber mit dem BVerfG – teleologisch reduziert wird.

Auf der zweiten Schutzebene der Informationsverwendung fehlen in § 20c PoIG NRW grundgesetzlich notwendige prozedurale Vorkehrungen zum Kernbereichsschutz.

Zum Schutz mitbetroffener Dritter, die nicht Adressaten der TKÜ-Maßnahmen sind, fehlen jegliche gesetzlichen Vorkehrungen.

4.

Aufenthalts- und Kontaktverbot (**§ 34b PoIG NRW**) sind im Vorfeld einer konkreten Gefahr

- sofern sie sich auf den Wohn-, Aufenthalts- oder Arbeitsort einer Person beziehen, durch die Schrankenbestimmung des Art. 11 Abs. 2 GG nur partiell gedeckt, und
- infolge des Vorrangs der Gefahrenaufklärung vor der Gefahrenabwehr als Vorfeldmaßnahme nicht erforderlich.

Die Elektronische Aufenthaltsüberwachung (§ 34c PoIG NRW) greift sowohl in informationelle Grundrechte wie aber auch in die Fortbewegungsfreiheit ein. Die erste Wirkung ist vom BVerfG als grundsätzlich verfassungskonform anerkannt worden. Die zweite Wirkungsdimension ist nur dann grundgesetzkonform, wenn

- die Fußfessel der Durchsetzung von Ge- oder Verboten dient, die ihrerseits mit dem GG vereinbar sind; dies ist bei Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbot nur partiell der Fall;
- die Fußfessel einen Eingriff in Art. 11 GG darstellt, und im Gefahrvorfeld gegen „Gefährder“ angeordnet wird, sofern Art. 11 Abs. 2 GG eine „konkrete Gefahr“ voraussetzt;
- die Normanwendung im Einzelfall mit den grundgesetzlichen Vorgaben der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit in Einklang steht.

Die genannten verfassungsrechtlichen Mängel wirken sich weiter auf die Vereinbarkeit der Durchsetzungsnorm des § 35 Abs. 1 Nr. 6 PoIG NRW mittels **Polizeigewahrsams** mit dem Grundgesetz aus. Auch dieser ist nur insoweit verfassungsgemäß, als die mit ihm durchzusetzenden Anordnungen ihrerseits nach § 34 b, c PoIG NRW verfassungskonform sind.

5.

Einige Regeln zur Dauer des Polizeigewahrsams (§ 38 PoIG NRW) sind mit dem GG nicht vereinbar:

- § 38 Abs. 2 Nr. 1 PoIG NRW ist insoweit mit dem Grundgesetz unvereinbar, als die vom BVerfG zugelassene Höchstfrist von 14 Tagen überschritten wird.
- § 38 Abs. 2 Nr. 4 PoIG NRW ist insoweit verfassungswidrig, als hier die Dauer des Gewahrsams von „Gefährdern“ geregelt wird, die ohne Anknüpfung an eine konkrete Gefahr gar nicht in Gewahrsam genommen werden dürfen. Zudem ist die siebentägige Höchstfrist bei Personen, gegen die eine Aufenthaltsvorgabe

vorgenommen wurde bzw. denen eine elektronische „Fußfessel“ angelegt werden soll, unverhältnismäßig.

- § 38 Abs. 2 Nr. 5 PolG NRW ist mit dem GG unvereinbar, da jegliche Anknüpfung an den Anlass der Identitätsfeststellung fehlt.