

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 19/4292



Schleswig-Holsteinischer  
Anwalt- und Notarverband e. V.  
Mitglied des DeutschenAnwaltVereins

Schleswig-Holst. Anwalt- u. Notarverband e. V. Breite Str. 40 – 44, 25524 Itzehoe

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Innenausschuss  
Düsternbrooker Weg 70

24105 Kiel

Rechtsanwalt u. Notar  
Andreas Bothe - Vorsitzender  
Breite Str. 40-44, 25524 Itzehoe  
Telefon: 04821 / 68 18 0  
Telefax: 04821 / 68 18 18  
E-Mail: itzehoe@priebe-bothe.de

Itzehoe, den 08.07.2020

Schriftliche Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags  
zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesverwaltungsgesetzes

Sehr geehrte Frau Ostmeier,  
sehr geehrter Herr Dr. Galka,

wir danken für Ihr Anhörungsschreiben vom 06.07.2020.

Wir möchten uns nicht wiederholen, sondern verweisen in der Sache auf unsere zusammen  
mit dem Deutschen Anwaltverein bereits im Januar 2020 gegenüber dem Ministerium für  
Inneres, ländliche Räume, Integration und Gleichstellung abgegebene Stellungnahme.

Eine Kopie ist beigefügt.

Unsere Bedenken und Kritikpunkte am Gesetzentwurf bleiben bestehen.

Mit freundlichen Grüßen

Andreas Bothe  
Rechtsanwalt und Notar  
Vorsitzender



Deutscher**Anwalt**Verein

# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins und des  
Landesverbandes Schleswig-Holstein

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum  
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung polizei- und  
ordnungsrechtlicher Vorschriften im  
Landesverwaltungsgesetz (LVwGPORÄndG) vom  
05.11.2019**

Berlin, im Januar 2020

## Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Max Gröning
- Rechtsanwältin Uta Katharina Schmidt

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Verteiler**

---

Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein  
Justizministerium des Landes Schleswig-Holstein  
Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Innen- und Rechtsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags  
Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein

Bundesministerium des Innern  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Deutscher Bundestag – Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Deutscher Bundestag - Innenausschuss

Arbeitsgruppen Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien  
Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien  
Arbeitskreise Innen und Recht der Landtagsfraktionen Schleswig-Holstein

Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder  
Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern  
Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Landesdatenschutzbeauftragte  
Innenausschüsse der Landtage  
Rechtsausschüsse der Landtage

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland  
Bundesrechtsanwaltskammer  
Deutscher Richterbund  
Bundesverband der Freien Berufe  
Gewerkschaft der Polizei (Bundesvorstand)  
Deutsche Polizeigewerkschaft im DBB  
Verd.di, Recht und Politik  
stiftung neue verantwortung e.V.  
Institut für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht (ISP)  
der Universität Trier  
Schleswig-Holsteinische Rechtsanwaltskammer  
Schleswig-Holsteinischer Richterverband  
Landesverbandes der Freien Berufe in Schleswig-Holstein  
Gewerkschaft der Polizei Schleswig-Holstein

Vorstand und Landesverbände des DAV  
Vorsitzende der Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV  
Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

Frankfurter Allgemeine Zeitung  
Süddeutsche Zeitung  
Hamburger Abendblatt  
Juris Newsletter  
JurPC

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## **A. Einleitung/Zusammenfassung**

Das Kabinett der Landesregierung Schleswig-Holstein hat am 05. November 2019 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung polizei- und ordnungsrechtlicher Vorschriften im Landesverwaltungsgesetz (LVwGPORÄndG) vorgelegt. Der Entwurf sieht Änderungen über die Datenverarbeitung vor und erweitert die polizeilichen Befugnisse u.a. um Aufenthaltsvorgaben, die elektronische Aufenthaltsüberwachung und den Präventivgewahrsam bei Zuwiderhandlung. Geknüpft werden diese neuen Befugnisse an die Einführung der drohenden Gefahr als Eingriffsschwelle. Die nachfolgende Stellungnahme befasst sich mit dem unzureichenden Schutz der Berufsgeheimnisträger sowie den vorgenannten gravierenden Einschränkungen der Freiheitsrechte von Bürgerinnen und Bürgern im Zusammenhang mit der Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr<sup>1</sup>.

Der DAV fordert die Verankerung des anwaltlichen Berufsgeheimnisträgerschutzes im Polizeigesetz nach dem Vorbild von § 62 BKAG, der als Bundesgesetz den Schutz von zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsträgern regelt. Auch in den Ländern sind Anwältinnen und Anwälte vor sämtlichen polizeilichen Maßnahmen bereits auf der Ebene der Beweiserhebung absolut zu schützen<sup>2</sup>. Bisher besteht in Schleswig-Holstein nur ein unzureichender partieller Schutz des Berufsgeheimnisses durch entsprechende Hinweise in einzelnen Befugnisnormen. Der Schutz im Gefahrenabwehrrecht darf nicht hinter dem des Strafverfahrens zurückbleiben.

Mit Sorge sieht der DAV die insgesamt fortschreitende Beschränkung von Bürger- und Freiheitsrechten durch neue Sicherheitsgesetze auf europäischer Ebene sowie auf Bundes- und Landesebene. Das gilt auch für die geplanten Änderungen des

---

<sup>1</sup> Zu Aufenthaltsverboten hat der DAV bereits in seiner SN 33/17 zur Neustrukturierung des BKAG Stellung genommen. Auf diese Ausführungen wird vollumfänglich verwiesen.

<sup>2</sup> Die Stellungnahme fokussiert sich auf eine Bewertung des Schutzes für Rechtsanwälte, Strafverteidiger und Kammerrechtsbeistände.

Polizeigesetzes Schleswig-Holstein. Die (faktische) Einführung der Kriterien der *drohenden Gefahr* und *drohenden terroristischen Gefahr* in den §§ 185 a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2, § 185 b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 und §§ 201 Abs. 4 Nr. 1 und 2 und 201 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 LVwGPORÄndG-E als Grundlage für polizeiliche Befugnisse führt zu einer unverhältnismäßigen Herabsenkung der polizeilichen Eingriffsschwelle. Schwerste Grundrechtseingriffe wie strafbewehrte Verstöße gegen die elektronische Aufenthaltsüberwachung (§ 201 b Abs. 9 LVwGPORÄndG-E) und letztlich Freiheitsentziehung sind bei lediglich *drohender Gefahr* verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Dies gilt auch – und gerade – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach bei einer lediglich *drohenden Gefahr*<sup>3</sup>, die nach dessen Auffassung allein auf Überwachungsmaßnahmen zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter im Kontext terroristischer Straftaten abzielen dürfe.

## **B. Fehlender Schutz von Berufsgeheimnisträgern**

Der Gesetzesentwurf folgt nicht dem bundesgesetzlichen Vorbild des § 62 BKAG, mit dem die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz (BVerfG, Urteil v. 20.4.2016, Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09) umgesetzt wurden. Mit § 62 BKAG wurde eine Generalklausel zum Berufsgeheimnisträgerschutz geschaffen, die Eingriffe in das Vertrauensverhältnis von Rechtsanwälten zu ihren Mandanten und bereits die Erhebung von Daten, die von einem Berufsgeheimnis umfasst sind, absolut untersagt.

Auch auf Landesebene darf der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses nicht hinter § 62 BKAG zurückfallen. Die Arbeit eines Anwalts basiert im besonderen Maße auf Vertrauen und Vertraulichkeit<sup>4</sup>. Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle liegt nicht nur im Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden<sup>5</sup>. Er dient gleichermaßen dem Interesse der Allgemeinheit an einer rechtsstaatlich geordneten und funktionierenden Rechtspflege. Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses ist unteilbar, weshalb er auch im Gefahrenabwehrrecht „ohne Wenn und Aber“ geboten ist.

<sup>3</sup> BVerfG, Urt. v. 20. April 2016; Az: 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 111 f. = BVerfGE 141, 220.

<sup>4</sup> BVerfG Beschl. v. 18.04.2007 – [2 BvR 2094/05](#)

<sup>5</sup> BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01

Der Gesetzesentwurf sieht den Schutz des Berufsgeheimnisses nur bereichsspezifisch vor. Auswirkungen hat dies insbesondere auf das Verhältnis von Betroffenen polizeilicher Maßnahmen zu ihren anwaltlichen Beiständen. Im Hinblick auf den Einsatz besonderer Mittel zur Datenerhebung gem. §§ 185 und 185a ist in § 186a LVwG-SH bislang lediglich ein relativer Schutz normiert. Dieser Schutz wird auch im Entwurf beibehalten. Bei der Datenübermittlung gem. § 191 LVwG-SH ist ebenfalls ein relativer Schutz gewährleistet. Ein absoluter Schutz ist nur im Bereich des Datenabgleichs mit anderen Dateien (Rasterfahndung) ist normiert, § 195 Abs. 3 S. 2 LVwG-SH. Ein darüber hinausgehender Schutz bei anderen polizeilichen Maßnahmen besteht nicht. Damit war im Bereich der polizeilichen Standardbefugnisse und insbesondere auch bei offenen Maßnahmen (etwa Befragung, Durchsuchung, Sicherstellung) bisher kein Schutz gegeben.

Neue Regelungen zum Schutz der Berufsgeheimnisträger enthält der Entwurf nicht, erweitert werden unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs. Damit beschränkt sich der (überwiegend nur relative) Schutz von Berufsgeheimnisträgern nach wie vor auf die Erhebung und Verarbeitung von Daten, sprich auf verdeckte Maßnahmen. Für die überwiegende Anzahl der polizeilichen Maßnahmen ist weiterhin kein Schutz vorgesehen. Damit ist nach der novellierten Fassung des LVwG-SH etwa nicht auszuschließen, dass Rechtsanwälte auf der Grundlage der §§ 202 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. 210 Abs. 1 Nr. 1 LVwGPORÄndG-E durchsucht werden allein mit der Begründung, dies sei zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für ein beliebiges Rechtsgut dienlich. Dabei könnten Unterlagen und Akten mit Mandanteninformationen und aufgezeichneter Kommunikation durchgesehen und sichergestellt werden. Nach § 208 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVwGPORÄndG-E kann unter Umständen die (gesamte) Anwaltskanzlei durchsucht werden, bei Gefahr im Verzug ohne vorherige richterliche Anordnung (§ 208 Abs. 4, S. 1 LVwGPORÄndG-E).

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Berufsgeheimnisträgerschutz nur auf bestimmte - verdeckte - Ermittlungsmaßnahmen beschränkt wird. Auch offene Maßnahmen können in gleichem Maße eingriffsintensiv sein. Es gibt keinen sachlichen Differenzierungsgrund für eine Teilbarkeit des Schutzes des anwaltlichen

Berufsgeheimnisses. Es tangiert gravierend das Vertrauensverhältnis, wenn der Rechtssuchende befürchten muss, Unterlagen seines Rechtsanwaltes können durchsucht und sichergestellt und dadurch die Informationen, die er (nur) seinem Anwalt anvertraut hat, offenbart werden. Die Vertrauensbeziehung zu Rechtsanwälten als Berufsgeheimnisträger ist unabhängig davon zu schützen, ob es sich bei der konkreten Maßnahme etwa um die Observation, akustische Überwachung oder eine Durchsuchung handelt. Auch muss dort, wo Berufsgeheimnisse in Rede stehen, schon die Datenerhebung absolut ausgeschlossen werden, um einen effektiven Schutz zu gewährleisten. Bleibt der Schutz, wie im vorliegenden Entwurf beabsichtigt, lückenhaft, ist angesichts immer weiterreichender staatlicher Eingriffsbefugnisse eine Erosion des Vertrauens des rechtssuchenden Bürgers und der Allgemeinheit in die Vertraulichkeit anwaltlicher Kommunikation zu befürchten, die rechtsstaatlich nicht hinnehmbar ist.

### **C. Vorverlagerung der Eingriffsschwelle (drohende Gefahr)**

Die §§ 201 f. LVwGPORÄndG-E regeln zusätzliche/erweiterte Befugnisse zur Gefahrenabwehr. Diese Befugnisse werden neben dem Verweis auf Straftaten nach §§ 89 a, 89 b, 129 a oder 129 b StGB an das Vorliegen der - aus anderen Entwürfen bekannten - *drohenden (terroristischen) Gefahr* geknüpft.

Mit dem Gesetzesentwurf soll nun auch in Schleswig-Holstein die drohende und drohende terroristische Gefahr als Eingriffsschwelle im Polizeirecht verankert werden. Unter Berufung auf die Entscheidung des BVerfG zu Überwachungsmaßnahmen nach dem BKAG sieht der Entwurf diese Rechtsfiguren vor, um auch im Vorfeld von *konkreten Gefahren*, polizeiliche Maßnahmen ergreifen zu können. Der DAV hält dieses Vorgehen für verfassungsrechtlich bedenklich.

#### **I. Definition der drohenden (terroristischen) Gefahr**

Mit dem Gesetzesentwurf wird an mehreren Stellen (§§ 185 a, 185 b, 201, 201 b LVwGPORÄndG-E) eine Eingriffsschwelle definiert, die gemeinhin als drohende (terroristische) Gefahr bezeichnet wird. Dabei verzichtet der Gesetzesentwurf auf die Bezeichnung als drohende Gefahr und setzt die Voraussetzungen teilweise (§ 185 a

Abs. 1 und § 185 b Abs. 1 LVwGPORÄndG-E) denen der dringenden Gefahr gleich. Diese Annahme schlägt fehl und wäre damit zu vergleichen, wenn ein dringender Tatverdacht mit den Voraussetzungen eines Anfangsverdachts begründet würde.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind bei der Beurteilung einer dringenden Gefahr sowohl das Ausmaß als auch die Wahrscheinlichkeit des zu erwartenden Schadens zu berücksichtigen<sup>6</sup>. An das Vorliegen einer dringenden Gefahr, deren Anforderungen über die einer konkreten Gefahr noch hinausgehen, seien strenge Anforderungen zu stellen.<sup>7</sup> Durch die Vorverlagerung und den weiteren Anwendungsbereich kann davon bei der drohenden Gefahr gerade nicht die Rede sein.

Auch losgelöst von begrifflichen Abgrenzungsdefiziten, wirft die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle verfassungsrechtliche Bedenken auf. Wenn man bedenkt, dass bereits der Begriff der Gefahr (auch wenn man diesen mit dem Attribut konkret belegt) zwangsläufig auf einer (bloßen) Prognose beruht, ob es zu einer Straftat oder Rechtsgutsverletzung (erst noch) kommen wird, wird deutlich, dass mit dem Kriterium der drohenden Gefahr noch ein weiterer Schritt ins Vorfeld des vielleicht eintretenden zukünftigen Ereignisses (Straftat) besritten wird. Die drohende Gefahr bedeutet praktisch die Gefahr einer Gefahr, was eine doppelte subjektive Einschätzung erforderlich macht. Dass somit gewissermaßen „doppelt“ gemutmaßt werden muss, erhöht nicht etwa die Aussagesicherheit, sondern schwächt diese noch.

§ 201 Abs. 4 Nr. 1 LVwGPORÄndG-E verlangt im Sinne einer sogenannten drohenden Gefahr, dass „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betroffene Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach §§ 89 a, 89 b, 129 a oder 129 b StGB begehen wird“.

Demgegenüber wird bei der sogenannten drohenden terroristischen Gefahr die Eingriffsschwelle noch weiter in das Vorfeld verlagert. So sollen die polizeiliche Maßnahmen möglich sein, „wenn lediglich das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass die Person innerhalb eines

---

<sup>6</sup> vgl. BVerfGE 130, 1, 32

<sup>7</sup> vgl. BVerwGE 47, 31, 40; BGHSt 54, 69, 83 f.

absehbaren Zeitraums eine Straftat nach §§ 89 a, 89 b, 129 a oder 129 b StGB begehen wird“, § 201 Abs. 4 Nr. 2 LVwGPORÄndG-E.

## **II. Verfassungsrechtliche Bedenken**

### **1) Bestimmtheitsgebot**

Die Gegenüberstellung der Definitionen der drohenden Gefahr und der drohenden terroristischen Gefahr macht deutlich, wie schwer die Abgrenzung für den Rechtsanwender sein wird. Es bleibt unklar, wann ein Handeln der Polizei auf Grundlage welcher Alternative zulässig ist. Das ist in Hinblick auf das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Bestimmtheitsgebot bedenklich.

### **2) Unverhältnismäßige Herabsenkung der Eingriffsschwelle**

Rechtsstaatliche Bedenken ergeben sich auch daraus, dass mit den genannten Kriterien letztlich eine Einstufung von Personen als „Gefährder“ erfolgen soll und begrifflich eine neue, zeitlich vorgelagerte Gefahrenkategorie eingeführt wird. Die Einführung der drohenden Gefahr führt zu einer unverhältnismäßigen Herabsenkung der polizeilichen Eingriffsschwelle. Das gilt insbesondere für (gravierende) Grundrechtseingriffe wie Aufenthaltsvorgaben und den Präventivgewahrsam. Die Anknüpfung an einen solch frühen Zeitpunkt ist grundsätzlich den Nachrichtendiensten mit bloßen Aufklärungsbefugnissen vorbehalten. Die Legaldefinition in §§ 201, 201b LVwGPORÄndG-E macht aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit die Schwelle polizeilichen Eingreifens für Betroffene unvorhersehbar. Während es für die überkommenen Gefahrenkategorien des Polizeirechts (insb. konkrete Gefahr und dringende Gefahr) jahrzehntelange fach- und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gibt, wodurch diesen Merkmalen die rechtsstaatlich gebotenen Konturen verliehen wurden, wird mit den im Entwurf verwendeten Begriffen ohne Not Neuland beschritten. Das bedeutet, dass auf unabsehbare Zeit die Deutungshoheit allein bei der Polizei und der subjektiven Einschätzung der vor Ort eingesetzten Polizeikräfte liegen wird.

### 3) **Keine Beschränkung auf Überwachungsmaßnahmen zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter**

Darüber hinaus lässt der Entwurf eine Beschränkung auf Überwachungsmaßnahmen vermissen. Zwar wird der durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geforderte Terrorismusbezug dadurch hergestellt, dass die *drohende Gefahr* an Straftaten im Sinne von § 129a StGB anknüpft. Die Einführung dieser Gefahrenkategorie entspricht aber dennoch nicht den vom Bundesverfassungsgericht zum BKAG<sup>8</sup> entwickelten Grundsätzen, wonach in Konstellationen der *drohenden Gefahr* lediglich Überwachungsmaßnahmen als Gefahrerforschungsmaßnahmen zulässig sind. Hierüber geht der Entwurf deutlich hinaus, da unter den Voraussetzungen der neuen Gefahrenbegriffe Aufenthaltsvorgaben sowie letztlich Präventivhaft verhängt werden können. In dem frühen und damit zwangsläufig ungewissen Stadium, ob überhaupt eine Gefahr gegeben ist bzw. ob eine solche (auch nur) droht, muss sich die Gefahrenabwehr auf die Erforschung des Sachverhalts beschränken. Erst wenn sich die Gefahr weiter konkretisiert, können weitere Maßnahmen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Anwendung kommen. Mit der Einführung der *drohenden (terroristischen) Gefahr* überschreitet der Landesgesetzgeber die verfassungsrechtlichen Grenzen. Der Entwurf lässt offen, inwiefern die bestehenden Gefahrenkategorien nicht mehr ausreichen sollen.<sup>9</sup>

#### **D. Aufenthaltsvorgaben (§ 201 LVwGPORÄndG –E)**

Die in § 201 LVwGPORÄndG-E geregelte Befugnis zu Aufenthaltsvorgaben richtet sich an Personen, die weder Verdächtige im Sinne der StPO noch Verursacher einer Gefahr, sprich Störer sind. Der Bereich der Gefahrenabwehr wird auch hier unverhältnismäßig weit vorverlagert.<sup>10</sup>

Der Entwurf ermächtigt die Polizeibehörden, den Betroffenen den Aufenthalt in einem bestimmten Bereich vorzuschreiben. Die Besonderheit liegt dabei darin, dass diese Maßnahmen gem. § 201 Abs. 4 LVwGPORÄndG-E zur Verhütung von Straftaten

<sup>8</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 111 f. = BVerfGE 141, 220.

<sup>9</sup> Es wird i. Ü. auf die ausführliche Stellungnahme des DAV 25/18 zur drohenden Gefahr verwiesen.

<sup>10</sup> Vgl. ausführlich: Stellungnahme des DAV 33/17 vom 12.04.2017

gem. §§ 89 a, 89 b, 129 a oder 129 b lediglich an das Vorliegen der *drohenden (terroristischen) Gefahr* geknüpft werden.

§ 201 Abs. 4 LVwGPORÄndG-E ermächtigt gerade durch das Aufenthaltsgebot zu erheblichen Eingriffen in die Unverletzlichkeit der Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Jede Einschränkung dieser Freiheit ist einer strengen Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen. Für präventive Eingriffe in die Freiheit der Person gilt dies nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in ganz besonderem Maße, da diese Einschränkungen nicht dem Schuldausgleich dienen. Sie sind deshalb nur zulässig, wenn der Schutz hochwertiger Rechtsgüter dies unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfordert<sup>11</sup>.

Die vorgesehene Regelung, einer Person den Aufenthalt in einem bestimmten, örtlich abgegrenzten Bereich vorzuschreiben, stellt ohne Zweifel eine Maßnahme von hoher Eingriffsintensität dar. In diesem Fall muss nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Gefährdung von Rechtsgütern hinreichend konkret absehbar sein<sup>12</sup>. Auch wenn das Gebiet (anders als der Entwurf zum Polizeigesetz Brandenburg) recht weit gefasst ist und die Gesetzesbegründung explizit ausführt, dass Termine bei Ärzten und Behörden nicht tangiert sein dürfen, so knüpft doch die Eingriffsschwelle des § 201 Abs. 4 LVwGPORÄndG-E mit der *drohenden und drohenden terroristischen Gefahr* an weit im Vorfeld einer Gefahr liegende Umstände an, bei denen nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche künftige Gefahren bestehen. Die Geschehnisse können in harmlosen Zusammenhängen verbleiben, sich aber auch konkretisieren und in eine Gefahr münden. In einer solchen Situation mögen Überwachungsmaßnahmen möglich sein. Eingriffe der Informationsbeschaffung sind jedoch weit weniger intensiv also der, mit dem einer Person der Aufenthalt in einem bestimmten Bereich vorgeschrieben wird. Die Beschränkung der persönlichen Freiheit durch Vorgaben zum Aufenthalt geht weit über Überwachungsmaßnahmen hinaus, dort bleibt (wenigstens) die Bewegungsfreiheit einer Person grundsätzlich unberührt. Somit trägt auch die Gesetzesbegründung nicht, die die Verhältnismäßigkeit nur aufgrund der geringeren Eingriffsintensität im Vergleich zum Gewahrsam bejaht.

---

<sup>11</sup> BVerfG, Urteil vom 04. Mai 2011 – 2 BvR 2333/08 –, Rn. 98, juris.

<sup>12</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 109.

Ab einer Dauer von 14 Tagen ist gem. Abs. 8 S. 1 eine richterliche Bestätigung vorgesehen. Vorher liegt die Entscheidung und damit die Deutungshoheit über das Vorliegen einer drohenden Gefahr bei der Polizei. Angesichts der Eingriffsintensität der Maßnahme wäre eine sofortige richterliche Entscheidung geboten.

### **E. Elektronische Aufenthaltsüberwachung, § 201b LVwGPORÄndG-E**

Der mit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (Fußfessel) verbundene Grundrechtseingriff ist ebenfalls erheblich. Es handelt sich um eine Maßnahme, die in erster Linie in Straf- und Maßregelvollzug/-vollstreckung zum Einsatz kommt. Dass der damit verbundene schwere Grundrechtseingriff bereits zur Abwehr einer nur *drohenden Gefahr* angemessen wäre, ist schlicht nicht denkbar. In dem frühen - zwangsläufig ungewissen - Stadium einer *drohenden Gefahr* muss sich die Gefahrenabwehr darauf beschränken, den Sachverhalt zu erforschen. Erst wenn sich die Gefahr weiter konkretisiert, können unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weitere Maßnahmen zur Anwendung kommen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Maßnahme gem. § 201 b Abs. 8 LVwGPORÄndG unter Richtervorbehalt gestellt ist. Darüber hinaus soll nach dem Gesetzesentwurf die Erstellung eines Bewegungsprofils zulässig sein, § 201 b Abs. 2 LVwGPORÄndG-E, was die Eingriffsintensität noch erhöht.

Hinzukommt, dass die Geeignetheit der elektronische Aufenthaltsüberwachung als Mittel der Gefahrenabwehr nicht nachgewiesen ist. Die Evaluation der im Bereich der Führungsaufsicht<sup>13</sup> in § 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB geregelten elektronischen Fußfessel hat ergeben, dass der diese nicht dazu beiträgt, die Betroffenen von Straftaten abzuhalten. Gleiches gilt für die Gefahrenwehr. Kein Terrorist wird sich aufgrund einer elektronischen Fußfessel davon abhalten lassen, Straftaten zu begehen.

---

<sup>13</sup> Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie, *Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht. Eine Studie zur Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*; S. 133,180

## F. Gewahrsam (§ 204 LVwGPORÄndG-E)

Die Regelungen zum präventiven Gewahrsam in § 204 LVwGPORÄndG-E sind verfassungsrechtlich bedenklich. Die Anordnung soll auch zulässig sein, *wenn sie „unerlässlich für die Abwehr einer Gefahr im Sinne des § 201 b ist, aufgrund der Weigerung einer Person, einer gerichtlichen Anordnung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 201 b Folge zu leisten.“*

### I. Verfassungsrechtliche Bedenken

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 LVwGPORÄndG-E kann die Annahme, dass eine Gefahr im Sinne des § 201 b (*drohende (terroristische) Gefahr*) vorliegt, insbesondere darauf gestützt werden, dass Anordnungen gem. § 201 b LVwGPORÄndG-E nicht befolgt werden. Die Auffassung, wonach Verstöße gegen Aufenthaltsvorgaben zwingend dafür sprechen, dass von der Person eine Gefahr ausgehe, geht fehl. Ein Unbeteiligter wird sich regelmäßig nicht einer Maßnahme nach § 201 b LVwGPORÄndG-E unterwerfen wollen. Dass die Zuwiderhandlung gegen eine solche Anordnung den Verdacht begründen soll, führt daher zu einem nicht aufzulösenden Widerspruch. Letztlich liefert die Zuwiderhandlung einzig und allein den Beweis, dass der Betroffene die Maßnahme gegen sich nicht dulden will, was jedoch in gleicher Weise in seiner Unbescholtenheit begründet sein kann. Durch die Möglichkeit der Anordnung von Gewahrsam als Reaktion der Nichtbefolgung von Verstößen gegen § 201 b LVwGPORÄndG-E wird eine Sanktionsmöglichkeit kreiert, die denjenigen pönalisiert, der polizeilichen Anordnungen keine Folge leistet. Diese Verknüpfung mit dem bloßen Nichtbefolgen polizeilicher Anordnungen (als reines Verwaltungsunrecht) ist bei einem Eingriff in die persönliche Freiheit verfassungsrechtlich unzulässig. Der Gesetzesentwurf „drückt“ sich hier um die notwendige Definition der Gefahr und damit der Voraussetzung für die Anordnung von Präventivhaft. Daher irritiert die für einen Eingriff in die persönliche Freiheit kurze Gesetzesbegründung, die sich nicht mit Frage der Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung, sondern vornehmlich mit der der Weigerung des Betroffenen, die Fußfessel zu dulden, befasst. Das Argument, die betroffene Person könne durch Befolgung der EAÜ-Anordnung die Gewahrsamnahme selbstständig abwenden, trägt aus den oben genannten Gründen nicht.

## II. Notwendiger anwaltlicher Rechtsbeistand

Es fehlen ferner Regelungen zum individuellen Rechtsschutz gem. Art.103 GG, Art. 19 Abs. 4 GG und Art.6 EMRK. Im Strafrecht hat der Beschuldigte bei schwerwiegenderen Vorwürfen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger. Dies gilt auch für Entscheidungen über die Anordnung oder die Fortdauer einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, d.h. in Fällen, in denen es wie bei polizeilichen Präventivmaßnahmen nicht auf ein Verschulden ankommt<sup>14</sup>. Wird gegen den Beschuldigten im Strafverfahren Untersuchungshaft angeordnet, liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs.1 Zif. 4 StPO vor. Der Entwurf verweist in § 204 Abs. 6 auf § 181 Abs. 4 LVwGPORÄndG und damit auf das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG). Die dort normierte bloße Möglichkeit der Beiziehung eines Bevollmächtigten - auf Antrag soweit die Sach- und Rechtslage eine anwaltliche Vertretung erfordert, vgl. § 78 Abs. 2 FamFG - ist unzureichend. Die Regelung ist kein Äquivalent zum Institut der notwendigen Verteidigung.

Bei Verlängerung des Gewahrsams ist eine entsprechende Regelung jedoch geboten. Denn unter Umständen kann es geschehen, dass eine Person nach § 204 LVwGPORÄndG-E in Präventivhaft genommen wird (mangels zeitlicher Begrenzung im Gesetzesentwurf ist die Ingewahrsamnahme auf richterliche Anordnung hin für unbegrenzte Zeit möglich) und in der gesamten Zeit keinen Anwalt bestellt bekommt. Der Betroffene eines Gewahrsams darf in einem Rechtsstaat keine schwächere Position haben als derjenige, der aufgrund eines dringenden Tatverdachts nach der StPO in Untersuchungshaft genommen wird. Der Entwurf entspricht damit in den angebotenen Rechtsschutzverfahren in keiner Weise dem Gebot des BVerfG, wonach im gleichen Gesetz, das die erheblichen Eingriffe normiert, auch Vorkehrungen für einen Grundrechtsschutz durch geeignete und effektive Verfahrensregeln zu treffen sind<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> BVerfGE 70,297,322

<sup>15</sup> So z.B. BVerfGE 120, 274, 326.