

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/662

A09, A14

Schriftliche Stellungnahme

zur

**Anhörung des Innenausschusses am 7. Juni 2018
zum Gesetzesentwurf der Landesregierung – Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in
Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des
Landes Nordrhein-Westfalen (LT-Drs. 17/2351)**

von

Dr. Nikolaos Gazeas LL.M. (Auckland)

Rechtsanwalt
Lehrbeauftragter der Universität zu Köln

n.gazeas@gazeas.de

Köln, im Juni 2018

Zusammenfassung

- Ziel eines jeden Gesetzes im Bereich des Sicherheitsrechts sollte es sein, eine **angemessene Balance** zwischen **notwendiger Sicherheit und gebotener Freiheit** zu erreichen. Der vorgelegte Gesetzesentwurf führt zu einer **massiven Verschiebung der Tektonik von Sicherheit und Freiheit**.
- Ein **tatsächlicher Bedarf** für eine „vorgreifliche“ Einführung aller vorgesehener Befugnisse zum jetzigen Zeitpunkt unter Zurückstellung der geplanten grundsätzlichen Überarbeitung des Polizeigesetzes ist jedenfalls für die Bereiche jenseits der Terrorismusbekämpfung **nicht erkennbar**.
- Die Einführung eines des neuen Begriffs der „**drohenden Gefahr**“ wird wegen **nicht erkennbaren Bedarfs** sowie aus **verfassungsrechtlichen Gründen** abgelehnt. Für den Bereich jenseits der Terrorismusbekämpfung ist ein Bedarf für eine Anknüpfung polizeilicher Maßnahmen an eine „drohende Gefahr“ **nicht erkennbar**. Eine solche kann – wenn überhaupt – nur für den Bereich der „**drohenden terroristischen Gefahr**“ anerkannt werden. Der Begriff der drohenden terroristischen Gefahr sollte aus systemischen und verfassungsrechtlichen Gründen, sofern seine Einführung weiterhin gewünscht wird, **überarbeitet werden**. Ein Änderungsvorschlag wird unterbreitet.
- Die vorgesehene Ermächtigungsgrundlage zur sog. **Quellen-TKÜ** wirft die – bekannten – grundlegenden Fragen zur IT-Sicherheit auf, die sehr folgenreich sind. Es wird empfohlen **eine gesetzliche Regelung** dahingehend zu schaffen, dass nur solche Software für eine Quellen-TKÜ eingesetzt werden darf, deren Voraussetzungen nach § 20c Abs. 2 und 3 PolG-E zuvor von einer **geeigneten Stelle (BfDI/LfDI) überprüft** worden sind (**Zertifizierung der Späh-Software**).
- Die vorgesehene Ausweitung des **Gewahrsams** dürfte in der beabsichtigten Form **verfassungswidrig** sein und zudem **gegen Art. 5 EMRK verstoßen**. Dies gilt sowohl für § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E, der unmittelbar an die Begriffe der „drohenden Gefahr“ in § 8 Abs. 4 PolG-E und den der „drohenden terroristischen Gefahr“ in § 8 Abs. 5 PolG-E anknüpft, als auch für § 35 Abs. 1 Nr. 7 PolG-E, weil die dort genannten Maßnahmen der Aufenthaltsanordnung, des Kontaktverbots (§ 34b PolG-E) sowie der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 34c PolG-E) ihrerseits an die Vorfeld-Gefahrenbegriffe der drohenden (terroristischen) Gefahr anknüpfen. Zusätzlich stellt sich die Frage nach einem tatsächlichen Bedarf. Die Anordnung von Gewahrsam sollte von dem Begriff der drohenden Gefahr bzw. der drohenden (terroristischen) Gefahr, sofern an diesen Begriffen festgehalten wird, **entkoppelt werden**. Die vorgesehenen Änderungen in § 34 Nr. 6 und 7 PolG-E sollten gestrichen werden. Die Anordnung von

Präventivgewahrsam sollte ausschließlich an den Verdachtsgrad der *konkreten* Gefahr geknüpft werden, wie es auch bislang der Fall ist. Die Dauer des Gewahrsams sollte für alle Fälle auf **höchstens 7 Tage** begrenzt werden.

- Das vorgesehene **Rechtsschutzverfahren** mit der Zuständigkeit der Amtsgerichte nach dem FamFG führt zu einer substantiellen Einschränkung des Rechtsschutzes und ist im Lichte rechtsstaatlich wünschenswerter Verfahrensregelungen völlig **unzureichend**. Eine **grundlegende Überarbeitung wird empfohlen**. Eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollte erwogen werden.
- Die vorgesehene **Evaluation** erscheint zu einem früheren Zeitpunkt (mit Ablauf des Jahres 2020 oder 2021) erwägenswert.

Gliederung

A. Vorbemerkung	5
B. Zur Einführung neuer Gefahrenbegriffe – „drohende Gefahr“ sowie „drohende terroristische Gefahr“ (§ 8 Abs. 4 und 5 PolG-E).....	8
I. Allgemeines	8
II. Zum Begriff der „drohenden Gefahr“ (§ 8 Abs. 4 PolG-E).....	8
1. Zur (fehlenden) Notwendigkeit einer Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“	8
2. Problematischer Anknüpfungspunkt „Straftaten von erheblicher Bedeutung“	9
3. Verfassungsrechtliche Bewertung	11
5. Ergebnis und Empfehlung	12
III. Zum Begriff der „drohenden terroristischen Gefahr“ (§ 8 Abs. 5 PolG-E).....	12
1. Notwendigkeit einer Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ ?.....	12
2. Verfassungsrechtliche Bewertung	12
3. Defizite in der Definition einer „drohenden terroristischen Gefahr“.....	13
4. Ergebnis und Empfehlung	17
E. Zur Datenerhebung durch Überwachung der Telekommunikation (§ 20c PolG-E)	18
I. Allgemeines	18
II. Zur Quellen-TKÜ (§ 20c Abs. 2 und 3 PolG-E)	18
III. Zu den formalen Anforderungen und verfahrensrechtlichen Regelungen in § 20c Abs. 4-12 PolG-E.....	20
III. Ergebnis und Empfehlung	22
D. Zum Gewahrsam (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 und 6, § 38 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 PolG-E).....	22
II. Allgemeine Anmerkungen	22
II. Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK	24
1. Verfassungsrechtliche Bewertung	24
a. Verfassungsmäßigkeit der Anordnungsvoraussetzungen.....	26
b. Verfassungsmäßigkeit der Anordnungsdauer	27
III. Ergebnis und Empfehlung	29
E. Zum Rechtsschutz – Zu Defiziten im vorgesehenen Verfahren nach dem FamFG.....	30

A. Vorbemerkung*

Eine umfassende substantiierte Stellungnahme zu allen Punkten des inhaltlich vielfältigen Gesetzesentwurfes (GesE) kann durch den *Verf.* in dieser schriftlichen Stellungnahme nicht erfolgen, da dies mehr Zeit erfordert, als zur Verfügung stand. Die vorliegende schriftliche Stellungnahme beschränkt sich daher auf einige wesentliche Vorhaben des Gesetzesentwurfs, die wiederum ohne Anspruch auf wissenschaftlichen Tiefgang punktuell erörtert werden. Dies sind

- die Einführung der Begriffe „drohende Gefahr“ sowie „drohende terroristischen Gefahr“
- die Einführung der präventiven Telekommunikationsüberwachung
- die Ausweitung des Gewahrsams und die
- der vorgesehene gerichtliche Rechtsschutz.

Die Erörterung erfolgt mit dem Ziel, wo es angezeigt erscheint, geeignete Änderungsvorschläge anzuregen (diese werden optisch durch Einrahmung hervorgehoben). Weitere Ausführungen des *Verf.* – auch zu den anderen vorgesehenen Gesetzesänderungen – bleiben bei Bedarf der Anhörung vorbehalten.

Ziel eines jeden Gesetzes im Bereich des Sicherheitsrechts sollte es sein, eine angemessene Balance zwischen notwendiger Sicherheit und gebotener Freiheit zu erreichen. Der vorgelegte GesE führt zu einer massiven Verschiebung der Tektonik von Sicherheit und Freiheit.¹ Das mit dem GesE im Kern verfolgte Ziel, durch die Einführung neuer Befugnisse der Gefahr terroristischer Anschläge wirksamer als bisher begegnen zu können, ist dem Grunde nach zu begrüßen, sofern ein tatsächlicher Bedarf besteht. Eine angemessene Balance zwischen Sicherheit und Freiheit zu finden gelingt dem GesE in seiner gegenwärtigen Form nach Bewertung des *Verf.* in weiten Teilen indes nicht.

Der GesE folgt einer übergreifenden eindeutigen Tendenz im Bundes- und Landesrecht, eingriffsintensive Befugnisse der Sicherheitsbehörden auszuweiten. Er beruft sich hierbei zum einen auf die „Entwicklungen der internationalen terroristischen Bedrohungen [, die] zu einer hohen abstrakten Gefährdungslage für Europa und auch die Bundesrepublik Deutschland geführt [haben].“ Zum anderen stützt sich der GesE aber auch auf die Alltagskriminalität: „Aber auch die Alltagskriminalität betrifft eine Vielzahl von Menschen und muss daher stärker in den Blick genommen werden. Sie erfolgt zunehmend organisiert und macht vor nationalen Grenzen keinen Halt.“² Nähere Ausführungen zu Art und Gewicht der

* Ich danke Herrn Akad. Rat a.Z. Dr. *Thomas Grosse-Wilde*, Universität Bonn, für kluge Gedanken und den wertvollen Austausch zum Gesetzesentwurf.

¹ S. auch *Brodmerkel*, BayRVR v. 9. März 2017 (Net-Dok. BayRVR2017030901) und *Heidebach*, BayRVR v. 13. März 2017 (Net-Dok. BayRVR2017031301);

² LT-Drs. 17/2351, S. 1.

Gefährdungslagen, deren Verhinderung und Bekämpfung bezweckt wird, erfolgen nicht. Eine Darlegung etwaiger in der bisherigen Polizeipraxis aufgetretener Defizite enthält der Gesetzesentwurf nicht. An zentraler Stelle gleich zu Beginn der Problemdarstellung im GesE heißt es:

„Die Landesregierung fühlt sich den Bürgerinnen und Bürgern Nordrhein-Westfalens gegenüber verpflichtet, alle geeigneten und angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, um ein sicheres Leben führen zu können. Sie sollen sich in Großstädten wie auch in ländlichen Regionen, auf dem Weg zur Schule oder zur Arbeit, zu Hause, aber auch bei öffentlichen Veranstaltungen *sicher fühlen*.“³ (Hervorh. diesseits)

Als sachlichen Grund für die zum Teil erheblichen Ausweitungen der Eingriffsbefugnisse wird damit (auch) die Selbstverpflichtung der Landesregierung angeführt, dass sich die Bürger sicher fühlen sollen. Ein bloß „besseres Sicherheitsgefühl“ der Bevölkerung dürfte indes kein tragfähiger Grund für eine derart intensive Einschränkung der Freiheitsrechte sein, wie sie mit dem vorliegenden GesE geplant ist.

Im Hinblick auf die angeführten Gefährdungslagen geht der Entwurf zutreffend von einer abstrakten Gefährdungslage im Hinblick auf internationale terroristische Bedrohungen aus. Insoweit ist ein grundsätzlicher Handlungsbedarf auch anzuerkennen. Was jedoch die „Alltagskriminalität“ anbelangt, ist festzuhalten, dass die polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) des Bundes und der Länder eine gegenüber früheren Jahren veränderte, aber generell sinkende Kriminalität bei hohen Aufklärungsraten, insbesondere bei schweren Gewaltdelikten, belegt.⁴ Soweit angeführt wird, die Alltagskriminalität „macht vor nationalen Grenzen nicht halt“⁵, erschließt sich nicht, in welchem Bezug dies mit den geplanten Gesetzesänderungen steht. Der GesE sieht keine neuen Regelungen zur polizeilichen Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen o.ä. vor. Die Frage, warum die Landesregierung einen – auch zeitlich drängenden – Bedarf zur Einführung von erheblichen Eingriffsbefugnissen jenseits des Bereichs der Terrorismusbekämpfung sieht, bleibt letztlich unbeantwortet.

Mit dem vorgelegten GesE wird der grundsätzlichen Überarbeitung des Polizeigesetzes vorgegriffen. Es sollten vorgezogen Befugnisse und Regelungen geschaffen werden, die für besonders wichtig zur effektiven Verhinderung von Straftaten, insbesondere im Bereich des Terrorismus, erachtet werden.⁶ Hier muss man die Frage erheben, ob ein tatsächlicher Bedarf für ein solches zweitaktiges Vorgehen besteht. Jedenfalls für den Bereich der Allgemeinkriminalität jenseits der Terrorismusbekämpfung ist er nicht erkennbar. Im Übrigen erscheint es erwägenswert dort, wo kein dringender Handlungsbedarf besteht, auch die

³ LT-Drs. 17/2351, S. 1, 27.

⁴ Ebenso *Burkhardt Hirsch*, Vermerk zum GesE vom 20. März 2018, S. 1.

⁵ LT-Drs. 17/2351, S. 1.

⁶ LT-Drs. 17/2351, S. 1 f.

Ergebnisse der Untersuchungsausschüsse zum Fall *Anis Amri*, insbesondere die des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, abzuwarten. Statt jetzt im Vorgriff auf eine grundlegende Reform umfassende Eingriffsbefugnisse zu schaffen, für die sich ein Bedarf sich dringend aufdrängt, erscheint es vorzugswürdig, den Fokus auf einen Entwurf eines einheitlichen Musterpolizeigesetzes für alle Länder zu legen. Damit würde eine – auch länderübergreifende – Zusammenarbeit der Polizei spürbar erleichtert werden.⁷ Gegenwärtig ist festzustellen, dass die „Alleingänge“ aller Länder etwa zu völlig unterschiedlichen Definitionen des Begriffs der terroristischen Gefahr führen – eines Begriffs, der an sich zumindest innerhalb der Bundesrepublik Deutschland einheitlich definiert werden sollte. Im Lichte der stets zu beachtenden angemessenen Balance zwischen Sicherheit und Freiheitsrechten erscheint es zudem bedenklich, dass die längst überfällige Anpassung des Polizeirechts NRW an die Richtlinie der EU 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April⁸ sowie an die Datenschutzgrundverordnung (DGVO) (EU-Verordnung 2016/679)⁹. Die Frist für die Umsetzung der Richtlinie lief am 6. Mai 2018 ab, die für die DSGVO am 25. Mai 2018.

Bei der Einführung neuer Eingriffsbefugnisse ist den Anforderungen an einen ausreichenden Schutz von Berufsgeheimnisträgern Rechnung zu tragen. Hierzu wird auf die aus Anlass des GesE in Kürze erscheinende Stellungnahme des Ausschusses für Gefahrenabwehrrecht des Deutschen Anwaltvereins verwiesen. Der dort vorgetragene Kritik sollte Rechnung getragen werden.

Schließlich ist anzumerken: Die Erweiterung von polizeilichen Befugnissen ist kein Allheilmittel zur Stärkung der Sicherheit. Eine gut ausgebildete und gut ausgestattete Polizei (insbesondere im Hinblick auf die technischen Anforderungen) in ausreichender personeller Stärke sollte das zuvörderst zu verfolgende Ziel sein. Sofern auf dieser (personellen und sachlichen) Grundlage polizeiliche Befugnisse fehlen, ist es legitim, eine Ausweitung von Befugnissen in der gebotenen Form zu verfolgen. Auch insoweit geht der Gesetzesentwurf partiell den zweiten Schritt vor dem ersten.

Keine der geplanten neuen Befugnisse im PolG-E hat bislang ihre Wirksamkeit zur Bekämpfung terroristischer und sonstiger Gefahren unter Beweis gestellt. Dass die beabsichtigten Eingriffsbefugnisse nützlich oder gar notwendig sind, ist eine – teilweise durchaus plausible – Vermutung. Vermutungen sollten jedoch einer belastbaren Tatsachengrundlage zugeführt werden, wenn durch

⁷ So auch *Burkhardt Hirsch*, Vermerk zum GesE vom 20. März 2018, S. 1.

⁸ Richtlinie der EU 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates.

⁹ Verordnung (EU) 2016/679 Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

Ermächtigungsgrundlagen z.T. erhebliche Grundrechtseingriffe ermöglicht werden. Aus diesem Grund sollten solche Maßnahmen einer Evaluation zugeführt werden. Der GesE sieht, was zu begrüßen ist, entsprechende Vorgaben zur Evaluation vor. Eine positive Evaluation schafft Legitimität auch für umstrittene Vorhaben. Der Gesetzgeber sollte dafür Sorge tragen, dass das für eine Evaluation erforderliche Tatsachenmaterial erhoben wird. Diese soll bis 31. Dezember 2023 erfolgen. Der Zeitraum erscheint indes zu lang.

Es wird angeregt, eine Verkürzung auf eine Dauer von etwa zwei bis drei Jahren (z.B. bis 31. Dezember 2020) zu erwägen. Dieses wäre sinnvollerweise vorliegend beim Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen.

B. Zur Einführung neuer Gefahrenbegriffe – „drohende Gefahr“ sowie „drohende terroristische Gefahr“ (§ 8 Abs. 4 und 5 PolG-E)

I. Allgemeines

Die beabsichtigte Einführung neuer Gefahrenbegriffe in Gestalt der „drohenden Gefahr“ (§ 8 Abs. 4 PolG-E) sowie der drohenden terroristischen Gefahr“ (§ 8 Abs. 5 PolG-E) führt zu einer erheblichen Vorverlagerung polizeilichen Handelns mit tiefgreifenden Eingriffsbefugnissen in das Vorfeld einer konkreten Gefahr, das traditionell den Nachrichtendiensten mit reinen Aufklärungsbefugnissen vorbehalten ist. Dies führt seinerseits zu einer erheblichen Vorverlagerung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse und damit zu einer Vernachrichtendienstlichung der Polizei.¹⁰ Auf die zu bedenkenden Folgen sowie den damit einhergehenden Friktionen einer Ausweitung der Eingriffsschwelle auf den Bereich der drohenden (terroristischen) Gefahr wird an dieser Stelle verwiesen, ohne die allgemeine Kritik im Einzelnen zu wiederholen.¹¹

II. Zum Begriff der „drohenden Gefahr“ (§ 8 Abs. 4 PolG-E)

1. Zur (fehlenden) Notwendigkeit einer Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“

Der GesE beabsichtigt die Eingriffsschwelle nicht nur für den Bereich der drohenden terroristischen Gefahr, sondern allgemein für jedwede Gefahr in das Gefahrenvorfeld zu verlagern. Das wäre eine ganz gravierende Abkehr vom bisherigen System der Gefahrenabwehr.

Eine tatsächliche Notwendigkeit für einen solchen Schritt ist nicht erkennbar. Sie ist im GesE auch nicht dargetan. Auf die Tatsache, dass die Zahl der Straftaten derzeit abnimmt statt zuzunehmen, ist bereits verwiesen worden. Die derzeitige

¹⁰ S. dazu nur *Dietrich*, in: *Dietrich/Eiffler*, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil III, § 3 Rn. 8; kritisch insb. *Paeffgen* GA 2003, 647 ff., jew. m.w.N.

¹¹ S. nur *Löffelmann*, Gutachten im Rahmen der Anhörung zum bayPAG im Bayerischen Landtag, Anlage zum Wortprotokoll zur Anhörung am 21. März 2018, 90 Kl., 86. VF 21.03.2018, S. 105 ff. m.w.N.

Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr (§ 8 Abs. 1 PolG NRW) ermöglicht es bereits vor Begehung einer Straftat einzuschreiten und eine drohende Rechtsgutsverletzung so zu verhindern. Anknüpfungspunkt ist insoweit die Abwehr einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung gehört hierzu. Diese Schwelle ist zeitlich noch vor dem strafprozessualen Anfangsverdacht und damit bereits recht früh erreicht. Der strafrechtliche Schutz ist in weiten Teilen – auch aber nicht nur im Terrorismusstrafrecht – ins Vorfeld verlagert worden und greift entsprechend früh. Bei abstrakten Gefährdungsdelikten greift der strafrechtliche Schutz noch früher und ermöglicht entsprechend früh ein polizeiliches Einschreiten. Die Ausweitung des Strafrechts führt damit immer quasi-akzessorisch zu einer Ausweitung des Gefahrenabwehrrechts.¹² Vergegenwärtigt man sich die Flut einer Ausweitung des Strafrechts – 14 Gesetzesänderungen allein im Jahr 2017 – wird deutlich, dass das geltende Gefahrenabwehrrecht keineswegs ein „stumpfes Schwert“ ist.

Beispiel 1: Wenn eine Person Anstalten macht, betrunken in ihr Auto zu steigen, um damit am Straßenverkehr teilzunehmen, ist die Schwelle einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit bereits dann erreicht, wenn diese Person die Kneipe verlässt und zu ihrem davor stehenden Auto geht.

Beispiel 2: Einem Stalker, der sein Opfer mit seinem Mobiltelefon ständig des Nachts belästigt, kann bereits heute sein Mobiltelefon polizeirechtlich sichergestellt werden.

Ein tatsächlicher Bedarf für eine Vorverlagerung der polizeilichen Befugnisse im Bereich der Allgemeinkriminalität ist nach alledem nicht erkennbar. Soweit es um Erfolgsdelikte geht, drängen sich keine Situationen auf, in denen ein polizeiliches Einschreiten im Vorfeld einer konkreten Gefahr zur Sicherstellung eines adäquaten Rechtsgüterschutzes zwingend geboten erscheint. Denn es fehlt bei Delikten der Allgemeinkriminalität an den bei Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus vergleichbaren Schadensfolgen.¹³

2. **Problematischer Anknüpfungspunkt „Straftaten von erheblicher Bedeutung“**

Der vorgesehene neue Gefahrenbegriff der „drohenden Gefahr“ knüpft an den Begriff der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ an, für die er gelten soll. Welche Straftaten das sind, regelt – bereits im geltenden Recht – § 8 Abs. 3 PolG NRW. Dieser soll nicht geändert werden. Der Straftatenkatalog des § 8 Abs. 3 PolG NRW ist nicht abschließend („insbesondere“)¹⁴.¹⁵ Straftaten von erheblicher

¹² S. zum Ganzen *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 257 ff. *et passim*.

¹³ S. auch Dr. Dr. h.c. Burkhardt Hirsch, Vermerk zum GesE vom 20. März 2018, S. 2.

¹⁴ Er erfasst „insbesondere Verbrechen sowie die in § 138 des Strafgesetzbuches genannten Vergehen, Vergehen nach § 129 des Strafgesetzbuches und gewebes- oder bandenmäßig begangene Straftaten nach den

1. den §§ 243, 244, 260, 261, 263 bis 264a, 265b, 266, 283, 283a, 291 oder 324 bis 330 des Strafgesetzbuches,

2. § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe c) oder d) des Waffengesetzes,

Bedeutung können nach allgemeiner Ansicht dann angenommen werden, wenn die Tat als solche bereits erhebliche Bedeutung hat, was namentlich bei Verbrechen der Fall ist. Die Erheblichkeit soll allerdings auch in der konkreten Begehungsform liegen können und damit grundsätzlich auf nahezu jede Straftat zutreffen können.¹⁶

Der Straftatenkatalog ist indes in hohem Maße inhomogen. Er enthält gänzlich unterschiedliche Anknüpfungspunkte und Deliktsbereiche. So finden sich dort eine Vielzahl von Vermögensdelikten, soweit sie gewerbsmäßig oder bandenmäßig begangen werden, nicht hingegen Gewaltdelikte wie eine gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 StGB) oder auch Sexualdelikte wie der sexuelle Missbrauch von Kindern (§ 176 Abs. 1 StGB), beides keine Verbrechen.¹⁷ Auch Staatschutzdelikte wie ein Angriff auf Organe oder Vertreter ausländischer Staaten (§ 102 StGB) oder eine Nötigung des Bundespräsidenten und von Mitgliedern von Verfassungsorganen (§ 106 StGB) finden sich in dem Straftatenkatalog nicht *expressis verbis*. Dafür enthält er – mit Blick auf die heutige Gefahrenlage – antiquierte – Straftatbestände wie den (in der Praxis kaum vorkommenden) gewerbsmäßigen Wucher nach § 291 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB und den gewerbsmäßigen Bankrott (§ 283 StGB), der im Kern vor allem Buchführungsdelikte enthält, die in der Praxis regelmäßig im Zusammenhang mit einer Insolvenzverschleppung begangen werden. Beim Bankrott stellt das StGB eine gewerbsmäßige Begehung nicht gesondert unter Strafe, beim Wucher eine bandenmäßige nicht. Der Katalog in § 8 Abs. 3 PolG NRW stellt dennoch hierauf ab. Er enthält Straftaten gegen die Umwelt (§§ 324-330 StGB), deren gewerbsmäßige oder bandenmäßige Begehung durch das StGB mangels Notwendigkeit ebenso nicht gesondert mit Strafe bewährt sind; dafür enthält das StGB für sie Fahrlässigkeitstatbestände.

Im Hinblick auf den in der Terrorismusbekämpfung mittlerweile zentralen Straftatbestand des § 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat), einem Vergehen, ist festzuhalten, dass dieser ebenfalls bemerkenswerterweise nicht im Katalog des § 8 Abs. 3 PolG NRW enthalten ist.

Dieser kurze Abriss möge aufzeigen, wie unglücklich und reformbedürftig die bestehende Definition der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ ist. Entsprechend ungeeignet erscheint sie als Anknüpfungspunkt für eine Ausweitung der polizeilichen Befugnisse auf eine *drohende Gefahr*.

Der gegenwärtige Gesetzesentwurf eröffnet der Polizei ausdrücklich die Möglichkeit, einem Geschäftsführer-Trio (Bande) bei drohender Gefahr von Buchführungsdelikten (Bankrott gem. § 283 StGB) ein Aufenthalts- und Kontaktverbot (§ 34b PolG-E) anzuordnen. Der Sinn dessen erschließt sich nicht.

3. §§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 oder 29a Abs. 1 Nr. 2 des Betäubungsmittelgesetzes,

4. §§ 96 und 97 des Aufenthaltsgesetzes.“

¹⁵ S. nur *Worms/Gusy*, in: BeckOK-PolR NRW, PolG NRW, 8. Edition, Stand: 10. Februar 2018, § 8 Rn. 133 ff.

¹⁶ *Worms/Gusy*, in: BeckOK-PolR NRW, 8. Edition Stand: 10. Februar 2018, PolG NRW, § 8 Rn. 135.

¹⁷ Beides (§176 Abs. 1 StGB im Grundtatbestand) mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren strafbewehrt.

Der in Bezug genommene Straftatenkatalog erscheint ungeeignet.

3. Verfassungsrechtliche Bewertung

Fernab der semantischen Ungeeignetheit des Straftatenkatalogs überschreitet die in § 8 Abs. 4 PolG-E vorgesehene Regelung wegen des in Bezug genommenen Straftatenkatalog in § 8 Abs. 3 PolG NRW die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen. Die vorgesehene Erweiterung ist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang zu bringen. Je weiter man sich von einer konkreten Gefahr entfernt, umso höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung des damit verbundenen Grundrechtseingriffs. Hierbei ist zu beachten, dass nicht allein das *BKA-Urteil* des Bundesverfassungsgerichts¹⁸ die verfassungsrechtlichen Maßstäbe vorgibt. Die rechtstaatlichen Bedingungen an Gefahrenprognosen bei Informationseingriffen hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts bereits in seinem Urteil zur *Online-Durchsuchung*¹⁹ grundlegend aufgestellt und in seinem Urteil zur *Vorratsdatenspeicherung*²⁰ weiter fortgeführt.²¹

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein Eingriff im Gefahrenvorfeld nur zum Schutz von *überragend wichtigen Rechtsgütern* zulässig.²² Darunter erfasst das Bundesverfassungsgericht jedenfalls den Bestand und die Grundlagen der Existenz des Staates, Leib, Leben und Freiheit der Person sowie solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.²³ Der Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung in § 8 Abs. 3 PolG NRW geht weit darüber hinaus. Die dort genannten Delikte sind teilweise dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen. Der Katalog erfasst insbesondere eine ganze Reihe von Straftaten, die ausschließlich dem Schutz des Vermögens dienen (s. insb. § 8 Abs. 3 Nr. 2 PolG NRW) und damit evident nicht überragend wichtigen Rechtsgütern i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Aus diesem Grund unterliegt § 8 Abs. 4 PolG-E dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit.

Auf die unbestimmten Rechtsbegriffe („innerhalb eines absehbaren Zeitraums“ sowie „auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise“) in der Definition des § 8 Abs. 4 PolG-E soll daher nicht mehr im Einzelnen eingegangen werden. Die Begriffe gehen ihrerseits mit Bestimmtheitsmängeln einher. Insoweit ist zu kritisieren, dass der GesE die Formulierungen aus dem BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts übernimmt, ohne sie jedoch mit Inhalten zu füllen. Denn gesetzliche Definitionen zu den übernommenen Begriffen fehlen. Dies aber

¹⁸ BVerfGE 141, 220.

¹⁹ BVerfGE 120, 274.

²⁰ BVerfGE 125, 260.

²¹ S. zum Ganzen instruktiv *Darnstädt*, DVBl. 2017, 88 ff., 96; *ders.* DVBl. 2011, 263 ff.

²² BVerfGE 120, 274, 328;

²³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07 = BVerfGE 120, 274, 328; BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 108, 112.

steht im Widerspruch zu der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, Prognoseanforderungen hinreichend bestimmt auszugestalten. Eine solche Ausgestaltung kann nicht dadurch ersetzt werden, dass lediglich höchstrichterliche Vorgaben im Wortlaut übernommen, aber nicht mit Inhalten gefüllt werden.

5. **Ergebnis und Empfehlung**

Für die Einführung einer Vorfeld-Eingriffsschwelle in Gestalt einer drohenden Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 4 PolG-E ist kein ernsthafter Bedarf erkennbar. In der vorgesehenen Form ist die vorgesehene Regelung wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungswidrig. Hinzu kommen erhebliche Bestimmtheitsmängel.

Wegen des nicht erkennbaren Bedarfs sowie der erheblichen Unbestimmtheit wird die Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr abgelehnt.

Es wird empfohlen, von dem Begriff der drohenden Gefahr für Deliktsbereiche jenseits des Terrorismus Abstand zu nehmen und die vorgesehene Regelung zu streichen.

III. **Zum Begriff der „drohenden terroristischen Gefahr“ (§ 8 Abs. 5 PolG-E)**

1. **Notwendigkeit einer Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ ?**

Die Frage der Notwendigkeit einer Vorverlagerung der Eingriffsschwelle in das Vorfeld einer konkreten Gefahr mag bei Gefahren durch Straftaten im Gepräge des Terrorismus anders beurteilt werden.

2. **Verfassungsrechtliche Bewertung**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem BKA-Urteil den Weg für eine Vorverlagerung der Eingriffsschwelle in das Gefahrenvorfeld eröffnet. Dies gilt jedoch nur im Hinblick auf Überwachungsmaßnahmen, wie sich ausdrücklich aus dem Urteil ergibt.²⁴ Das BKA-Urteil kann nicht als Grundlage für dahingehende Maßnahmen des Gewahrsams sein (s. dazu weiter unten).

Die gewählte Definition in § 8 Abs. 5 PolG-E beachtet die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, eine hinreichende Nähe zwischen Zielperson und Rechtsgutsgefährdung nach angestellter Gefahrenprognose herzustellen.²⁵ Die bereits zu § 8 Abs. 4 PolG-E geäußerte Kritik an der Übernahme wertausfüllungsbedürftiger Begriffe aus dem BKA-Urteil gilt indes auch hier (s. dazu weiter unten).

²⁴ BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 112.

²⁵ BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 112.

3. Defizite in der Definition einer „drohenden terroristischen Gefahr“

Der im Gesetzesentwurf in § 8 Abs. 5 PolG-E enthaltene Begriff enthält bei Licht betrachtet erhebliche systemische und dogmatische Mängel. Er ist daher dringend überarbeitungsbedürftig.

Ziel der Differenzierung zwischen „*drohender Gefahr*“ und „*drohender terroristischer Gefahr*“ ist nach dem GesE eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle für Fälle „*drohender terroristischer Gefahren*“. Dann soll es genügen, wenn „*lediglich das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass die Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird.*“

Ob ein tatsächlicher Bedarf für eine derartige Herabsetzung der Eingriffsschwelle besteht, vermag diesseits nicht abschließend beurteilt zu werden. Diese Frage sollte jedoch beantwortet werden.

Die in § 8 Abs. 5 Nr. 1-3 PolG-E gewählten Formulierungen zur Definition der *drohenden terroristischen Gefahr* lehnen an die entsprechenden Formulierungen im Straftatbestand der Bildung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 2 StGB an. In dieser Form findet sie sich auch als Definition der Gefahren des internationalen Terrorismus in § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG. Der GesE übernimmt die dortige Definition jedoch nicht 1:1, sondern einerseits nur verkürzt, andererseits erweitert um Bereiche, die in der StGB-Norm und in § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG nicht genannt sind. Dies führt zu einer erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs zur Terrorismusbekämpfung gegenüber der zentralen StGB-Norm und – noch wichtiger – gegenüber dem BKA. Der Grund hierfür erschließt sich nicht. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu keine Angaben.

§ 129a Abs. 2 StGB lautet insoweit:

„[...]wenn eine der in den Nummern 1 bis 5 [von § 129a Abs. 2 StGB] bezeichneten Taten *bestimmt ist*, die Bevölkerung auf erhebliche 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, *und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.*“ (Hervorh. diesseits)

Die Definition ist Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI)²⁶ entlehnt.²⁷

²⁶ ABl. EU L 164, S. 3.

²⁷ S. dazu *Kreß/Gazeas*, in: *Sieber et al.*, 2. Aufl., Europäisches Strafrecht, § 19 Terrorismus Rn. 13, 16.

Im Kern ist die Definition von Gefahren des internationalen Terrorismus in § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG identisch.

§ 8 Abs. 5 Nr. 1-3 PolG-E hingegen lautet:

„Sofern die drohende Gefahr bestimmt *und geeignet* ist,

1. die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern,
2. eine Behörde, *eine nationale* oder internationale *Organisation* oder *ein Organ der Meinungsäußerung* rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder
3. die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates, *eines Landes*, *einer nationalen* oder einer internationalen *Organisation* zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen,

handelt es sich um eine drohende terroristische Gefahr.“ (Hervorh. diessseits)

Die Unterschiede sind erheblich. Die Definition in § 8 Abs. 5 PolG-E verzichtet zunächst auf die objektive Schädigungseignung, wie sie in § 129a Abs. 2 a.E. StGB („durch die Art ihrer Begehung [...] schädigen kann.“) vorgesehen ist und auch in die Definition in § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG Eingang genommen hat. Stattdessen soll es ausweislich der Worte „und geeignet“ genügen, wenn die objektive Schädigungseignung sich mit der subjektiven Vorstellung des Handelnden („bestimmt [...] ist“) deckt. Dies führt zu einer erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs. Für die Annahme einer drohenden terroristischen Gefahr genügt es somit, wenn die drohende Gefahr bestimmt und geeignet ist, bspw. die Bevölkerung einzuschüchtern. Der GesE entfernt sich damit ohne erkennbaren Grund von einer bewährten Rechtspraxis. Andere Länder – so Niedersachsen – stellen einen eigenständigen Straftatenkatalog terroristischer Straftaten zusammen, übernehmen jedoch im Übrigen die Technik der Staatsschutzklausel § 129a Abs. 1 und 2 StGB.²⁸

Der hiesige GesE erweitert die Definition in § 8 Abs. 5 Nr. 2 und 3 PolG-E einerseits um weitere Institutionen, die in § 129a StGB nicht genannt sind. Dies sind in Nr. 2 „*nationale Organisation*“, sowie „*ein Organ der Meinungsäußerung*“ sowie in Nr. 3 die Ausweitung auf die Grundstrukturen „*eines Landes*“ [und nicht nur eines Staates] sowie auf die einer „*nationalen*“ [und nicht nur einer internationalen] „*Organisation*.“

Der GesE schweigt zu den Gründen, warum der Katalog der Einrichtungen erweitert wird.

²⁸ S. § 2 Nr. 15 Nds SOG-E im Gesetzesentwurf LT-Drs. 18/00850 vom 8. Mai 2018.

Die vorstehenden gegenüber § 129a StGB ergänzten Einrichtungen führten zu einer erheblichen Ausweitung und zu weiterer Unbestimmtheit der Definition. Unter dem bekannten Begriff der „internationalen Organisation“ fallen nur öffentliche, nicht hingegen privatrechtliche Organisationen auf staatlicher bzw. völkerrechtlicher Ebene sowie völkerrechtskonforme internationale Zusammenschlüsse wie die Vereinten Nationen, die NATO und der Internationale Strafgerichtshof, nicht hingegen auf Organisationen sonstiger Art (wie bspw. den IOC²⁹).³⁰ Der organisationsspezifisch zu bestimmende Schutz³¹ betrifft und beschränkt sich auf ihren Bestand und ihre Sicherheit.³² Derartige Einrichtungen in den Schutz vor terroristischen Bedrohungen einzubeziehen, erscheint sinnvoll. Welche Einrichtungen hingegen unter den Begriff der „nationalen Organisation“ fallen sollen, bleibt völlig offen. Bei extensiver Auslegung lässt sich letztlich begrifflich jeder Fußballverein darunter fassen, jedenfalls aber ohne weiteres größere öffentliche Organisationen wie ein Arbeitgeberverband. Ein sachlicher Grund für eine solche Ausweitung ist nicht erkennbar. Der Begriff erscheint schon deshalb nicht notwendig, weil wichtige öffentliche *nationale* Einrichtungen bereits unter den Begriff der „Behörde“ in § 8 Abs. 5 Nr. 2 PolG-E fallen. Dasselbe gilt für § 8 Abs. 5 Nr. 3 PolG-E.

Ferner sollen zusätzlich erfasst sein „*Organe der Meinungsäußerung*“. Zu Grund und Umfang schweigt auch hier der GesE. Unter diesen Begriff wird man letztlich jedes Presseorgan, sei es auch noch so klein (z.B. Schülerzeitung einer Schule) subsumieren können. Die Sinnhaftigkeit einer Einbeziehung auch großer Presseorgane erschließt sich – bei allem gebotenen Schutz, den die Presse verdient – nicht. Situationen im terroristischen Kontext, in denen ein Fernsehsender oder ein Printmedium mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt genötigt wird und keine andere Einrichtung zugleich betroffen ist, sind nicht recht vorstellbar.

In § 8 Abs. 5 Nr. 3 PolG-E wird abweichend von § 129a Abs. 1 und 2 StGB zusätzlich auf die Grundstrukturen „*eines Landes*“ [und nicht nur eines Staates] abgestellt. Auch hierzu findet sich keine Begründung.

Die aus dem BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts übernommenen Begrifflichkeiten zur Bestimmung der Eingriffsschwelle einer drohenden terroristischen Gefahr sind sehr unbestimmt. Unklar bleibt, was mit den folgenden Begriffsbestimmungen gemeint sein soll:

- „*innerhalb eines absehbaren Zeitraums*“
- „*zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise*“
- „*individuelles Verhalten einer Person*“

²⁹ Paeffgen, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 89a 13.

³⁰ Fischer, § 89a Rn. 16; Gazeas, in: AnwKom-StGB, 2. Aufl. 2015, § 89a Rn. 20; vgl. auch BT-Drs. 16/12428, S. 14.

³¹ S. dazu eingehend Zöller, in: SK-StGB, 312 Lfg. April 2012, § 89a Rn. 16.

³² Schäfer, in: MK-StGB, 3. Aufl. 2017, § 89a Rn. 19.

Der Gesetzgeber sollte hier nicht denselben Fehler begehen wie der Bundesgesetzgeber im BKAG und Formulierungen aus dem BKA-Urteil übernehmen, ohne ihnen eine hinreichende Bedeutung zu verleihen. Denn dies steht im diametralen Widerspruch zur Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts im BKA-Urteil, die Prognoseanforderungen hinreichend bestimmt auszugestalten.³³ Eine solche Ausgestaltung, ist Aufgabe des Gesetzgebers; sie kann nicht durch die Übernahme höchstrichterlicher Entscheidungsgründe (z.T. im Wortlaut) ersetzt werden. Dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen Rahmen vorgegeben hat, entbindet ihn nämlich nicht von seiner Aufgabe, diesen Rahmen durch hinreichend klar und verständlich formulierte Tatbestandsmerkmale auszufüllen. Im BKA-Urteil heißt es insoweit ausdrücklich (nach Verwendung der vorstehenden Begrifflichkeiten):

„Die diesbezüglichen Anforderungen sind normenklar zu regeln.“³⁴

Der Gesetzgeber sollte mindestens zum Tatbestandsmerkmal „*innerhalb eines übersehbaren Zeitraums*“ klarstellen, welchen Zeitraum er sich hier maximal vorstellt. Ein Zeitraum von über sechs Monaten erscheint mir schwerlich, ein Zeitraum von über einem Jahr kaum noch vertretbar. Es könnte auch erwogen werden, diesen Zeitraum ins Gesetz zu schreiben. Dies wäre noch klarer („innerhalb der nächsten vier Wochen“), wobei der Bestimmung einer absoluten Zahl stets ein irgendwie gearteter Hauch von (zulässiger) Willkür anhaftet.

Was das Tatbestandsmerkmal „*auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierten Weise* [...]“ anbelangt, kann hingegen zur Konkretisierung auf den strukturell weitgehend parallel gelagerte Fall aus dem repressiven Bereich in § 89a StGB rekuriert werden. Hierzu hat der BGH in Strafsachen festgehalten, dass

„die geplante Tat jedenfalls bereits so weit konkretisiert ist, dass überprüft werden kann, ob sie die Voraussetzungen der Staatsschutzklausel erfüllt.“

„Weitergehende, über das dargelegte Maß hinausgehende Anforderungen an die Konkretisierung der künftigen Tat - etwa mit Blick auf Tatort, Tatzeit und Tatopfer - ergeben sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch nach dem Gesetzeszweck; sie sind auch von Verfassungs wegen nicht zu fordern.“³⁵

Erforderlich ist insoweit nach hiesiger Ansicht ein Mindestmaß an grober Vorstellung der vom Gefährder in Aussicht genommenen Tat, also eine Vorstellung dahingehend, ob jemand einen Anschlag gegen Menschen oder gegen ein Stromkraftwerk begehen möchte, ob er Menschen töten oder sie „nur“ ihrer Freiheit berauben möchte, und welches Ziel er dabei verfolgt (z.B. die Bevölkerung in erheblicher Weise einzuschüchtern, was bei Fällen islamistischen Terrorismus regelmäßig der Fall sein dürfte). Insofern erscheint dieses Tatbestandsmerkmal

³³ BVerfGE 141, 220 *juris* insb. Rn. 164.

³⁴ BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 164.

³⁵ BGH, Urt. v. 8. Mai 2014 – 3 StR 243/16 Rn. 42 f.; s. ferner BGH, Beschl. v. 6. April 2017 – 3 StR 326/16 Rn. 13.

einer hinreichenden Konkretisierung zugänglich. In den Gesetzgebungsmaterialien könnte *idealiter* diese Art der Konkretisierungsanforderungen niedergelegt werden.

4. Ergebnis und Empfehlung

Sofern an dem Begriff der „drohenden terroristischen Gefahr“ festgehalten wird, wird nachdrücklich empfohlen, die Definition in § 8 Abs. 5 PolG-E schon aus Gründen der Einheitlichkeit zu überarbeiten.

Hier sollte an die bestehende und bewährte Definition aus § 129a Abs. 1 und Abs. 2 StGB sowie § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG angeknüpft werden.³⁶ Alternativ denkbar und ebenso geeignet wäre auch eine Definition, wie sie im gegenwärtigen Gesetzgebungsverfahren in Niedersachsen zum Nds. SOG-E für terroristische Straftaten erfolgt. Im Hinblick auf einen Gleichlauf insbesondere mit dem BKAG wird vorliegend die erstgenannte Alternative bevorzugt.

Die Bestimmtheitsdefizite sollten durch eine weitere begriffliche Konkretisierung im Gesetzestext und ergänzender Erläuterungen in der Gesetzesbegründung behoben werden.

Der Wortlaut von § 8 Abs. 5 PolG-E könnte lauten:

Eine drohende terroristische Gefahr liegt vor, wenn

im Einzelfall konkrete Tatsachen zu einer Person oder Verhaltensweisen einer Person die Annahme rechtfertigen, dass sie innerhalb eines absehbar kurzen Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierten Weise eine bereits als terroristische Straftat erkennbare Straftat nach Satz 2 begehen wird. Eine terroristische Straftat ist eine Straftat, die in § 129a Abs. 1 und 2 StGB bezeichnet ist, und die dazu bestimmt ist,

1. die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern,
2. eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder
3. die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen,

und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.

³⁶ S. dazu auch BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 96; s. ferner zu § 129a Abs. 1 und 2 StGB nur Zöller, Terrorismusstrafrecht. 2009, S. 134 ff. m.w.N.

E. Zur Datenerhebung durch Überwachung der Telekommunikation (§ 20c PolG-E)

I. Allgemeines

Entsprechend der hier vorgeschlagenen Änderung der Definition von § 8 Abs. 5 PolG-E wäre auch die Formulierung in § 20c Abs. 1 Nr. 2 PolG-E anzupassen.

II. Zur Quellen-TKÜ (§ 20c Abs. 2 und 3 PolG-E)

§ 20c Abs. 2 und 3 PolG-E sehen besondere Regelungen für die sog. Quellen-TKÜ vor. Die vorgesehene Ermächtigungsgrundlage zur Quellen-TKÜ wirft die – bekannten – grundlegenden Fragen zur IT-Sicherheit auf, die sehr folgenreich sind. Insofern und zu den weiteren Bedenken wird auf die nachstehenden Stellungnahmen, insbesondere die substantiierten Stellungnahme von *Buermeyer* verwiesen.

- Gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia) vom 16. März 2017 zur Öffentlichen Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzesentwurf zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes (Ausschussdrucksache 18(4)806E (vor allem zur Quellen-TKÜ)
- sowie Gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia) vom 29. Mai 2017 zur Öffentlichen Anhörung zur „Formulierungshilfe“ des BMJV zur Einführung von Rechtsgrundlagen für Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ im Strafprozess im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 31. Mai 2017 (zur Quellen-TKÜ)
- Stellungnahme des Chaos Computer Clubs (Constanze Kurz, Marco Holz, Justus Hoffmann und Lukas Laufenberg) zum Gesetze zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Hessen, Drucksache 19/5412 vom 4. Februar 2018 (zur Quellen-TKÜ).
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zur Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen CDU/SCU und SPD zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Drucksache 18/11272 – pp. (Stellungnahme Nr. 44/2017 von Juni 2017) (zur Quellen-TKÜ)

Ergänzend möge an dieser Stelle nur Folgendes hervorgehoben werden:

In dem BKA-Urteil zur präventiven Quellen-TKÜ nach § 20l Abs. 2 BKAG hob das BVerfG hervor, dass maßgeblich sei, dass „das Gesetz keinen Zweifel lasse, dass eine Quellen-TKÜ nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung auf die laufende Kommunikation erlaubt ist“. Anderenfalls käme nur

ein Vorgehen in Form einer Online-Durchsuchung unter den Voraussetzungen von § 20k Abs. 1 BKAG in Betracht.³⁷

Bei dem im GesE vorgesehenen Verfahren fehlt die tatsächliche Möglichkeit einer ausreichenden richterlichen Kontrolle. § 20c Abs. 2 und 3 PolG-E sehen den Anforderungen des BKA-Urteils folgend bestimmte technische Mindestanforderungen für die Anordnung und Durchführung der Quellen-TKÜ vor. Der die TKÜ anordnende Richter ist jedoch in der Praxis außer Stande, die Einhaltung dieser Vorgaben zu überprüfen. Zum einen wird ihm in der Regel das technische – sehr spezielle – Fachwissen fehlen, das erforderlich ist, um eine Überprüfung vornehmen zu können. Noch gewichtiger ist jedoch, dass ihm selbst bei technischer Fachkenntnis eine richterliche Kontrolle der Anordnungsvoraussetzungen nicht möglich sein wird, weil die Polizeibehörden die dafür erforderlichen umfassenden Angaben kaum vorlegen dürften. Selbst die Bundesregierung weigert sich im Rahmen einer Kleinen Anfrage von Abgeordneten der Fraktion der FDP (BT-Drs. 19/1020) unter Berufung auf das Staatswohl Angaben dazu zu machen.³⁸ Nichts anderes wird in der polizeilichen Praxis zu erwarten sein.

Das tatsächliche Defizit möglicher richterlicher Kontrolle dürfte hier derartiges Gewicht erlangen, dass den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Richtervorbehalt nicht mehr ohne Weiteres genügt wird.³⁹

Von versierten Kennern der Materie wird bezweifelt, dass die Quellen-TKÜ ausschließlich Inhalte der laufenden Kommunikation zugänglich macht.⁴⁰ Die systematische Einordnung der Quellen-TKÜ gemeinsam mit der konventionellen TKÜ in § 20c PolG-E suggeriert, dass es sich um einen vergleichbaren Eingriff handle. Bezogen auf die Eingriffsintensität stehe sie in Wahrheit jedoch der Online-Durchsuchung nahe, da beide Maßnahmen die Infiltration des Systems erforderten.⁴¹ In der Polizeipraxis wird man auf bestimmte Software zurückgreifen müssen, die u.a. von privaten Anbietern entwickelt wird.⁴² Was die Software tatsächlich kann, wird der richterlichen Kontrolle nicht zugänglich sein.

Um eine hinreichende richterliche Kontrolle zu ermöglichen, ist es angezeigt, ein System belastbarer externer Überprüfungen der eingesetzten Späh-Software zu etablieren, auf die ein Richter zurückgreifen kann. Dieses Modell ist im Übrigen nicht neu: Bei jedem Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung befindet sich ein entsprechendes Zertifikat des eingesetzten Messgeräts zur Validierung der Messung in der Verfahrensakte. Bei

³⁷ BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 234.

³⁸ S. BT-Drs. 19/1505, S. 3 ff.

³⁹ Vgl. auch *Burkhard Hirsch*, Vermerk zum GesE vom 16. April 2018, S. 3.

⁴⁰ Vgl. nur die Stellungnahmen von *Buermeyer* sowie des *Chaos Computer Clubs* oben; ferner etwa *Kruse/Grzesiek*, *KritV* 2017, 332, 335 ff.

⁴¹ Vgl. dazu nur *Blechschnitt*, *StraFo* 2017, 361 ff.

⁴² S. nur BT-Drs. 19/1505, S. 1.

den weitaus gewichtigeren Grundrechtseingriffen durch die Quellen-TKÜ ist dies nicht vorgesehen. Dies ist nicht nachgerecht.⁴³

Der bzw. Die Datenschutzbeauftragte (BfDI/LfDI) erscheinen hier als geeignete und berufene Stellen, um eine Späh-Software vor ihrem Einsatz – ggfls. unter Zuhilfenahme technischer Sachverständiger – auf ihre tatsächlichen Möglichkeiten hin zu überprüfen und bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen zu zertifizieren. Ein solches Zertifikat wäre – ähnlich der Zertifizierung von Messgeräten in Ordnungswidrigkeitenverfahren – für den Richter taugliche Grundlage für eine Überprüfung.⁴⁴

Es wird empfohlen eine gesetzliche Regelung dahingehend zu schaffen, dass nur solche Software für eine Quellen-TKÜ eingesetzt werden darf, deren Voraussetzungen nach § 20c Abs. 2 und 3 PolG-E zuvor von einer geeigneten Stelle (BfDI/LfDI) überprüft worden sind. Die Überprüfung ist in einem Zertifikat niederzulegen. Die Zertifizierung ist bei Beantragung der Maßnahme nachzuweisen.

III. Zu den formalen Anforderungen und verfahrensrechtlichen Regelungen in § 20c Abs. 4-12 PolG-E

Der GesE sieht für die Anordnung der TKÜ ein Verfahren nach dem FamFG vor. Dies ist unzureichend (s. dazu weiter unten die allgemeinen Ausführungen zu Defiziten beim Rechtsschutz unter D.)

In der Praxis hat es sich bewährt, bei Anordnungen von befristeten heimlichen Überwachungsmaßnahmen neben der Art, Umfang und Dauer der Maßnahme auch die konkrete „Benennung des Endzeitpunktes“ (z.B. „12.12.2017, 23:59 Uhr“) anzugeben, damit insoweit einerseits Rechtsicherheit andererseits auch Handlungssicherheit – auch für den durchführenden Telekommunikationsdienste-Erbringer besteht und sich bei nicht der Berechnung der Dauer der Maßnahme Fehler einschleichen, die auch dazu führen können, dass eine Maßnahme vorzeitig beendet wird, obwohl die Polizei noch rechtzeitig eine Fortsetzungsanordnung eingeholt hat. Das BKAG (s. etwa § 20l Abs. 4 Nr. 3 sowie § 20k Abs. 6 Nr. 3) sieht daher ebenso wie sie StPO (s. hier § 100e Abs. 3 Nr. 3) die Benennung des Endzeitpunktes der Maßnahme in der richterlichen Anordnung vor. Dies sollte auch für das PolG NRW gelten.

In § 20c Abs. 6 Satz 2 sollten nach dem Wort „soll“ der Punkt gestrichen werden und nachfolgend eingefügt werden:

„3. Art, Umfang, Dauer und Endzeitpunkt der Maßnahme“ eingefügt werden.

Bei nicht erkennbaren Eingriffen steht dem Grundrechtsträger auf Grund der Gewährleistung effektiven Grundrechtsschutzes grundsätzlich ein Anspruch auf spätere Kenntnis der staatlichen Maßnahme zu.⁴⁵ Ohne eine solche Kenntnis

⁴³ Vgl. auch *Burkhard Hirsch*, Vermerk zum GesE vom 16. April 2018, S. 3.

⁴⁴ Vgl. auch *Burkhard Hirsch*, Vermerk zum GesE vom 16. April 2018, S. 3.

⁴⁵ Vgl. nur BVerfGE 100, 313, 361; BVerfGE 109, 279, 363 ff.

können die Betroffenen weder die Unrechtmäßigkeit der Informationsgewinnung noch etwaige Rechte auf Löschung der Aufzeichnungen geltend machen. Die nachträgliche Unterrichtung ist auch geboten, weil auf Grund der Heimlichkeit des Eingriffs die Anhörung unterblieben ist. Grundrechtlicher Maßstab ist hier Art. 10 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG, im Falle der Quellen-TKÜ zusätzlich auch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Gestalt des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

Eine Begrenzung des Anspruchs auf Benachrichtigung ist verfassungsrechtlich zwar grundsätzlich zulässig.⁴⁶ Die Eingrenzung der Benachrichtigungspflicht stellt indes ihrerseits einen Eingriff in die vorgenannten Grundrechte dar, der einer Rechtfertigung bedarf und damit auch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen muss.⁴⁷

„Da die Zurückstellung der Benachrichtigung die Rechtsschutzmöglichkeiten verzögert und mit zunehmendem zeitlichen Abstand zu der angeordneten Maßnahme die Effektivität des Rechtsschutzes abnimmt, ist die Zurückstellung auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken.“⁴⁸

Verfassungsrechtlich zulässig ist damit eine Zurückstellung und erst recht ein endgültiger Verzicht auf eine Benachrichtigung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sowie unter besonderen verfahrensrechtlichen Sicherungen.⁴⁹

Gemessen hieran dürfte die vorgesehene Regelung in § 20c Abs. 9 PolG-E, der die entsprechende Geltung der § 17 Abs. 5 und 6 PolG NRW anordnet, die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in jeder Hinsicht erfüllen.

Dies gilt im Hinblick auf § 17 Abs. 5 Satz 2 PolG NRW. Danach unterbleibt die Benachrichtigung, „wenn zur Durchführung der Unterrichtung in unverhältnismäßiger Weise weitere Daten der betroffenen Person erhoben werden müssten.“

Diese Vorgabe ist zum einen zu unbestimmt. Sie bietet keinen Bezugspunkt zur Bemessung der Verhältnismäßigkeit des Aufwandes. Es wäre eine Lesart dahingehend denkbar, von einer Benachrichtigung schon dann abzusehen, wenn eine EMA-Anfrage erfolglos geblieben ist. Dies ist nach hiesiger Bewertung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Benachrichtigungspflicht nicht vereinbar. Verwaltungsaufwand darf – wenn überhaupt – nur im äußersten Extremfall ein verfassungsrechtlich legitimer Grund dafür sein, von einer Benachrichtigung abzusehen. Der Gesetzgeber würde insoweit einen sichereren Weg beschreiten, wenn er auf den Ausschlussgrund in § 17 Abs. 5 Satz 2 PolG NRW gänzlich verzichtet.

⁴⁶ Vgl. nur BVerfGE 100, 313, 364.

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313, 365, 398 f.

⁴⁸ BVerfGE 109, 279 *juris* Rn. 302 (Großer Lauschangriff).

⁴⁹ S. dazu BVerfGE 109, 279, 366 ff.

Es wird empfohlen, § 17 Abs. 5 Satz 2 PolG NRW – auch im Hinblick auf die Benachrichtigungspflichten in anderen Fällen – zu streichen.

Die in § 20c Abs. 11 PolG-E vorgesehene Pflicht zur Unterrichtung des Landtages ist zu begrüßen. Mit § 20c PolG-E wird erstmals eine sehr weitgehenden Überwachungsbefugnisse mit zum Teil nachrichtendienstlichen Charakter im PolG NRW geschaffen. Diese geht auch mit vielen Unwägbarkeiten bei der Umsetzung der Quellen-TKÜ einher. Es bestehen technische wie rechtliche Unsicherheiten. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Evaluierung bereits zum 31.12.2010 angemessener.

III. Ergebnis und Empfehlung

Die Regelungen zur Quellen-TKÜ (§ 20c Abs. 2 und 3 PolG-E) werfen die – bekannten – grundlegenden Fragen zur IT-Sicherheit auf, die sehr folgenreich sind. Zur effektiven Ausübung des Richtervorbehalts und zur Minimierung von IT-Risiken sollte die Späh-Software vor ihrem Einsatz durch eine geeignete Stelle – die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit oder die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen – überprüft und zertifiziert werden. In den verfahrensrechtlichen Regelungen sollten die vorgeschlagenen minimalen Anpassungen erwogen werden.

D. Zum Gewahrsam (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 und 6, § 38 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 PolG-E)

Der GesE sieht eine qualitative und zeitlich erhebliche Ausweitung des Gewahrsams vor. Die Polizei soll eine Person in Gewahrsam nehmen können, wenn dies unerlässlich ist, um eine drohende Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 4 PolG-E und eine drohende terroristische Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 5 PolG-E abzuwehren. Ferner soll Gewahrsam zur Durchsetzung einer Aufenthaltsanordnung oder eines Kontaktverbots nach § 34b PolGE oder einer Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 34c PolG-E möglich sein, wenn dies unerlässlich ist. Für die Dauer des Gewahrsams ist ein abgestuftes Modell in § 38 PolG-E vorgesehen, das im Falle einer drohenden terroristischen Gefahr bis zu einem Monat reicht.

II. Allgemeine Anmerkungen

Die vorgesehene Regelung folgt der Tendenz anderer neuerer Reformen in Polizeigesetzen anderer Länder. Sie geht weit über die Regelung im Bundesrecht hinaus. Dort ist unter engen Voraussetzungen⁵⁰ eine Höchstdauer von vier Tagen⁵¹ vorgesehen. Auch wenn die geplante Regelung im PolG-E nicht so weit geht wie

⁵⁰ Das BKAG sieht in § 57 BKAG auch in seiner seit dem 25. Mai 2018 geltenden Fassung Gewahrsam nur in engen Grenzen vor „wenn dies unerlässlich ist, um die *unmittelbar bevorstehende* Begehung oder Fortsetzung von Straftaten nach § 5 Absatz 1 Satz 2 [terroristische Straftaten] zu verhindern.“ Das BPolG sieht ebenfalls Gewahrsam nur in engen Grenzen vor, s. §§ 39 ff. BPolG.

⁵¹ S. § 42 Abs. 1 Satz 3 BPolG, § 57 Abs. 2 BKAG i.V.m. § 42 Abs. 1 Satz 3 BPolG.

im bayPAG⁵², das mit der Verlängerungsmöglichkeit eine zeitlich unbegrenzte Anordnung von polizeilichen Präventivgewahrsams und damit faktisch eine „Unendlichkeitshaft“ vorsieht,⁵³ ist die vorgesehene Ausweitung des Gewahrsams in dieser Form aus tatsächlichen, vor allem aber aus verfassungsrechtlichen und konventionsrechtlichen Gründen abzulehnen.

Für weite Teile der vorgesehenen Ausweitung des Gewahrsams ist ein tatsächlicher Bedarf nicht erkennbar. Die vorgesehene Ausweitung dürfte in der geplanten Form verfassungswidrig sein und gegen die EMRK verstoßen.

Im Falle einer drohenden Gefahr der Begehung von Allgemeindelikten ist ein sachlicher Grund für eine Ausweitung der Präventivhaft schon nicht erkennbar. Im Falle einer drohenden terroristischen Gefahr ist daran zu erinnern, dass ein tatsächlicher Bedarf von Präventivhaft schon deshalb weitgehend nicht besteht, weil durch die extreme Vorverlagerung der Strafbarkeit – insbesondere durch § 89a StGB,⁵⁴ aber auch die gleichfalls sehr früh greifende Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 zu eine – in der heutigen Praxis schon regelmäßig Untersuchungshaft nach der StPO angeordnet wird. Die Tatsache, dass § 89a StGB ein teilnahmefähiges Deklikt ist, zu dem in einem noch früheren Stadium Beihilfe geleistet oder angestiftet werden kann, zeigt die Weite der Strafbarkeit. Da einerseits die Strafbarkeitsschwelle sehr früh greift, andererseits die strafprozessualen Voraussetzungen der Untersuchungshaft nach §§ 112 f. StPO eine Inhaftierung – im Falle des § 112a StPO tatsächlich zu Präventionszwecken – bereits ermöglichen, ist es schwer, geeignete Fälle zu erkennen, in denen noch weiter im Vorfeld eines strafprozessualen Verdachts die Notwendigkeit von Präventivhaft aufkommt. Dort wo möglicherweise in Einzelfällen eine für gefährlich erachtete Person im Visier der Ermittler steht, wird man ohne Risiken für die Sicherheit eingehen zu können, ist eine (Rundum-)Observation rechtlich wie tatsächlich möglich. Dass dafür viele Ressourcen benötigt werden, ist kein taugliches Argument für Präventivgewahrsam als Alternative. Denn schon ausweislich der Tatbestandsgestaltung in § 25 PolG-E ist die Ingewahrsamnahme richtigerweise nur als *ultima ratio* vorgesehen („unerlässlich ist“).

Die vorgesehene (sehr weitgehende) Höchstdauer von einem Monat bei Gefährdern im Terrorismusbereich belegt selbst die Ungeeignetheit der Präventivhaft: Es ist realitätsfern zu glauben, dass innerhalb von maximal einem Monat ein überzeugter Islamist seine Meinung zu Anschlägen ändern wird oder dergestalt resozialisiert und in die Gesellschaft eingegliedert werden kann, dass nach einem Monat von ihm keine Gefahr mehr ausgeht. Auch nach einem Monat bleibt eine mit Terrorismusbezug gefährliche Person in der Regel weiter abstrakt an sich gefährlich. Insoweit ist – wenn auch evident verfassungswidrig – die Möglichkeit einer unbefristeten Ingewahrsamnahme, wie das bayPAG sie vorsieht, zumindest in diesem Punkt logisch konsequent – wenn auch absolut rechtsstaatswidrig.

⁵² § 20 bayPAG.

⁵³ S. dazu etwa *Löffelmann*, DVBl 2018, 145, 152.

⁵⁴ S. zur Weite des Tatbestands nur *Gazeas*, in: *AnwKom-StGB*, 2. Aufl. 2015, § 89a Rn. 10 ff. m.w.N.

Im Vergleich zu anderen Rechtsstaaten ist die vorgesehene Dauer des Präventivgewahrsams von einem Monat in Terrorismusfällen hoch. Selbst in Großbritannien, das für ein sehr starkes Sicherheitsrecht bekannt ist, ist die Präventivhaft in Terrorismusfällen zunächst im Jahr 2000 von sieben auf 14 Tage erhöht worden, im Jahr 2006 von 14 auf 28 Tage, um dann im Jahr 2011 wieder auf 14 Tage reduziert zu werden. Die Rückführung auf 14 Tage war dem Umstand geschuldet, dass ein Bedarf für eine 28 Tage dauernde Präventivhaft mangels Anwendungsfällen nicht bestand.⁵⁵

II. Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK

Der Freiheitsentzug stellt einen der schwerwiegendsten Grundrechtseingriffe überhaupt dar. Im Lichte dessen überrascht die Kürze der Gesetzesbegründung zu den Anordnungsvoraussetzungen und ihrer Verhältnismäßigkeit, sie sich in zwei kurzen Absätzen erschöpft. Ausweislich der Begründung des GesE ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme deshalb gewahrt, als sie nur zum Schutz der durch Straftaten von erheblicher Bedeutung geschützten Rechtsgüter angeordnet werden kann und die Ingewahrsamnahme unerlässlich sein muss, um die Gefahr abzuwehren.⁵⁶ Die Verhältnismäßigkeit sieht die Gesetzesbegründung auch bei § 35 Abs. 1 Nr. 7 PolG-E als gewahrt an.⁵⁷

Es wird sowohl die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht hinreichend beachtet.

1. Verfassungsrechtliche Bewertung

Das Bundesverfassungsgericht betont seit jeher die Anforderungen an eine besonders rechtsstaatliche Regelung von Freiheitsentziehungen, vgl. nur:

„Aus der Verschärfung des schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalts durch Art. 104 Abs. 1 GG, der noch unterstützt wird durch die formalen Garantien in Art. 104 Abs. 2 GG, ist zu entnehmen, daß es dem Grundgesetz im Bereich der Freiheitsentziehungen auf eine besonders rechtsstaatliche, förmliche Regelung ankommt. Der Gesetzgeber soll gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, meßbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln.“⁵⁸

Die Freiheit der Person ist letztlich Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers.⁵⁹ Ohne die Sicherung dieser körperlichen Freiheit wäre die Verwirklichung Art. 2 Abs. 1 GG kaum vorstellbar. Sie nimmt daher einen hohen Rang unter den Grundrechten ein. In das Freiheitsgrundrecht darf nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden. Sowohl die gesetzlichen

⁵⁵ Vgl. dazu etwa *Home/Berman*, Memo „Pre-Charge Detention in Terrorism Cases“ vom 15. März 2012, Library House of Commons, No. SN/HA/5634, S. 1 f.

⁵⁶ LT-Drs. 17/2351, S. 45.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ BVerfGE 29, 183, 196.

⁵⁹ Vgl. nur BVerfGE 128, 326, 372.

Gewahrsamsermächtigungen als auch ihre konkrete Anwendung im Einzelfall sind hieran zu messen.⁶⁰

Die verfassungsrechtlichen Anordnungen wirken sich stets auch auf die zulässige Verdachtsschwelle aus, die den Eingriff erst ermöglicht. So hat das Bundesverfassungsgericht bei bestimmten Überwachungsmaßnahmen und der Verwertung von Erkenntnissen hieraus regelmäßig einen einfachen Verdacht nicht genügen lassen, sondern „bestimmte Tatsachen“ als erhöhte Verdachtsschwelle gefordert.⁶¹

Für alle bislang im PolG NRW vorgesehenen Formen der Ingewahrsamnahme ist (mindestens) eine *konkrete* Gefahr für ein hochrangiges Rechtsgut erforderlich (vgl. § 8 Abs. 1 PolG NRW). Von diesem Grundsatz verabschiedet sich der GesE, indem er die Ingewahrsamnahme sowohl bei der Gefahr allgemeiner Straftaten als auch bei der Gefahr terroristischer Straftaten an den Begriff der „drohenden Gefahr“ sowie den der „drohenden terroristischen Gefahr“ anknüpft (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E) und damit weit in das Gefahrenvorfeld vorverlagert. Die Eingriffsschwelle wird damit in einen zeitlichen Bereich vorverlagert, in dem die Gefahrenprognose qua Natur der Sache besonders fehleranfällig ist und das Risiko einer Fehleinschätzung – im Vergleich zur Verdachtsschwelle einer konkreten Gefahr – signifikant höher liegt. Eine derart „dünne“ Verdachtsgrundlage weit im Vorfeld einer konkreten Gefahr genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Grundrechtseingriff in das Freiheitsgrundrecht im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht.

Auch bei der Sicherungsverwahrung hat das Bundesverfassungsgericht die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme unter die Voraussetzung gestellt, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- und Sexualstraftaten aus *konkreten* Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.⁶² Auch hier ist die Gefahrenprognose essentieller Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung. An sie werden hohe Anforderungen gestellt.⁶³

Soweit der GesE zur verfassungsrechtlichen Legitimation seines Vorhabens auf das BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts rekurriert, verkennt er, dass das Verfassungsgericht eine Ausdehnung des Gefahrenbegriffs in das Vorfeld ausdrücklich nur auf *Überwachungsmaßnahmen* erstreckt hat, mithin also auf *informationelle* Grundrechtseingriffe, nicht jedoch auf Eingriffe in das Grundrecht auf Freiheit. Diese Tatsache ist an mehreren Stellen des Urteils deutlich erkennbar. Nur *pars pro toto*:

⁶⁰ Vgl. nur BVerfGE 10, 302, 322; 128, 326, 372; vgl. aus dem Schrifttum nur *Bastock*, in: BeckOK-PolR NRW, 8. Edition Stand: 10. Februar 2018, PolG NRW, § 35 Rn. 9.

⁶¹ Vgl. nur BVerfGE 100, 313, 394; s. dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 426 m.w.N.

⁶² Vgl. nur BVerfGE 128, 326, 406; 133, 40, 51.

⁶³ Vgl. nur BVerfGE 109, 133, 158 ff., 164 ff.; BVerfG NJW 2013, 3228; s. zu diesem Aspekt auch *Löffelmann*, BayVBl 2018, 145, 153 m.w.N. zur Rechtsprechung in Fn. 105.

„Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die *Überwachungs*maßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann [...].

In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können *Überwachungs*maßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“⁶⁴

„Danach müssen die *Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse* mit Blick auf das Eingriffsgewicht angemessen ausgestaltet sein“⁶⁵

Hinzu kommt, dass das Grundgesetz bei Freiheitsentzug zusätzliche Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm stellt. Da präventive Freiheitsentziehungen ebenso stark in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingreifen wie Freiheitsstrafen, ergibt sich aus Art. 104 Abs. 1 GG im Ergebnis ein ähnliches Bestimmtheitsgebot wie aus Art. 103 Abs. 2 GG.⁶⁶ Hierbei müssen die Vorgaben des Gesetzgebers umso genauer sein, je intensiver der Grundrechtseingriff ist und je schwerwiegender die Auswirkungen der Regelung sind.⁶⁷ Der Grad der für eine Norm jeweils erforderlichen Bestimmtheit, die auch bei Verwendung konkretisierungsbedürftiger Begriffe und – mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden bestimmbarer – unbestimmter Rechtsbegriffe gewahrt sein kann, lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestands einschließlich der Umstände ab, die zur gesetzlichen Regelung geführt haben.⁶⁸

a. **Verfassungsmäßigkeit der Anordnungsvoraussetzungen**

Diese verfassungsgerichtliche Wertung ist insbesondere im Lichte der Tatsache konsequent, dass sich das hohe Risiko von Gefahrprognosen im Vorfeld von Gefahren realisiert. Aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs in Art. 2 Abs. 2 GG sind an die Rechtfertigung einer Freiheitsentziehung höhere Anforderungen zu stellen als an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen regelmäßig tangiert ist. Das Gleiche gilt für Grundrechtseingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis in Art.

⁶⁴ BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 112 (*Hervorb. diesseits*).

⁶⁵ BVerfGE 141, 220 *juris* Rn. 98 (*Hervorb. diesseits*); s. ferner BVerfG a.a.O. Rn. 108 ff.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 131, 268, 306.

⁶⁷ Vgl. dazu auch BVerfGE 109, 133, 188; *Basteck*, in: BeckOK-PolR NRW, PolG NRW, § 35 Rn. 12.

⁶⁸ BVerfG NJW 2013, 3151, 3159.

10 GG. Auch dieser Eingriff wiegt weniger schwer als der in das Freiheitsgrundrecht nach Art. 2 Abs. 2 GG.

Auch den Bestimmtheitsanforderungen dürfte die vorgesehene Regelung wegen der Kumulation unbestimmter Rechtsbegriffe in den Begriffen der *drohenden (terroristischen) Gefahr* nicht hinreichend gerecht werden.

Die in § 35 Abs. 1 Nr. 7 PolG-E vorgesehene Möglichkeit der Ingewahrsamnahme bei Missachtung von Aufenthaltsverbot, Kontaktsperre oder der Maßnahme der elektronische Aufenthaltsüberwachung („elektronische Fußfessel“) stellen sich die Probleme der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme in potenziierter Form. Denn die Missachtung einer Anweisung, z.B. ein Aufenthaltsverbot, führt nicht automatisch dazu, dass die betroffene Person gefährlicher wird. Eine drohende Gefahr für die Anordnung des Aufenthaltsverbots hat sich nicht zwingend konkretisiert. Die Anordnung von Gewahrsam gleicht hier einer Ordnungshaft bzw. Beugehaft zur Durchsetzung der zuvor angeordneten Maßnahme. Auch insoweit ist die vorgesehene Regelung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht mehr vereinbar.

Offen ersichtlich wird die fehlende Verhältnismäßigkeit in § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E im Fall der Bezugnahme auf eine drohende Gefahr nach § 8 Abs. 4 StPO. Durch die Bezugnahme auf den – sehr weitgehenden – Straftatenkatalog der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ i.S.d. des § 8 Abs. 3 wird hiermit in einem besonders frühen Gefahrenstadium eine Eingriffsbefugnis für einen Gewahrsam zur Verhinderung der gewerbsmäßigen Begehung von Untreue (sic!) geschaffen.

b. Verfassungsmäßigkeit der Anordnungsdauer

Der Präventivgewahrsam stellt seiner Natur nach eine kurzfristige, vorläufige Maßnahme zur unmittelbaren Abwehr einer Gefahr dar.⁶⁹

Gemessen an den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den präventiven Freiheitsentzug dürfte die zeitliche Vorgabe in § 36 Abs. 2 Nr. 1 PolG-E von einem Monat bei einer derart niedrigen Verdachtsschwelle dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht mehr genügen.⁷⁰ Besonders irritierend ist die vorgesehene Dauer im Falle eines Verstoßes gegen § 34c PolG-E („elektronische Fußfessel“). Hier ist schon die Frage der Geeignetheit der Maßnahme zweifelhaft. Jedenfalls ist die Dauer ersichtlich unverhältnismäßig.

2. Konventionsrechtliche Bewertung (Art. 5 EMRK)

Die Fälle zulässigen Freiheitsentzuges sind in Art. 5 EMRK abschließend aufgezählt. Für den hiesigen Fall der Präventivhaft kommt eine Rechtfertigung

⁶⁹ S. dazu nur *Löffelmann*, BayVBl 2018, 145, 153; *Walther* ZIS 2007, 464, 469.

⁷⁰ Vgl. deutlicher *Löffelmann*, BayVBl 2018, 145, 153 f. zur Regelung in Art. 17 und 20 bayPAG: genügt nicht annähernd dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

allein nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK in Betracht. Danach darf die Freiheit u.a. entzogen werden, „wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach der Begehung einer solchen zu hindern.“

Der EGMR hat die Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK in mehreren Judikaten deutlich gemacht, vgl. nur:

„Nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c, zweite Alternative, kann die Freiheitsentziehung einer Person gerechtfertigt sein, „wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat [...] zu hindern“. *Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c erlaubt hierdurch kein generalpräventives Vorgehen, das sich gegen Einzelpersonen oder Personengruppen richtet, welche von den Behörden zu Recht oder zu Unrecht als gefährlich oder als Personen mit Hang zu Straftaten wahrgenommen werden.* Dieser Grund für die Freiheitsentziehung bietet den Vertragsstaaten lediglich ein *Mittel zur Verhütung einer insbesondere hinsichtlich des Ortes und der Zeit ihrer Begehung und ihres Opfers beziehungsweise ihrer Opfer* (siehe M. ./ . Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 19359/04, Rdnrn. 89 und 102, ECHR 2009) *konkreten und spezifischen Straftat* (siehe Guzzardi, a. a. O., Rdnr. 102; Ciulla ./ . Italien, 22. Februar 1989, Rdnr. 40, Serie A Band 148; und Shimovolos, a. a. O., Rdnr. 54). Dies ergibt sich sowohl aus dem Gebrauch des Singulars („einer Straftat“) als auch aus dem Ziel von Artikel 5, nämlich sicherzustellen, dass niemandem willkürlich die Freiheit entzogen wird (siehe Guzzardi, a. a. O., Rdnr. 102; und M. ./ . Deutschland, a. a. O., Rdnr. 89).⁷¹

Die Anforderungen an die Konkretisierung der zu erwartenden Straftat setzt der Gerichtshof relativ hoch an:

„Dieser Grund für die Freiheitsentziehung bietet den Vertragsstaaten lediglich ein Mittel zur Verhütung einer, *insbesondere hinsichtlich des Ortes und der Zeit ihrer Begehung und ihres Opfers bzw. ihrer Opfer* (siehe M. ./ . Germany, Individualbeschwerde Nr. 19359/04, Rdnrn. 89 und 102, 17. Dezember 2009), *konkreten und spezifischen Straftat* (siehe Guzzardi, a.a.O., Rdnr. 102; Ciulla ./ . Italien, 22. Februar 1989, Rdnr. 40, Serie A Band 148; und Shimovolos ./ . Russland, Individualbeschwerde Nr. 30194/09, Rdnr. 54, 21. June 2011 (noch nicht endgültig)). Dies ergibt sich sowohl aus dem Gebrauch des Singulars („einer Straftat“) als auch aus dem Ziel von Artikel 5, nämlich *sicherzustellen, dass niemandem willkürlich die Freiheit entzogen wird* (siehe Guzzardi, a.a.O.; und M. ./ . Deutschland, a.a.O., Rdnr. 89).⁷²

Der im Gefahrbegriff in § 8 Abs. 4 PolG-E vorgesehene Konkretisierungsgrad einer Straftat „auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise“ genügt den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK nicht. Denn die Definition verlangt nicht zwingend eine Konkretisierung hinsichtlich des Ortes und der Zeit ihrer

⁷¹ EGMR, Urteil vom 7. März 2013 – 15598/08 EuGRZ 2013, 489, Rn. 66 (Hervorb. diesseits).

⁷² EGMR, Urteil vom 1. Dezember 2011 – 8080/08, EuGRZ 2012, 141 Rn. 70 („G8-Gipfel Heiligendamm“) (Hervorb. diesseits)

Begehung *und* ihrer Opfer, jedenfalls ist unter dieser Formulierung keine „konkrete und spezifische Straftat“ zu verstehen.⁷³

III. Ergebnis und Empfehlung

Eine Eingriffsermächtigung zur Freiheitsentziehung auf Grundlage einer bloß drohenden Gefahr bzw. einer drohenden terroristischen Gefahr weit im Vorfeld einer konkreten Gefahr lässt sich verfassungsrechtlich nicht legitimieren. Auch mit Art. 5 EMRK ist eine solche Eingriffsermächtigung nicht in Einklang zu bringen.

Die vorgesehenen Regelungen zur Ausweitung des Gewahrsams dürften verfassungswidrig sein und zudem gegen Art. 5 EMRK verstoßen. Dies gilt sowohl für § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E, der unmittelbar an die Begriffe der „drohenden Gefahr“ in § 8 Abs. 4 PolG-E und den der „drohenden terroristischen Gefahr“ in § 8 Abs. 5 PolG-E anknüpft, als auch für § 35 Abs. 1 Nr. 7 PolG-E, weil die dort genannten Maßnahmen der Aufenthaltsanordnung, des Kontaktverbots (§ 34b PolG-E) sowie der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 34c PolG-E) ihrerseits an die Vorfeld-Gefahrenbegriffe der drohenden (terroristischen) Gefahr anknüpfen.

Der Bundesgesetzgeber hat bei der Neugestaltung des BKAG nach dem BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht ohne Grund auf eine Ausweitung des Präventivgewahrsams auf den Bereich der drohenden terroristischen Gefahr verzichtet. Diesen Verdachtsgrad hat er neu eingeführt – allerdings ausschließlich für (überwiegend heimliche) Überwachungsmaßnahmen.⁷⁴

Die Anordnung von Präventivgewahrsam sollte von dem Begriff der drohenden (terroristischen) Gefahr, sofern an diesem Begriff festgehalten wird, entkoppelt werden. Die vorgesehenen Änderungen in § 34 Nr. 6 und 7 PolG-E sollten gestrichen werden. Die Anordnung von Präventivgewahrsam sollte ausschließlich an den Verdachtsgrad der *konkreten* Gefahr geknüpft werden, wie es auch bislang der Fall ist und nur im Falle einer Gefahr für die dort benannten Rechtsgüter (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW) möglich sein.

Verfassungsrechtlich erscheint eine Lockerung im Hinblick auf das temporäre Element einer zu erwartenden Straftat bei terroristischen Straftaten in gewissem Umfang möglich. Hier wäre jedoch drauf zu achten, dass die Anforderungen an die Konkretisierung der zu erwartenden Straftat, wie sie der EGMR aufgestellt hat, beachtet werden.

Die Dauer der Präventivhaft sollte insgesamt für alle Fälle auf höchstens 7 Tagen begrenzt werden.

⁷³ Vgl. auch *Löffelmann*, BayVBl 2018, 145, 152.

⁷⁴ S. die entsprechenden Regelungen in den §§ 45, 49, 50, 51, 52, 55, 56 BKAG.

E. Zum Rechtsschutz – Zu Defiziten im vorgesehenen Verfahren nach dem FamFG

Das Freiheitsgrundrecht ist nicht nur materiell-rechtlich, sondern auch auf der Ebene des Verfahrensrechts abzusichern.⁷⁵ Dies folgt neben Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 GG im Kern auch aus Art. 104 GG.⁷⁶ Der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie er in Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden hat, ist Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.⁷⁷ Er dient dem Schutz der Menschenwürde.⁷⁸ Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist elementar.⁷⁹

Der GesE sowie das bestehende PolG NRW sehen in allen Fällen, in denen eine richterliche Entscheidung vorgesehen ist, das Verfahren nach dem FamFG vor. Damit gehen erhebliche Rechtsschutzdefizite für den Betroffenen einher.⁸⁰ So ist dem FamFG das Institut der Pflichtverteidigung fremd. In dem Verfahren besteht kein Anwaltszwang, und zwar auch nicht bei Freiheitsentziehungssachen. Zwar sieht § 10 FamFG die Möglichkeit der Begleitung durch einen Beistand vor. Was geschieht, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, einen Anwalt zu beauftragen, bleibt unklar. Das Beiordnungsverfahren (§ 78 FamFG) sichert keinen ausreichenden Rechtsschutzstandard bei Freiheitsentziehungen und sonstigen Zwangsmaßnahmen nach dem Polizeirecht. So ist zu besorgen, dass ein Betroffener sogar bis zu einem Monat in Gewahrsam genommen wird, ohne dass ein Anwalt herbeigezogen wird. Dieser Rechtszustand ist aus rechtstaatlichen Gründen inakzeptabel. Im prozessualen Vergleich mit der StPO wird ein Betroffener im Polizeirecht, obwohl ihm dort noch nicht einmal die Begehung einer Straftat vorgeworfen wird, schlechter behandelt als ein Beschuldigter im Strafverfahren, gegen den zumindest ein strafprozessualer Anfangsverdacht – und im Falle von Untersuchungshaft ein dringender Tatverdacht – besteht. Denn dies führt richtigerweise zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers.

Das Verfahren nach dem FamFG geht zudem mit dem Nachteil einher, dass eine Beschwerde zum AG keine aufschiebende Wirkung hat (§ 64 FamFG). Auch das Recht auf Akteneinsicht ist im FamFG jedenfalls bei schwerwiegenden Maßnahmen defizitär (vgl. § 13 FamFG). So wird Akteneinsicht nur gewährt, „soweit nicht schwerwiegende Interessen eines Beteiligten oder eines Dritten entgegenstehen.“ Insoweit können Sicherheitsbehörden unter Hinweis auf laufende Ermittlungen und andere Geheimhaltungsgründe ohne größere Schwierigkeiten eine Akteneinsicht verhindern. Auch dies ist unter rechtstaatlichen Gesichtspunkten inakzeptabel. Effektiver Rechtsschutz kann in der gebotenen Form

⁷⁵ Vgl. nur BVerfGE 109, 133, 159:

⁷⁶ S. dazu etwa *Bastek*, in: BeckOK-PolR NRW, PolG NRW, § 35 Rn. 10 m.w.N.

⁷⁷ BVerfGE 9, 89, 95; 74, 220, 224.

⁷⁸ BVerfGE 55, 1, 6; 63, 332, 337.

⁷⁹ BVerfGE 107, 395, 409.

⁸⁰ S. eingehend zu diesem Problem *Wächter*, Stellungnahme zum bayPAG vom 20. März 2018, S. 7 ff., abgedruckt in Bayerischen Landtag, Anlage zum Wortprotokoll zur Anhörung am 21. März 2018, 90 Kl., 86. VF 21.03.2018, S. 298, 304 ff.

nur dann wahrgenommen werden, wenn der Betroffene bzw. sein Vertreter vollständige Aktenkenntnis haben.

Die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens nach dem FamFG wird auch der Schwere der Grundrechtseingriffe im Polizeirecht nicht gerecht. Denn das FamFG sieht kein strenges Beweisverfahren wie nach der StPO vor. Das Gericht erhebt die Beweismittel vielmehr „in geeigneter Form“. Es ist hierbei an das Vorberingen der Beteiligten nicht gebunden.“ Einem Sach- und Zeugenbeweis zur Entlastung des Betroffenen muss das Gericht damit nicht nachgehen. Eine mündliche Verhandlung ist im Falle einer Beschwerde in das Ermessen des Gerichts gestellt (§ 68 FamFG).

Das vorgesehene Rechtsschutzverfahren führt zu einer substantiellen Einschränkung des Rechtsschutzes und ist im Lichte rechtsstaatlich wünschenswerter Verfahrensregelungen als völlig unzureichend zu bewerten.⁸¹

Es wird empfohlen, das Rechtsschutzverfahren grundlegend zu überarbeiten. Es bietet sich an, eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erwägen.⁸²

⁸¹ So bereits *Wächtler* (o. Fn. 80), S. 306; ebenso *Burkhard Hirsch*, Vermerk zum GesE vom 16. April 2018, S. 2.

⁸² Vgl. so auch Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes (Stellungnahme Nr. 33/2017) vom April 2017, S. 39.