

Vorsitzender des Innen- und
Rechtsausschusses des
Schleswig-Holsteinischen
Landtages
Herrn Werner Kalinka, MdL

im Hause

Wolfgang Kubicki
Fraktionsvorsitzender

*FDP-Fraktion im
Schleswig-Holsteinischen Landtag
Landeshaus, 24171 Kiel
Postfach 7121
Telefon: 0431/9881481
Telefax: 0431/9881496
E-Mail: wolfgang.kubicki@fdp-sh.de
Internet: www.fdp-sh.de*

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/1530

FDP

Die Liberalen

21.11.2006

**Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages
zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung
gefahrenabwehrrechtlicher und
verwaltungsverfahrenrechtlicher Bestimmungen, Ds. 16/670**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in der Anlage übersende ich Ihnen das o.a. Gutachten des
Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages mit der Bitte, es den
Fraktionen als Umdruck zukommen zu lassen.

Mit freundlichen Grüßen



**Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
der FDP-Fraktion
Herrn Wolfgang Kubicki, MdL

im Hause

**Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:**

**Mein Zeichen: L 201 – 111/16
Meine Nachricht vom:**

**Bearbeiter/in:
Dr. Johannes Caspar**

**Telefon (0431) 988-1103
Telefax (0431) 988-1250
johannes.caspar@landtag.ltsh.de**

20. November 2006

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung gefahrenabwehrrechtlicher und verwaltungsverfahrenrechtlicher Bestimmungen, Drucksache 16/670

Sehr geehrter Herr Kubicki,

zu Ihrer Anfrage betreffend den Gesetzentwurf der Landesregierung zur Anpassung gefahrenabwehrrechtlicher und verwaltungsverfahrenrechtlicher Bestimmungen (Drs. 16/670) übersenden wir Ihnen anliegendes Gutachten.

Das Gutachten behandelt die Normen zu Artikel 1 „Gesetz zur Anpassung der gefahrenabwehrrechtlichen Befugnisse an den technischen Fortschritt“ (§§ 179 – 227).

Die Ausführungen knüpfen an Bestimmungen an, zu denen im Rahmen der Anhörung von verschiedenen Seiten verfassungsrechtliche Bedenken geäußert wurden. Soweit die Regelungssystematik dies erforderlich macht, werden auch andere Bestimmungen des Gesetzentwurfs sowie solche des geltenden LVwG überprüft.

Vorschläge zu einer verfassungskonformen Formulierung verfassungsrechtlich bedenklicher Normen wurden nur soweit unterbreitet, als dies keine politischen Entscheidungen oder Wertungen durch den Wissenschaftlichen Dienst voraussetzt (vgl. § 5 Dienstordnung des Referats Wissenschaftlicher Dienst, Wissensmanagement).

Normen des Gesetzentwurfs, die Gegenstand der Anhörung waren und zu denen im Gutachten keine Ausführungen angestellt werden, sind aus unserer Sicht grundsätzlich nicht zu beanstanden. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass aufgrund der begrenzten Bearbeitungszeit, der vielen rechtlichen Fragestellungen, die die Bestimmungen des Gesetzentwurfs aufwerfen, der wenig übersichtlichen Regelungssystematik des Entwurfs und schließlich auch des großen Kreises der zu berücksichtigenden Stellungnahmen zum Gesetzentwurf unsere rechtliche Prüfung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann.

Sollten Sie weitere Fragen haben, stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung. Dies gilt insbesondere für eine weitere Beratung zur Anpassung der einzelnen Bestimmungen an die verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

Dr. Johannes Caspar

Gutachten
zu Art. 1 des Entwurfs des Gesetzes zur Anpassung gefahrenabwehrrechtlicher
und verwaltungsrechtlicher Bestimmungen

Gliederung

	Seite
1. § 179 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 – Voraussetzung der Datenerhebung	5
2. § 180 – Befragung und Auskunftspflicht	7
2.1 § 180 Abs. 1	7
2.2 § 180 Abs. 2 – Befragung / Verhältnismäßigkeit der Regelung	7
2.3 § 180 Abs. 2 – Begriff der Gesundheit	9
2.4 § 180 Abs. 3 – Polizeiliche Anhalte- und Sichtkontrollen	10
2.4.1 § 180 Abs. 3 Nr. 1	10
2.4.2 § 180 Abs. 3 Nr. 2	14
3. § 181 Abs. 3 – Identitätsfeststellung	15
4. § 184 – Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen sowie auf öffentlichen Flächen	16
4.1 § 184 Abs. 1	16
4.2 § 184 Abs. 2	17
4.2.1 § 184 Abs. 2 Satz 1 – Bildübertragung	18
4.2.2 § 184 Abs. 2 Satz 2 – Bildaufnahmen	21
4.3 Zur Bedeutung der Videoüberwachung	22
4.4 § 184 Abs. 5 – Automatisches Kennzeichenlesesystem	23
5. § 185 Abs. 3 – Präventive Wohnraumüberwachung	26
6. § 185 a – Präventive Überwachung der Telekommunikation	27
6.1 § 185 a Abs. 1	27
6.2 § 185 Abs. 2	29

7.	§ 186 – Verfahren beim Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung	29
8.	§ 186 a – Ergänzende Verfahrensbestimmungen beim Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach § 185 Abs. 3 sowie § 185 a Abs. 1	31
9.	§ 187 – Kontrollmeldungen/Ausschreibung zur gezielten Kontrolle	34
10.	§ 189 – Speicherung, Änderung und Nutzung von personen- bezogenen Daten	35
11.	§ 192 – Datenübermittlung zwischen Polizei- und Ordnungs- Behörden	36
12.	§ 201 Abs. 2 – Aufenthaltsverbot	36
13.	§ 202 – Durchsuchung von Personen	39
14.	§ 204 – Gewahrsam von Personen	40
15.	Fazit	41

1. § 179 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2¹ - Voraussetzung der Datenerhebung

§ 179 Abs. 2 Satz 2 Nr.2 erweitert die Befugnis zur Erhebung von personenbezogenen Daten. Diese können danach erhoben werden, wenn Tatsachen dafür sprechen, dass ein Vergehen gewerbsmäßig, **gewohnheitsmäßig, serienmäßig, bandenmäßig oder in anderer Form organisiert** (Änderungen gegenüber der geltenden Rechtslage durch Fettdruck hervorgehoben) begangen werden soll.

Die vorgetragenen Bedenken wegen einer fehlenden rechtsstaatlichen Bestimmtheit der Formulierung (ULD, Umdruck 16/745, S. 5; Dr. Hirsch, Umdruck 16/819, S. 3; Verband der Verwaltungsrichter SH, Umdruck 16/833; NRV SH, Umdruck 16/862; SH Richterbund, Umdruck 16/973) teilen wir lediglich mit Blick auf die Formulierung „**in anderer Form organisiert**“.

Soweit in das Polizei- und Ordnungsrecht **Rechtsbegriffe aus dem Strafrecht** eingeführt werden (gewerbsmäßig, gewohnheitsmäßig, bandenmäßig) erfolgt dadurch eine begriffliche Eingrenzung der tatbestandlichen Eingriffsbefugnisse, die durch Rückgriff auf die strafrechtliche Judikatur und Lehre grundsätzlich eine hinreichende Konkretisierung auch unter präventiven Gesichtspunkten ermöglicht. Die Norm verfügt damit über die notwendigen tatbestandlichen Konturen, die eine nachvollziehbare Anwendung der Vorschrift auch im **Gefahrenvorfeld** zulässt. Insbesondere wird das Vorliegen von bestimmten Tatsachen gefordert, so dass die im Vorfeld möglichen Maßnahmen sich auf einen klar umrissenen Bereich strafrechtlich relevantem Verhaltens beziehen.

Das Tatbestandsmerkmal „**in anderer Form organisiert**“ stellt dagegen eine general-klauselartige Auffangnorm dar, die einen Eingriff rechtfertigen soll, wenn es sich um ein Verhalten handelt, das einen Rückschluss auf entsprechend klar vorgegebenes strafrechtlich relevantes Tun gerade nicht mehr zulässt.

Dennoch erkennt der *Staatsgerichtshof Sachsen*, der sich mit einer entsprechenden generalisierenden Formulierung im Rahmen des Sächsischen Polizeirechts zu beschäftigen hatte, darin keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot. Bei der Auslegung dieses Begriffs müsse berücksichtigt werden, dass der Anwendungsbereich auf

¹ Normen des LVwG werden im Folgenden ohne Zusatz zitiert.

solche Motive und Begehungsweisen beschränkt ist, die den übrigen Modalitäten der in der Vorschrift zuvor genannten Begriffe mit ihrem kriminellen Gewicht qualitativ gleichwertig sei (zu der wortgleichen Regelung in § 36 Abs. 1 Nr. 2c Sächsisches Polizeigesetz, LKV 1996, 273, 284f.).

Die Norm bezweckt, der besonderen Gefährdungslage insbesondere der organisierten Kriminalität durch Schaffung entsprechender Vorfeldbefugnisse zur Datenspeicherung zu begegnen. Die Einführung des Begriffs „sonst organisiert“ soll insbesondere jene Begehungsformen erfassen, bei denen sich bereits in einem frühen Ermittlungsstadium abzeichnet, dass ein Vergehen unter Ausnutzung geschäftsähnlicher Kontakte oder Verhaltensweisen begangen werden soll (vgl. VerfGH Sachsen, LKV, a.a.O., 284.).

Die Auffassung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs verkennt, dass durch die Formulierung „in anderer Form organisiert“ eine klare Zuordnung eines Verhaltens zu einem konkreten tatbestandlich relevanten Vergehen nur noch schwer möglich ist. Es handelt sich hierbei um einen Auffangtatbestand, bei dem noch keine hinreichenden Anknüpfungspunkte für die strafrechtlichen Tatbestandselemente der Gewerbs-, Gewohnheits-, Serien- oder Bandenmäßigkeit vorliegen. Anders als bei den aus dem Strafrecht bekannten Begriffen lässt sich bei der offenen Formulierung der Auffangbestimmung nicht mehr hinreichend sicher feststellen, welche Verhaltensmuster zur Speicherung von persönlichen Daten im Gefahrenvorfeldbereich ermächtigen und welche eine derartige Maßnahme nicht mehr rechtfertigen. Damit sind die Anforderungen an Bestimmtheit und Klarheit von Normen, die die Verwaltung bei der Anwendung eingriffsintensiver Normen binden und eine gerichtliche Kontrolle ermöglichen, nicht gegeben (vgl. jüngst BVerfG, 27. Juli 2005, BvR668/04, Rn.118ff).

Auch die Begründung des Gesetzentwurfs, wonach die Erweiterung nun deutlicher als bisher hervorhebe, „dass es um Datenerhebungen im Zusammenhang mit gefahrenrechtlich zu beurteilenden Sachverhalten geht, denen ein hohes Schadenspotential zugerechnet werden kann“ (Umdruck 16/670, S. 32), verhilft dem Auffangbegriff zu keiner klareren Kontur.

Zusätzliche Bedenken gegen die Formulierung resultieren aus dem **extensiven Adressatenbezug** der bereits geltenden Regelung in § 179 Abs. 2 Nr. 2 c. Danach werden Zeugen, Hinweisgeber oder sonstige Auskunftspersonen undifferenziert und ohne

Abstufungen ebenso behandelt wie die ordnungsrechtlich verantwortlichen Personen (Personen bei denen Tatsachen dafür sprechen, dass sie die in Nr. 2 genannten Taten begehen).

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt jedoch, dass im Vergleich zu der Inanspruchnahme von Störern die **Inanspruchnahme des Nichtstörers** an strengere Voraussetzungen gebunden und in ihrer sachlichen Reichweite eingeschränkt ist (Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 254ff; vgl. auch jüngst BVerfG, - 1 BvR 518/02 - zur präventiven Rasterfahndung, Rn. 142, unter Bezugnahme auf das „traditionelle Tatbestandselement rechtsstaatlicher Begrenzung der Inanspruchnahme von Nichtstörern“, dem Begriff der **gegenwärtigen Gefahr**).

Die Formulierung „in anderer Form organisiert“ sollte somit gestrichen werden, da sie zu einer weiteren Ausdehnung der mit Blick auf den weiten Adressatenbezug ohnehin verfassungsrechtlich bedenklichen Vorschrift führt.

2. § 180 - Befragung und Auskunftspflicht

2.1 § 180 Abs. 1

§ 180 Abs. 1 Satz 2 enthält eine Erweiterung der Zuständigkeit der Ordnungsbehörden, die künftig wie die Polizei Personen zum Zwecke der Befragung kurzfristig anhalten dürfen. Die Verlagerung der bisher lediglich der Polizei zustehenden Befugnis auf Bedienstete der Ordnungsbehörden stellt eine Ausdehnung der Zuständigkeit dar, von der eine materiell-rechtliche Auswirkung auf die Grundrechtssphäre der Bürger nicht ausgeht (anders insbesondere ULD, Umdruck 16/745, ADAC SH, Umdruck 16/983 sowie DAV, Umdruck 16/826). Die Befugnis zum Anhalten zwecks Befragung setzt - anders als etwa die Ausübung von **unmittelbarem Zwang** (vgl. §§ 250 ff) - keine besondere Befähigung und Kenntnisse der ausübungsberechtigten Personen voraus. Die getroffenen Maßnahmen stehen darüber hinaus unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

2.2 § 180 Abs. 2 – Befragung / Verhältnismäßigkeit der Regelung

Gemäß § 180 Abs. 2 hat eine Person, die nach Abs. 1 befragt wird, die erforderlichen Angaben zu leisten und, falls dies zur Abwehr einer im einzelnen Falle bevorstehenden Gefahr notwendig ist, ihre persönlichen Daten anzugeben. Das Befragungsrecht

korrespondiert insoweit bereits nach dem **geltendem Recht** mit einer Auskunftspflicht der Befragten. Diese sind ohne einengende **Voraussetzungen eines näheren Anlassbezuges** verpflichtet, gegenüber der Polizei Angaben zur Sache zu machen.

Die Statuierung einer Auskunftspflicht über die **persönlichen Angaben** hinaus auf **Angaben zur Sache**, ohne dass dies zur Abwehr einer Gefahr für hochrangige Rechtsgüter gefordert ist, erscheint unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit problematisch. Zwar räumt § 180 Abs. 2 unter den Voraussetzungen der §§ 52-55 StPO den Befragten Personen ein Auskunftsverweigerungsrecht ein. Gleichwohl begegnet eine nur an die **Erforderlichkeit für die ordnungs- bzw. polizeiliche Aufgabenerfüllung nach § 162 LVwG** gekoppelte **Aussagepflicht** aller Bürger verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn nach dieser Ermächtigung erstreckt sich die Aussagepflicht nicht nur auf den Schutz privater Rechte (vgl. § 162 Abs. 2), sondern auch auf die **Verhütung von Straftaten** sowie die **Vorkehrung für die Aufklärung künftiger Straftaten**, die zwar nicht ausdrücklich gesetzlich normiert wurden, laut amtlicher Begründung zum Novellierungsentwurf des LVwG (Drs. 12/1575, 43) von der Aufgabenzuweisung zur Gefahrenabwehr begrifflich jedoch mit umfasst sind (Brenneisen/Wilksen: in: SchipperBock/Brenneisen/Schneider/Wilksen, Polizei- und Ordnungsrecht Schleswig-Holstein, 4. Aufl. 2003, 126). Darin heißt es: „Die Polizei hat im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr auch Straftaten zu verhüten und Vorkehrungen für die Aufklärung künftiger Straftaten zu treffen, ohne dass dies besonderer Erwähnung im Gesetzestext bedarf“ (Drs. 12/1575, 43).

Aus gutem Grund sehen die Polizei- und Ordnungsgesetze anderer Bundesländer demgegenüber nur eine eingeschränkte Auskunftspflicht vor: Danach müssen zur Erfüllung der polizeilichen Aufgaben zwar grundsätzlich **Angaben zu der Person** gemacht werden, **Angaben zur Sache** können hingegen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen verlangt werden (vgl. nur die Nachweise bei Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., 2004, Rn. 181ff). In diesem Sinne fordert etwa **§ 3 Abs. 2 Hamburgisches Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei** das Bestehen einer **anderweitigen gesetzlichen Handlungspflicht** oder eine **Gefahr** für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, für Leib, Leben oder Freiheit (ferner zum Regelungsmodell der Befragung in den neuen Bundesländern Pie-roth/Schlink/Kniesel, Gefahr- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2004, S. 227, Fn 2).

Die Verkehrung dieser in anderen Bundesländern geltenden Regelungssystematik durch § 180 Abs. 2 (generelle Aussagepflicht zur Sache, nur unter besonderen Voraussetzungen Pflicht zur Angabe der Personalien) setzt den Bürger einer **umfassenden Aussagepflicht zur Unterstützung der präventiv-polizeilichen Aufgabenerfüllung** aus, die mit einer gerichtlichen Zeugenpflicht vergleichbar ist. Der Einzelne muss danach Polizei und Ordnungsbehörden jederzeit auf Anfrage Angaben zu jedem Gefahrenverdacht machen und kann zu diesem Zweck auch angehalten werden. Die Pflicht zur Unterstützung der Polizei im Bereich der vorbeugenden Bekämpfung von Strafverfolgung erstreckt sich damit grundsätzlich auch auf Angaben zu möglicherweise beobachteten Bagatelldelikten (Ladendiebstahl, Sachbeschädigung etc.). In dieser Weite erscheint die Regelung **unverhältnismäßig**, da sie das Recht des mündigen Bürgers, selbst darüber zu entscheiden, gegenüber der Polizei zur Sache zu schweigen oder eine Aussage zu machen, pauschal und ohne eine Begrenzung auf **besondere Gefahrenlagen** hinter die allgemeinen Belange der polizeilichen Aufgabenerfüllung zurückstellt.

Soweit die geltende verfassungsrechtlich problematische Rechtslage weiterhin Bestand hat, steht dies einer Übertragung der Befugnisse in § 180 auf die Ordnungsbehörden entgegen.

2.3 § 180 Abs. 2 – Begriff der Gesundheit

Die Ersetzung des Begriffs der Leibesgefahr durch den Begriff der Gesundheitsgefahr in § 180 Abs. 2 sowie an verschiedenen anderen Stellen des Gesetzentwurfs (etwa § 185 Abs. 2, § 187 Abs. 1) wurde im Rahmen der Anhörungen verschiedentlich kritisch kommentiert (vgl. Dr. Hirsch, Umdruck 16/819, S. 3 f.; ULD, Umdruck 16/745, S. 14). Zu Recht wurde darauf hingewiesen, die Ersetzung der nicht nur im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, sondern auch im besonderen Ordnungsrecht gebräuchlichen Formel von **Leib und Leben**, die eine Gefahr des Todes oder eine erhebliche Körperverletzung voraussetzt, durch die Begriffe Leib und Gesundheit könne zu einer massiven Ausweitung der Eingriffsbefugnisse führen, da der strafrechtliche Gesundheitsbegriff jede Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit umfasse.

Die Verwendung des Begriffspaares Leib und Leben dient der Statuierung besonders hoher Hürden für staatliche Eingriffe in sensible und gewichtige Rechtsgüter (so für Art. 10 GG in § 185a Abs. 1, für Art. 13 GG in § 185 Abs. 2). Eingriffe in den Bereich grundrechtlich besonders geschützter Rechtsgüter sind jedenfalls nicht bereits zur

Abwendung einer einfachen Körperverletzung zulässig. Dieses Ergebnis folgt bereits aus einer **verfassungskonformen Auslegung des Gesundheitsbegriffs** im Lichte der qualifizierten grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalte (Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 4, 7 GG (ausführlich noch zum Begriff der Gesundheit unter § 185 Abs. 3)).

Dennoch sollten die sich aus der Verwendung des zu weiten Gesundheitsbegriffs ergebenden Rechtsunsicherheiten durch das Korrektiv der verfassungskonformen Gesetzesauslegung für die künftige Rechtsanwendung vermieden werden. Rein sprachliche Modernismen rechtfertigen nicht die Gefahr einer Bedeutungsverschiebung der Eingriffstiefe grundrechtsbeschränkender Tatbestände.

Im Übrigen würde eine Begriffersetzung **konsequent** auch die Auswechslung des Begriffspaares in anderen Bestimmungen des LVwG (§§ 199, 201 a Satz 1) erforderlich machen.

2.4 § 180 Absatz 3 - Polizeiliche Anhalte- und Sichtkontrollen

Die Polizei erhält nach § 180 Abs. 3 das Recht, zur vorbeugenden Bekämpfung der Straftaten von erheblicher Bedeutung im **öffentlichen Verkehrsraum** (Nr. 1) sowie u.a. **im Grenzverkehr** und in öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs mit unmittelbarem Grenzbezug zur vorbeugenden Bekämpfung der **grenzüberschreitenden Kriminalität** (Nr. 2), Personen kurzzeitig anzuhalten und **mitgeführte Fahrzeuge, insbesondere deren Kofferräume und Ladeflächen in Augenschein** zu nehmen. Während die Kontrollbefugnis nach Nr. 2 als reine Verdachtskontrolle ausgestaltet ist, setzt Nr. 1 voraus, dass die Maßnahme durch die **polizeiliche Lageerkenntnis** gerechtfertigt ist.

Die Regelung ermächtigt zu Eingriffen in die Freiheit der Personen zu einem selbstbestimmten Verhalten. Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs müssen daher hinreichend präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfGE 100, 313, 359, BVerfGE 110, 330, 354). Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Einzelnen darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein (vgl. BVerfGE 78, 214, 226).

2.4.1 § 180 Abs. 3 Nr.1

Soweit die polizeiliche Befugnis nach § 180 Abs. 3 Nr. 1 betroffen ist, ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken wegen der Weite der Eingriffsbefugnis unter dem

Aspekt der rechtsstaatlichen Bestimmtheit (vgl. Verband der Verwaltungsrichter SH, Umdruck 16/833; NRV S-H, Umdruck 16/862; SH Richterbund, Umdruck 16/973, Dr. Hirsch, Umdruck 16/819, DAV, Umdruck/16/484).

Maßnahmen zur Straftatenverhütung setzen regelmäßig im Bereich des **Gefahrenvorfelds** an. Eingriffe zur Verhütung von Straftaten sind dabei mit dem erhöhten Risiko verbunden, dass die staatlichen Überwachungsmaßnahmen an ein Verhalten anknüpfen, das sich im Nachhinein weder als strafrechtlich relevant noch als gefahrenabwehrrechtlich erforderlich herausstellt. Insoweit hat das BVerfG für Eingriffe im Gefahrenvorfeld gefordert, dass die den Anlass bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an die Verdachtstatsachen vom Gesetzgeber so bestimmt umschrieben werden, dass das Risiko einer Fehlprognose in dem Rahmen verbleibt, der auch für Maßnahmen der Strafverfolgung und der Gefahrenbekämpfung als verfassungsrechtlich hinnehmbar erscheint (BVerfGE, 110, 32, 56 f.). Ausdrücklich weist das BVerfG darauf hin, dass bei der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten oder bei ihrer Verhütung nicht an dieselben Kriterien angeknüpft werden kann, die für die Gefahrenabwehr oder die Verfolgung begangener Straftaten entwickelt worden sind. Die Vorverlagerung des Eingriffs in eine Phase, in der sich die Konturen eines Straftatbestandes noch nicht abzeichnen und auch die Gefahr für die öffentliche Sicherheit noch nicht konkret gegeben ist, macht es vielmehr erforderlich, dass die Bestimmtheitsanforderungen spezifisch an der Vorfeldsituation auszurichten sind (BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27. Juli 2005, Rn. 120). Gefordert werden „**handlungsbegrenzte Tatbestandselemente**, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist“ (BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27. Juli 2005, Rn. 122; BVerfGE 110, 33, 57).

§ 180 Abs. 3 Nr. 1 knüpft zur vorbeugenden Bekämpfung lediglich an **Straftaten von erheblicher Bedeutung** an. Das Merkmal der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar grundsätzlich als hinreichend bestimmt erachtet worden (vgl. BVerfGE 110, 33, 65; 107, 299, 321; 103, 21, 33 f. insbesondere auch mit Hinweis auf das Polizeirecht der Länder). Soweit durch legal definierte Begriffe „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ benannt sind, dürfte dem Bestimmtheitsgrundsatz bereits dadurch hinreichend Rechnung getragen sein. Problematisch wird die Einbeziehung durch Verweisung auf alle zusätzlichen Vergehen, die den gesetzlich genannten Bestimmungen vergleichbar sind (BVerfG vom 27.

Juli 2005, 1BvR/04, Rn. 128f mit Blick auf die Telekommunikationsüberwachung). Zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ dürfte jedoch gerade bei Maßnahmen, die typischerweise kollektive Kontrollen mit eher geringer Eingriffsschwere zum Gegenstand haben, die **Regelbeispieltechnik** durchaus ein geeignetes Mittel für den Gesetzgeber sein, die Normenklarheit herzustellen (vgl. BVerfGE 103, 21, 33f; ferner Lindemann, KJ 2000, S. 86ff). Vorliegend wird der Begriff „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ weder durch Legaldefinitionen noch durch Regelbeispiele konkretisiert.

Auch durch die Heranziehung anderer Bestimmungen der Vorschrift erfolgt keine hinreichend klare Begrenzung von Eingriffsmaßnahmen, die die Ungewissheit bei der Anwendung der Norm kompensieren könnte (vgl. BVerfGE 110, 33, 57 mit Hinweis der Auslegung unter Nutzung der juristischen Methodik). Zum Fehlen eines klaren Rechtsgüterbezugs tritt hinzu, dass § 180 Abs. 3 Nr. 1 keine eingrenzenden Vorgaben für die Qualität und die Intensität der Gefahrensituation enthält. Für das Vorliegen **polizeilicher Lageerkenntnisse** reicht lediglich eine **allgemeine Verdachtslage** aus, die der Polizei ermöglicht, in lagebildabhängigen Kontexten bestimmte Tätergruppen bzw. Profile bei ihrer Tätigkeit zugrunde zu legen und verhaltensunabhängig Maßnahmen durchzusetzen. Eingriffe werden hier letztlich bereits aufgrund von Vermutungen möglich, nicht hingegen auf der Basis von auf Erfahrungssätzen gestützten Tatsachen, die eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts voraussetzen (zum Erfordernis von Tatsachen im Bereich von Gefahrenvorfeldeingriffen, BVerfGE 110, 33, 61).

Während vergleichbare Eingriffsmöglichkeiten nach Sonderordnungsrecht grundsätzlich eine besondere **Verantwortlichkeit** des Pflichtigen - etwa bei Verkehrskontrollen nach § 36 Abs. 5 StVO die Fahrzeugführereigenschaft - voraussetzen, ermächtigt § 180 Abs. 3 eine anlassunabhängige generelle polizeiliche Anhalte- und Sichtkontrolle auch gegenüber Nichtstörern, ohne dass hierfür eine Gefahrensituation vorzuliegen braucht.

Der diffuse Anwendungsbereich der Vorschrift wird durch die **unklare Maßnahme** der **Inaugenscheinnahme** noch verstärkt. Die Befugnis zur Inaugenscheinnahme erschwert eine hinreichend sichere Abgrenzung zur **Durchsuchung von Sachen** gemäß § 206 LVwG. Zwar wird in der Begründung zum Gesetzentwurf angeführt: „Die Inaugenscheinnahme umfasst dabei die Besichtigung des Innenraumes eines Fahr-

zeugs, seines Kofferraumes und der Ladeflächen. Nicht zulässig ist hingegen die Durchsuchung, denn sie greift tiefer in die Rechte der kontrollierten Personen ein.“ (Drs. 16/670, S. 33).

Die Inaugenscheinnahme erfordert wie auch die Durchsuchung zunächst eine Öffnung bestimmter Räumlichkeiten. Sie stellt damit den ersten Schritt einer Durchsuchung dar. Insoweit befreit § 180 Abs. 3 die Polizei von den strengeren Vorschriften der Durchsuchung nach § 206 und greift als Spezialregelung für Fahrzeuge und deren Inhalt ein. Bei der Inaugenscheinnahme handelt es sich daher um eine sprachliche Neuschöpfung zur Kompetenzerweiterung zum Zweck der Untersuchung von Fahrzeugen. Es erscheint jedoch unklar, wo die Grenze zwischen den beiden Befugnisnormen künftig verläuft. Unklar bleibt etwa, ob die Inaugenscheinnahme dazu ermächtigt, Gegenstände im Fahrzeug, die den Sichtbereich verstellen, anzuheben oder wegzubewegen. Eine Abgrenzung zwischen Sichtkontrolle eines PKW von dessen Durchsuchung nach § 206 sollte klarer gefasst werden.

Dabei kann die Freiwilligkeit der Gestattung einer Inaugenscheinnahme durch den Berechtigten (Öffnen von Kofferraum etc.) letztlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Inaugenscheinnahme im Verweigerungsfall polizeilich ebenso wie eine Durchsuchung durchgesetzt werden würde. (vgl. im Ergebnis ähnlich die Kritik von Dr. Hirsch, Umdruck 16/819, S. 3; ULD, Umdruck 16/745, S. 6; Verband der Verwaltungsrichter SH, Umdruck 16/833, S. 3; Neue Richtervereinigung, Umdruck 16/862, S. 2; Richterbund SH, Umdruck 16/973, S. 1).

Unklar ist ferner, welche Bedeutung der Begriff „**insbesondere**“ in diesem Zusammenhang hat. Er lässt offen, ob sich die Befugnis zur Inaugenscheinnahme neben Kofferräumen und Ladeflächen auch auf andere räumlich abgrenzbare Fahrzeugteile bezieht und etwa Handschuhfächer und Seitenfächer, aber auch auf die Aufenthaltsräume von den besonderen Schutz des Art. 13 GG genießenden Wohnmobilen bezieht (BGHSt 50, 206ff). Ferner wird durch die Formulierung nicht zweifelsfrei erkennbar, ob sich die Maßnahme auf die **im Fahrzeug mitgeführten Gegenstände** erstreckt. Es ist daher jedenfalls nicht auszuschließen, dass von der Befugnis in extensiver Weise Gebrauch gemacht werden könnte.

Nach Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes reichen allgemeine Lagerkenntnisse oder grenzpolizeiliche Erfahrungssätze für Durchsuchungen regelmä-

ßig nicht aus (Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 7. Februar 2006, Az.: VF. 69 – VI – 04, S. 16). Eine Durchsuchung von Fahrzeugen im Rahmen der Maßnahme nach Artikel 180 Abs. 3 stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privat- und Intimsphäre der Betroffenen dar. Ein derartiger Eingriff kann nicht bereits durch eine nicht näher konkretisierte Lageeinschätzung der Polizei gerechtfertigt sein. Eine präventivpolizeiliche Durchsuchung mitgeführter Sachen im Gefahrenvorfeld würde anderenfalls zu einem bloßen Gefahrenforschungseingriff entarten (Bayerischer Verfassungsgerichtshof, a.a.O, S. 16). Danach sind Kontrollen, die zwar ausdrücklich als Inaugenscheinnahme durchgeführt werden, die jedoch in ihrem Sinngehalt einer Durchsuchung im Wesentlichen gleich stehen, nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar.

2.4.2 § 180 Abs. 3 Nr. 2

Soweit **§ 180 Abs. 3 Nr. 2** ein Anhalte- und Kontrollrecht zur **vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität** vorsieht, bleibt fraglich, ob die nicht nur ereignis-, sondern darüber hinaus auch verdachtsunabhängige Eingriffsbefugnis zur vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität hinreichend bestimmt ist und die Anforderungen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfüllt.

Nach Auffassung des Verfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern ist eine begrenzte Befugnis zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten der grenzüberschreitenden Kriminalität verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden (mit Blick auf die Maßnahmen der Identitätskontrolle). Die Problematik des Vorfeldeingriffs, noch dazu eines solchen, bei dem nicht einmal die für § 180 Abs. 1 Nr. 1 erforderlichen Lagerkenntnisse vorausgesetzt werden, machen es jedoch zumindest erforderlich, dass die zu schützenden Rechtsgüter hinreichend präzise beschrieben werden (zur Forderung, dass polizeiliche Lagerkenntnisse auf die drohende Begehung von Straftaten hindeuten VerfG MV, LKV 2000, 149, 156). Die Eingriffsbefugnis zur vorbeugenden Bekämpfung der Kriminalität sollte sich dabei nicht auf jegliche grenzüberschreitende, sondern nur auf **qualifizierte Formen** der grenzüberschreitenden Kriminalität beziehen. Damit wäre der Ausnahmecharakter einer solchen Befugnis zur vorbeugenden Straftatenbekämpfung sichtbar gemacht. Eine generelle Wertung, wonach die grenzüberschreitende Kriminalität generell schwerer wiege als der gesamte Bereich der Inlandsstraftaten, ist nach Auffassung des Landesverfassungsgerichts nicht zulässig (in diesem Sinne zur polizeilichen Eingriffsbefugnis betreffend der ereignis- und

verdachtsunabhängigen Identitätsfeststellungen allerdings auf Durchgangsstraßen, VerfG MV, LKV 2000, 149, 155).

Die Inanspruchnahme von Nichtstörern ist in besonderen Situationen zwecks Erleichterung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung durchaus hinzunehmen (vgl. zu ordnungsrechtlichen Lastenzurechnung der örtlichen und zeitlichen Sondersituationen Wächter, DÖV 1999, S. 138, 146). Dies gilt insbesondere für Örtlichkeiten, die durch die Nähe zu Grenzübertritten definiert sind. Es handelt sich insoweit um eine örtliche Sondersituation, in der jedermann mit bestimmte Pflichten – insbesondere mit der Offenbarung der Identität gegenüber der Polizei belastet werden kann (vgl. Waechter DÖV 1999, 138, 146).

Anders als etwa in § 23 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 12 Abs 1 Nr. 1 – 4 *Gesetz über die Bundespolizei* betreffend die Identitätsfeststellung, fehlt es jedoch in § 180 Abs. 3 Nr. 2 an den eingriffsbegrenzenden Vorgaben über die Art der zur verhütenden Straftaten. Es macht daher Sinn, dass der Gesetzgeber vorliegend einen Katalog von Erscheinungsformen der Kriminalität aufstellt, die typischerweise im Grenzgebiet zu bekämpfen sind (etwa Menschenhandel, Rauschgifthandel, Schleusung von Ausländern, Autoschieberei, Raubzüge). Hinreichend könnte hier auch der Hinweis sein, dass es typischerweise um die Verhütung von **Verbrechen** geht, die sich durch eine **organisierte Begehungsform** auszeichnen. Zweck und Voraussetzungen grenznaher Kontrollen sollte jedenfalls klar bestimmt werden. Eine derartige Konkretisierungen kann dazu beitragen, einen Missbrauch der weiten Eingriffsbefugnisse zur vorbeugenden Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität zu verhindern (vgl. VerfG MV LKV 2000, 149, 155).

Ferner bedarf es einer klareren begrifflichen Klärung von Inhalt und Ausmaß der Befugnis zur Inaugenscheinnahme bei der von der Regelung vorgesehenen Fahrzeugkontrolle (s. unter 2.4.1). Es sollte daher auf den Begriff „insbesondere“ verzichtet werden.

3. § 181 Abs. 3 - Identitätsfeststellung

Die Vorschrift überträgt die Zuständigkeiten zur Identitätsfeststellung sowie die Befugnis, zum Zweck der Identitätskontrolle die betroffene Person festzuhalten und sie bzw. die von ihr mitgeführten Sachen zu durchsuchen, auf die Ordnungsbehörden. Diese

sollen damit in die Lage versetzt werden, Identitätsfeststellungen künftig auch ohne polizeiliche Unterstützung zu erledigen.

§ 181 Abs. 3 stellt lediglich eine Erweiterung des Kreises der Ermächtigungsadressaten dar. Eine qualitative Änderung der polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen Eingriffsbefugnis ist damit nicht verbunden (zur Begründung s. bereits zu § 180 Abs. 1). Auch erfordert die neue Festhaltebefugnis für die Ordnungsbehörden keine besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten. Nach wie vor ist die Befugnis zur Anwendung von unmittelbarem Zwang auf besondere bestellte Vollzugsbeamte, insbesondere auf die Polizeivollzugsbeamten, beschränkt (vgl. Kommentar zum LVwG, Praxis der Kommunalverwaltung, § 239, Rn. 239). Insoweit bestehen gegen die Erweiterung der Zuständigkeit keine verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. aber ULD, Umdruck 16/745, S. 7).

4. § 184 - Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen sowie auf öffentlichen Flächen

4.1 § 184 Abs. 1

§ 184 Abs. 1 sieht bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen, die nicht dem Versammlungsgesetz unterliegen, die Befugnis zur Erhebung von personenbezogenen Daten vor, wenn Tatsachen dafür sprechen, dass von den Betroffenen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung **begangen werden**. Es bestehen Bedenken gegen die Regelungszuständigkeit des Landes, da die Formulierung entweder auf eine repressive Maßnahme, auf die Verfolgung von **bereits begangenen** Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten bzw. zumindest auf die **Strafverfolgungsvorsorge** (vgl. Dr. Hirsch, Umdruck, 16/819, S. 6) abzielt, die der Durchführung der Strafverfolgung in bezug auf mögliche **zukünftige Straftaten** dient.

Die Abgrenzung zwischen strafverfolgender (repressiver) und strafverhütender (präventiver) polizeilicher Tätigkeit ist für die Zuordnung der Regelungszuständigkeit von Bedeutung. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG hat der Bundesgesetzgeber die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht und den Strafvollzug sowie für das gerichtliche Verfahren. Hierzu gehört insbesondere die Tätigkeit im **strafverfolgenden Ermittlungsverfahren**. Das Verhindern bzw. das Verhüten von Straftaten betrifft demgegenüber die Ebene der Prävention und fällt damit in die Regelungskompetenz

der Länder. Für die Rechtssetzung ergeben sich vor dem Hintergrund der Erweiterung des polizeilichen Aufgabenspektrums von der herkömmlichen Gefahrenabwehr auf die **Straftatenverhütung** und die **Verfolgungsvorsorge** Abgrenzungsschwierigkeiten (vgl. zum gesamten in der Polizeirechtswissenschaft umstrittenen Themenfeld Alber, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung der der Verfolgungsvorsorge 2001; zu funktionalen und kompetentiellen Verschränkung zwischen Prävention und der Repression im Bereich der Zuordnung von polizeilichen Maßnahmen als sog. *doppelfunktionale Maßnahmen* etwa Liskens/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, E, Rn. 180).

Soweit vorliegend Daten bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen sowie auf öffentlichen Flächen von Personen erhoben werden können, die **bereits Straftaten begehen**, erscheint der präventive Charakter dieser Regelung eher fraglich. Vielmehr dürfte die Vorschrift in erster Linie der **Beweisbeschaffung** zur Verwendung im Strafverfahren dienen und damit auf eine künftige Strafverfolgung gerichtet sein (vgl. BVerfGE 103, 21ff). Die **Strafverfolgungsvorsorge** ist bereits dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen (umstr., wie hier etwa Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 13; BVerfG, 1 BvR 668/04, Rn. 99; für eine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Ländern dagegen BrandVerfG, LKV 1999, 450, 451; MVVerfG LKV 2000, 345, 347). Ob angesichts der vom Bund geschaffenen Vorschriften zur Strafverfolgungsvorsorge in § 81b 2. Alt. StPO, § 81g StPO sowie § 484 StPO noch Raum für eine landesrechtliche Datenerhebungsermächtigung verbleibt, erscheint doch eher zweifelhaft (verneinend zur Verfolgungsvorsorge betreffend die Telekommunikation durch das Nds. SOG BVerfG, 1 BvR 669/04, Rn 99).

4.2 § 184 Abs. 2

§ 184 Abs. 2 enthält eine Regelungen zum offenen staatlichen Einsatz der Videotechnik. Die Vorschrift differenziert zwischen einer Videoüberwachungen in der Form einer bloßen Beobachtung mittels **Bildübertragung** (so genanntes Kamera-Monitor-Prinzip) und einer weitergehenden Beobachtung mit sonstigen Formen von **Bildaufzeichnungen**, bei der die durch die Kamera übermittelten Bilddaten nicht nur am Monitor beobachtet, sondern auf einem Datenträger gespeichert werden.

Weitgehend Einigkeit herrscht darüber, dass mit einer **Videoaufzeichnung** in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen wird, da dadurch personen-

bezogene Daten erhoben und gespeichert werden, was ihre weitere Verarbeitung und Nutzung ermöglicht (BGH NJW 1998, 1237, 1238; Kloepfer/Breitkreutz, DVBl. 1998, 1149; Lang, BayVBl. 2006, 522, 523 f.; VG Halle LKV 2000, 164; abweichend Götz, NVwZ 1990, 112, 114).

4.2.1 § 184 Abs. 2 Satz 1 - Bildübertragung

Dagegen wird die Eingriffsqualität des **Beobachtens mittels Bildübertragung** ohne Aufzeichnung unterschiedlich beurteilt. So wird z.T. angenommen, die Videobildübertragung ohne Personenbezug und ohne die technische Möglichkeit der Bildvergrößerung und damit der Identifizierung von Personen stelle keinen Grundrechtseingriff dar (etwa Dolderer, NVwZ 2001, 130, 131). Eine extensive, an einem subjektiven Eingriffsbegriff ausgerichtete Auffassung, stellt dagegen nicht auf die Möglichkeit der technischen Realisierbarkeit der Individualisierung der erfassten Person, sondern auf die subjektive Vorstellung des Betroffenen, von der Polizei beobachtet zu werden, ab (Roggan, NVwZ 2001, 134, 136).

Die Regelung in § 184 Abs. 2 Satz 1 sieht vor, dass allgemein zugängliche Flächen und Räume mittels Bildübertragung beobachtet werden dürfen, soweit dies zur Aufgabenerfüllung nach § 162 erforderlich ist. Letztlich kann hier dahin stehen, ob der extensiven Auffassung, die allein auf den **subjektiven Überwachungs- und Anpassungsdruck** des Aufstellens von Videokameras und damit auf die Vorstellungswelt der Betroffenen abhebt, gefolgt werden sollte. Denn da die vorliegende Regelung nicht zwischen einer Übertragung von **Übersichtsaufnahmen ohne und mit Personenbezug** differenziert, ist davon auszugehen, dass die mit der Vorschrift umfasste Befugnis objektiv auch Bildübertragungen erfasst, die eine Identifizierung von einzelnen Personen ermöglichen. Zudem lässt die gesetzliche Regelung nach ihrem Wortlaut auch Videoüberwachungssysteme zu, die über Kameras mit Zoom-, Standbild- und Einzelbildschaltungsfunktion sowie über Dreh- und Schwenktechnik verfügen und damit gegenüber einer Überwachung durch das menschliche Auge wesentlich großflächigere und intensivere Beobachtungen, etwa die Identifizierung über große Entfernung, ermöglichen. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Regelung ohne weiteres den technischen Einsatz einer Bildübertragung zur Erhebung personenbezogener Informationen bewirken und zumindest **faktisch eine Beeinträchtigung des Schutzgegenstands der informationellen Selbstbestimmungsrechts** herbeiführen kann (in diesem Sinne VGH Baden-Württemberg, Entscheidung vom 31.07.2003, Az.: 1 S 377/02 S. 15 m.w.N.; weitergehend für einen Eingriff bei größerer Übersichtsaufnah-

me ohne Aufzeichnung für eine einheitliche Betrachtung Büllesfeld, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge, 2002 S. 142 ff).

Das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat daher grundsätzlich solche Beschränkung seines Rechts hinzunehmen, die durch **überwiegende Allgemeininteressen** gerechtfertigt sind (BVerfGE 65,1,43). Die Beschränkungen müssen auf eine verfassungsmäßige Grundlage zurückzuführen sein, die insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gebot der Normenklarheit entspricht (vgl. BVerfGE 65,1,44; sowie zuletzt BVerfGE vom 04.04.2006, 1 BvR 518/02).

§ 184 Abs. 2 knüpft nicht an das Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, sondern ganz allgemein an die **Aufgabenerfüllung nach § 162** an. Diese umfasst über den Bereich der Abwehr konkreter Gefahren hinaus auch die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten (dazu siehe oben unter § 182 Abs. 2, Stemmeisen/Wilksen, in: Schipper/Bock/Brenneisen/Schneider/Wilksen , Polizei- und Ordnungsrecht Schleswig-Holstein 4. Aufl., Rn. 165), sodass durch die Regelungen insbesondere Eingriffe im Bereich des Gefahrenvorfelds ermöglicht werden. Hier kommt dem Grundsatz der Bestimmtheit und der Normklarheit eine gesteigerte Bedeutung zu (dazu BVerfG, 1 BvR 668/04, S. 16; sowie bereits oben ausführlich unter 2.4.1).

Das Tatbestandsmerkmal **allgemein zugängliche Flächen und Räume** macht eine Vorfeldüberwachung in nahezu **allen Bereichen** möglich, die nicht eine eindeutig öffentlichkeitsausschließende Funktion haben, wie etwa Wohnungen oder Geschäftsräume. Unklar bleibt darüber hinaus, ob der Tatbestand nur **allgemein zugängliche öffentliche Orte** umfasst, also etwa Straßen im Gemeingebrauch, Flughäfen, Bahnhofsvorplätze etc. oder ob nur **eingeschränkt öffentlich zugängliche Orte** unter die Vorschrift fallen, wie z. B. Amtsgebäude oder Schulhöfe sowie auch öffentlich zugängliche Gaststätten, Warenverkaufsstellen, Warenhäuser etc..

Zwar steht der rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsebene grundsätzlich ebensowenig wie der Einräumung von Ermessen auf der Rechtsfolgenseite entgegen. Bei der Überprüfung der Bestimmtheit einer Vorschrift sind jedoch die Tatbestandsmerkmale nicht

isoliert nebeneinander zu betrachten, sondern in ihrem funktionalem Zusammenspiel zur Präzisierung der Rechtsanwendung und zur Bindung der Verwaltung an rechtliche Vorgaben.

Insoweit lässt die Vorschrift neben der örtlichen Voraussetzung des Einsatzes von Videokameras zur Bildüberwachung auch keine Vorgaben für die Eingriffsschwellen erkennen. Die in § 184 Abs. 2 vorgesehene Befugnis zur Bildübertragung „allgemein zugänglicher Flächen und Räume“ überlässt es weitgehend der behördlichen Einschätzung, in welcher Weise, an welchem Ort und in welchem Ausmaß, d.h. mit welchen technischen Mitteln eine Bildüberwachung des öffentlichen Raums durchgeführt werden soll. Zudem wird lediglich pauschal auf die Erfüllung der **allgemeinen polizeilichen Aufgaben** verwiesen.

Die vorliegende Bestimmung ermächtigt daher auch zu Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht ohne eine nähere Präzisierung der tatbestandlichen Vorgaben. Zur tatbestandlichen Offenheit im Bereich des Schutzzwecks der Bestimmung tritt die räumliche, zeitliche und technische Beliebigkeit des öffentlichen Einsatzbereichs der Bildüberwachung hinzu. Die Videoüberwachung in Form der Bildübertragung würde dadurch weitgehend in das Belieben der Verwaltung gestellt. Die Vorgaben könnten letztlich auch eine **Totalüberwachung des öffentlichen Raums** durch Videoüberwachung, die aber verfassungsrechtlich äußerst bedenklich ist (vgl. nur Pie-roth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., S. 260; Fischer, VBLBW 2002, S. 89, 93 f), nicht ausschließen.

Aufgrund des **unmittelbarer Zusammenhangs** zwischen Normbestimmtheit und der Beachtung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots dürfte auch die Verhältnismäßigkeit der Bestimmung fraglich sein: Letztlich wirkt sich die Unbestimmtheit der tatsächlichen Voraussetzung einer Norm auch auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne aus. Je unklarer und diffuser die tatbestandliche Beschreibung von Schutzgut und drohender Gefahr, desto höher ist das Risiko eines unangemessenen Verhältnisses zwischen Allgemeinwohlbelangen und dem Eingriff in individuelle Grundrechtspositionen (vgl. BVerfGE 110, 33, 55).

Eine extensive Eingriffsbefugnis in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, die weder anlassbezogen ist noch in thematischer, zeitlicher und örtlicher Hinsicht eine

Eingrenzung erfährt, dürfte die damit möglich werdenden Grundrechtseingriffe nur schwer rechtfertigen können.

4.2.2 § 184 Abs. 3 Satz 2 - Bildaufnahmen

Entsprechend problematisch gerät auch die Vorschrift in § 184 Abs. 2 Satz 2 für die Anfertigung von Bildaufnahmen oder Bildaufzeichnungen im öffentlichen Raum, die aufgrund der technischen Fixierung und jederzeitigen Abrufbarkeit der beobachteten Lebensvorgänge in jedem Fall einen Eingriff darstellt, der noch schwerer als ein Eingriff durch die Bildbeobachtung wiegt.

Die eingriffsbegrenzende Nennung der Rechtsgüter **Leben, Gesundheit oder Freiheit** als Schutzgüter suggeriert hier zwar zunächst das Bestehen einer qualifizierten Eingriffsschwelle für die Maßnahme der Bildaufzeichnung. Durch den Zusatz, dass sich „**gleichgewichtige Schäden für andere Rechtsgüter verfestigen**“ wird diese Vorgabe jedoch teilweise relativiert. Der Begriff des Verfestigens deutet auf das Erfordernis einer erhöhten Wahrscheinlichkeitsprognose hinsichtlich des Gefahrentritts hin. Die Formulierung wird von der Intention getragen, „deutlicher als bisher auf die Gefahrenabwehr abzustellen“ (so die Begründung zum Gesetzentwurf Drs. 16/670, S. 38). Dabei wird jedoch auf einen neuen unbestimmten Rechtsbegriff ausgewichen. Die bereits durch Rechtsprechung und Literatur traditionell konkretisierten Schutzgüter des Polizei- und Ordnungsrecht werden durch den weiten Anwendungsbereich von der Regelung verlassen (zutreffend Stellungnahme ULD, Umdruck 16/745, S. 10).

Die Formulierung dürfte - für sich besehen - noch nicht zur Unbestimmtheit der Rechtsnorm führen. Im Zusammenhang mit dem wiederum unklaren Anwendungsbereich der Videoüberwachung, die sich hier ebenfalls auf alle **allgemein zugänglichen Flächen und Räume** bezieht, bleibt auch die örtliche Bestimmung der Videoaufzeichnungen weitgehend diffus. Dabei hilft der Zusatz „insbesondere an Kriminalität und Gefahrenschwerpunkten“, hier zur Eingrenzung des behördlichen Einsatzbereiches der Maßnahme nicht weiter. Auch er lässt letztlich offen, in welcher Weise die Videoüberwachung darüber hinaus – etwa zum Schutze besonders gefährdeter Örtlichkeiten oder Einrichtungen möglich sein soll.

Eine **pauschale und voraussetzungslose** Überwachung des öffentlichen Raumes durch Videoaufzeichnungen bzw. Bildübertragungen ist mit verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Dies hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich mit

Blick auf die geschützte **Vertraulichkeit der Kommunikation** in Art. 10 GG deutlich gemacht (BVerfGE 100, 313, 376). Grundrechtsdogmatisch wird man diese Rechtsprechung auch auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung zu übertragen haben. Danach gilt, dass der Staat grundsätzlich nur **punktuell in die Freiheitssphären der Bürger eingreifen darf**, damit das quantitative Prinzip „Mehr Freiheit als Staat“ als objektiver Rechtsgrundsatz beachtet wird (vgl. Waechter, NdsVbl. 2001, 77, 83; Büllesfeld, Polizeiliche Videoüberwachung, S. 218; zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit einer umfassenden Videoüberwachung, Ostendorf, ZRP 2001, 151, 153).

Diese Vorgaben sprechen dafür, dass eine örtliche Eingrenzung der Maßnahmen (z.B. auf Orte, an denen Straftaten begangen werden [§ 15 a Abs 1 PolG NRW]; auf zum Schutz gefährdeter öffentlicher Anlagen oder Einrichtungen [§ 27 POG Rheinland-Pfalz]) erfolgen sollte, so dass die Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahmen im Einzelnen anhand von nachvollziehbaren Vorgaben überprüft werden kann. Ferner sollte der unklare Zusatz „gleichgewichtige Schäden für andere Rechtsgüter verfestigen“ gestrichen werden. Insoweit ist die Kritik an der Bestimmung (NRV S-H, Umdruck 16/862; ULD, Umdruck 16, 754; Dr. Hirsch Umdruck 16/81; Verband der Verwaltungsrichter SH, Umdruck 16/833) im Ergebnis durchaus zutreffend.

4.3 Zur Bedeutung der Videoüberwachung

Es wird vorliegend nicht verkannt, dass die Videoüberwachung durchaus einen wichtigen Baustein in einem den Herausforderungen des internationalen Terrorismus gerecht werdenden modernen Polizeirecht einnehmen sollte. Dies kann jedoch auch ohne Effizienzverluste in einer rechtsstaatlich unbedenklicheren Weise erfolgen. Dazu dürfte es bereits ausreichen, die Bildbeobachtung wie auch die Aufzeichnung auf bestimmte öffentliche Bereiche zu begrenzen. Hierzu könnten sog. Kriminalitätsbereiche, Orte, an denen die Kriminalitätsbelastungen höher sind als anderswo oder besonders gefährdete Objekte wie Verkehrs- und Versorgungsanlagen, öffentliche Verkehrsmittel und Amtsgebäude, Religionsstätten, Denkmäler und Friedhöfe zu zählen sein (vgl. zu einem Überblick über die Regelungen in den anderen Bundesländern, Lang, Die Polizei, 2006, S. 265, 266).

Der weitergehenden Argumentation, wonach Videoaufzeichnungen und Bildübertragungen im öffentlichen Raum in den Kernbereich privater Lebensgestaltungen eingreifen können und daher besondere gesetzliche Schutzvorkehrungen erforderlich sind

(ULD, Umdruck 16/745, S. 11), schließen wir uns nicht an. Das Bundesverfassungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung aus dem Menschenwürdegehalt des Art. 1 Abs. 1 GG ab, der dem Einzelnen in dessen Privatwohnungen vor einer grenzenlosen staatlichen Ausforschung einen absoluten Schutz garantiert (BVerfGE 109, 279, 313 m. w. N.). Es bezieht sich dabei auf die Beispiele der Beobachtung von Äußerungen innerster Gefühle oder von Ausdrucksformen der Sexualität (BVerfGE 109, 279, 314 f).

Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob dieser absolute, d. h. abwägungsfreie Schutzraum des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bereits durch eine visuelle Überwachung des öffentlichen Raumes betroffen sein kann. Vieles spricht dafür, dass in den Kernbereich privater Lebensgestaltung jedenfalls solange nicht eingegriffen wird, wie es dem Einzelnen möglich ist, sich einer staatlichen Überwachung in der Öffentlichkeit durch den Rückzug in seine Privatsphäre zu entziehen.

Zwar bietet nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur die häusliche Sphäre einen für die Persönlichkeitsentfaltung wichtigen Rückzugsbereich, sondern grundsätzlich auch die Möglichkeit des Einzelnen, in der **freien, gleichwohl abgeschiedenen Natur** oder an **Örtlichkeiten, die von der breiten Öffentlichkeit deutlich abgeschieden** sind, in einer von öffentlicher Beobachtung freien Weise sich zu bewegen (BVerfGE 101, 361, 384). Den besonderen Voraussetzungen des Privatsphärenschutzes unterfallen demnach jedenfalls nicht solche Örtlichkeiten, an denen sich der Einzelne unter vielen anderen Menschen befindet. Entscheidend kommt es daher darauf an, dass gesetzlich ausgeschlossen wird, dass Videoaufnahmen die räumliche Abgeschiedenheit überwinden können, ohne dass der Betroffene dies bemerkt. Dies wird vorliegend hinreichend sichergestellt, soweit die Eingriffsbefugnisse zur Überwachung auf besondere **öffentliche Bereiche**, die im Einzelnen freilich noch klarer festgelegt werden müssen, gesetzlich begrenzt werden.

4.4 § 184 Abs. 5 - Automatisches Kennzeichenlesesystem

Der technische Einsatz des automatischen Kennzeichenlesesystems zum Zweck des automatisierten Abgleichs der Fahndungsdaten stellt einen Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dar. Kfz-Kennzeichen ermöglichen die Zuordnung zu einem bestimmten Fahrzeughalter und erlauben die Feststellung, dass sich von ihm gehaltene Fahrzeuge zu einer bestimmten Zeit an einem be-

stimmten Ort befunden haben. Insoweit handelt es sich um personenbezogene Daten (vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 218).

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass nach der Regelung des Gesetzentwurfes Daten von Kennzeichen, für die **keine Fahndungsnotierung** besteht, sogleich nach der Speicherung wieder zu löschen sind. Die Auffassung, wonach aufgrund der technischen Löschungsvorkehrung von **keinem** Grundrechtseingriff zu sprechen sei (in diesem Sinne Pünder, NordÖR 2005, S. 498, der von einem „Grundrechtsschutz durch technische Vorkehrungen“ spricht), überzeugt nicht.

Ansatzpunkt einer grundrechtlichen Betrachtung ist bereits der **Zeitpunkt** der Datenspeicherung. Nur ein zu diesem Zeitpunkt einsetzender Grundrechtsschutz ist auch in der Lage, die Risiken und Missbrauchsmöglichkeiten, die für das informationelle Selbstbestimmungsrecht von der modernen Datenerfassung ausgehen können, wirksam zu minimieren. Unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung gibt es prinzipiell keine belanglosen Daten mehr (vgl. BVerfGE 65, 145). Die Speicherung von Kennzeichen stellt daher unabhängig davon, ob und in welcher Weise später eine Löschung der Daten erfolgt, einen Grundrechtseingriff dar.

Im Abwägungsbereich ist zu berücksichtigen, dass der **isoliert betrachtete Eingriff** durch ein Kennzeichenscanning im Falle der automatischen Löschung nur geringfügige in das informationelle Selbstbestimmungsrecht eingreift. Dennoch ist aus einer **kollektiven Perspektive** besehen von einer **hohen Eingriffsqualität** auszugehen, wenn die Vorschrift zu einer **flächendeckenden Erfassung von Kennzeichen**, etwa mithilfe von stationären Kontrollsystemen, vergleichbar dem zur Erhebung der Autobahnmaut, ermächtigt.

Vor diesem Hintergrund bestehen an der Bestimmtheit wie auch der Verhältnismäßigkeit der Formulierung in § 184 Abs. 5 Bedenken: Zunächst lässt sich der Vorschrift nicht zweifelsfrei entnehmen, welchem Zweck die automatisierte Kennzeichenerkennung dienen soll. Der automatisierte Abgleich mit dem Fahndungstatbestand deutet darauf hin, dass die Vorschrift nicht die Abwehr von Gefahren, sondern in erster Linie **die Strafverfolgung**, also repressive Zwecke zum Gegenstand hat. Eine Abgrenzung zum Bereich der strafprozessualen Fahndung findet nicht statt. Dies erscheint im Hinblick auf die einschlägige Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG problematisch.

Zu bemängeln ist ferner, dass die verdachts- und ereignisunabhängige automatische Kennzeichenerkennung an keine bestimmte **Örtlichkeit** oder **Gefahrensituation** gebunden ist. Wie bereits in der Regelung des § 184 Abs. 2, steht die Entscheidung über die Durchführung entsprechender Maßnahmen weitgehend im Beurteilungsspielraum der Polizei.

Dass die Datenerhebung zum automatisierten Abgleich mit dem Fahndungsbestand dienen soll, hilft hier kaum weiter. Die Begriffe „Fahndungsnotierung“ (S. 4) und der „Fahndungsbestand“ (S. 1) knüpfen die Befugnis zum Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht vielmehr an polizeiinterne Anordnungen außerhalb formalgesetzlich geregelter Normen, die im Einzelnen ganz unterschiedliche Ursachen haben können. Der Verweis auf eine polizeiliche Fahndung bleibt daher nicht nur rechtsstaatlich zu unbestimmt, sondern würde die Behörden ermächtigen, selbst die Voraussetzungen zu schaffen, die für die Durchführung der Überwachungsmaßnahme und damit für einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht vorliegen müssen.

Der Hinweis in der Entwurfsbegründung (Drs. 16/670, S. 39), dass in anderen Ländern (Hessen, Niedersachsen, Hamburg und Rheinland-Pfalz) entsprechende Regelungen existieren, vermag die angeführten Zweifel nicht auszuräumen. Diesen Vorschriften liegt wohl die zutreffende Erkenntnis zu Grunde, dass ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel keine hinreichende Befugnis für derartige Maßnahmen darstellt und insoweit eine spezialgesetzliche Norm erforderlich ist (in diesem Sinne Schieder, NVwZ 2004, 778, 781). Ob die neu geschaffenen Vorschriften darüber hinaus die rechtsstaatlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit erfüllen, ist indes eine hiervon unabhängige Frage (vgl. Hinweis auf eine Grundrechtsklage vor dem Hessischen Staatsgerichtshof sowie einer Beschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht gegen die hessische Vorschrift, Breyer, Umdruck 16/1003).

Die im Rahmen der Anhörung erhobenen Bedenken (NRV SH, Umdruck 16/862; DAV, Umdruck 16/826; ULD, Umdruck 16/745, S. 13 u. a.; ADAC SH, Umdruck 16/983) sind im Ergebnis begründet. Eine Regelung, die sowohl dem Bestimmtheitsgrundsatz als auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausreichend Rechnung trägt, muss hinreichende Gewähr zur Begrenzung der Überwachungsintensität bieten und ein flächenüberspannendes System von stationären Kontrollstellen ausschließen. Hinreichende

Sicherungen könnten etwa darin bestehen, den Einsatz automatisierter Kennzeichen-erkennung auf mobile Kontrollstellen zu begrenzen (so Schieder, NVwZ 2004, 778,787 f.) und die Regelungsbefugnisse zum automatischen Kennzeichenlesesystem den polizeilichen Befugnissen bei der Identitätsfeststellung sowie der Videoüberwachung tatbestandlich anzugleichen.

5. § 185 Abs. 3 – Präventive Wohnraumüberwachung

§ 185 Abs. 3 enthält die Rechtsgrundlage für die präventive Wohnraumüberwachung. Der Entwurf sieht vor, den antiquierten Begriff „Leib“ durch den der „Gesundheit“ zu ersetzen. Dieses gilt ebenso für die Regelung in § 185 Abs. 2.

Bereits oben (s. o. unter § 180 Abs. 2) wurde darauf verwiesen, dass der Begriff der Gesundheit im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit problematisch erscheint. Gerade im Zusammenhang mit dem äußerst schwer wiegenden Eingriffstatbestand der Wohnraumüberwachung sollte eine Ersetzung des Begriffs „Leib“ durch den Begriff „Gesundheit“ vermieden werden.

Art. 13 Abs. 4 GG fordert für präventive Überwachungsmaßnahmen von Wohnungen das Vorliegen einer **dringenden** Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer **gemeinen Gefahr** oder einer Lebensgefahr. „Gemein“ ist eine Gefahr, wenn sie für eine bestimmte Zahl von Personen besteht und der Bedeutung einer Lebensgefahr nahe kommt (vgl. Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Artikel 13 Rn. 78 m. w. N.). Entscheidend hierfür ist das Bestehen einer kollektiven Gefahr. Die Formulierung in § 185 Abs. 3 „wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Gesundheit und Leben **einer** Person unerlässlich ist“, dürfte zwar auch eine kollektive Gefahr mit umfassen. Darüber hinaus soll die Regelung aber gerade auch den Schutz von konkreten Rechtsgütern der öffentlichen Sicherheit jenseits des Spezialfalls einer Kollektivgefahr ermöglichen.

Insoweit ist vorliegend der Begriff der **dringenden** Gefahr in Art. 13 Abs. 4 GG maßgebend. Es werden unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten, ob der Begriff die zeitliche Nähe, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts oder die Hochrangigkeit des gefährdeten Rechtsguts oder eine Kombination der verschiedenen Merkmale voraussetzt (vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13, Rn. 129, 96, dazu noch unten). Nach wohl überwiegender Auffassung ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit des

Schadens an einem **wichtigen Rechtsgut** gefordert, sodass **zumindest** auf den **Umfang des drohenden Schadens** abzustellen ist (vgl. BVerwGE 47,31, 40; Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Artikel 13 Rn. 27; Hermes, in: Dreier (Hrsg.), der ebenfalls an die Gefahrenlage anknüpft). Für den Begriff der dringenden Gefahr in Art. 13 Abs. 4 GG reicht daher eine Bedrohung der **individuellen Gesundheit** unterhalb der Lebensbedrohlichkeit oder zumindest einer schweren Körperverschädigung nicht aus, um eine Ermächtigung zu einem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung zu rechtfertigen. Der bisherige Begriff „Leib“ sollte daher erhalten bleiben (dazu, dass eine Gefahr für die Gesundheit nicht ausreicht, um die qualifizierten Eingriffsvoraussetzungen in das Schutzgut aus Artikel 13 zu begründen Dr. Hirsch, Umdruck 16/819; NRV SH, Umdruck 16/862; SH Richterbund, Umdruck 16/973, ULD, Umdruck 16/745).

6. § 185 a - Präventive Überwachung der Telekommunikation

6.1 § 185 a Abs. 1

Ausdrücklich wird in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Regelung in § 185 a ausgeführt, dass die zur präventiven Telekommunikationsüberwachung vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 27. Juli 2005 (1 BvR 668/04) gezogenen engen Grenzen in das Landesverwaltungsgesetz aufgenommen werden (Drs. 16/670, S. 29f, ferner S. 3, S. 41).

Ob die Bedenken, die im Rahmen der Anhörung gegenüber der Bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit der Regelung vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geltend gemacht wurden, zu Recht substantiiert sind (vgl. dazu DAV, Umdruck 16/826; NRV SH, Umdruck 16/862; ULD, Umdruck 16/745, Verband der Verwaltungsrichter SH, Umdruck 16/833), ist davon abhängig, ob die Vorschrift in einem **engen** Sinne verstanden wird oder ob man sie im Lichte des durch die Gesetzesbegründung **objektivierten Willens** des Rechtssetzers interpretiert.

§ 185 a Abs. 1 des Entwurfs sieht vor, dass die Polizei personenbezogene Daten durch Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nur erheben kann, wenn **Tatsachen dafür sprechen, dass ein Schaden für Gesundheit oder Leben zu erwarten ist** und die Aufklärung des Sachverhalts zum Zwecke der Verhütung dieses Schadens auf andere Weise nicht möglich ist.

Die vom Bundesverfassungsgericht überprüfte Vorschrift zur Telekommunikationsüberwachung des § 33 a Abs. 1 NdsSOG enthielt eine ähnlich Regelung zur **Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person** (Nr. 1), die das Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet hat. Versteht man § 185 a Abs. 1 in diesem engen gefahrenabwehrrechtlichen Sinne, so entspricht die Bestimmung in ihrer Regelungsstruktur § 33 a Abs. 1 Nr. 1 NdSSOG. Danach können personenbezogene Daten zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, wenn die Aufklärung des Sachverhalts auf andere Weise nicht möglich ist, über die dafür verantwortlichen Personen erhoben werden. **Vorfeldmaßnahmen** zur Verhütung von Straftaten, die häufig nur auf Tatsachen gestützt werden können, bei denen noch offen ist, ob sie sich zu einer Rechtsgutverletzung weiterentwickeln, könnten auf diese Ermächtigungsnorm **nicht** gestützt werden (BVerfGE 110, 33, 59; BVerfG vom 27. Juli 2005, 1 BvR 668/04, Rn. 121)

Die Regelung soll jedoch nach **der eindeutigen Begründung zum Gesetzentwurf** nicht nur den Bereich der herkömmlichen Gefahrenabwehr, sondern gerade auch die **vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im Gefahrenvorfeld** (Drs.16/670) ermöglichen. In diesem **weiten Sinne** verstanden, müssen die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts für den Bereich der Vorfeldmaßnahmen erfüllt sein. Dann muss die Norm handlungsbegrenzende Tatbestandselemente aufweisen, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtstaatlich geboten ist (vgl. BVerfGE 110, 33, 56; BVerfG vom 27. Juli 2005, 1 BvR 668/04, Rn. 122).

Den Voraussetzungen für die Übertragung einer Vorfeldbefugnis wird § 185 a nicht gerecht. Die Ermächtigung sieht weder Einengungen hinsichtlich des Kreises der Straftaten, deren Verhütung bezweckt wird, noch Anhaltspunkte für eine Gefährdung sowie für den Grad der Wahrscheinlichkeit eines auf die Straftat hindeutenden Ablaufs vor. Es fehlen ferner Vorgaben, die einen Maßstab für die Abwägung im Einzelfall vorgeben, ob die tatsächlichen Anhaltspunkte angesichts des erheblichen Gewichts des gefährdeten Rechtsguts ausreichen, einen Eingriff zu begründen.

Zur Verhütung von Straftaten kommt daher ein Rückgriff auf diese Bestimmung nicht in Betracht.

6.2 § 185 Abs. 2

Soweit nach § 185 Abs. 2 sowie Abs. 3 der Einsatz sogenannter **IMSI-Catcher** erfolgen soll, ist dessen Einsatz auch im Bereich der Gefahrenabwehr grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst deren Einsatz im Rahmen der Strafverfolgung nach § 100i StPO gebilligt (Entscheidung vom 22.08.2006, 2 BvR 1345/03). Danach greift die damit verbundene Datenerhebung nicht in das Grundrecht nach Art. 10 GG ein. Die Erhebung und die kurzzeitige Speicherung der IMSI- und IMEI-Kennung der Mobiltelefone führt auch nicht zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen. Die Entscheidung ist auf landesgesetzlich angeordnete Maßnahmen der Gefahrenabwehr grundsätzlich übertragbar.

Der Einsatz dieser Technik bei der Telekommunikationsüberwachung setzt jedoch das Bestehen einer verfassungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage nach Abs. 1 voraus.

7. § 186 - Verfahren beim Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung

§ 186 legt das Verfahren zum Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung allgemein fest. Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf den intensivsten Grundrechtseingriff der Wohnraumüberwachung, der strengere Verfahrensvorkehrungen erfordert als die anderen Maßnahmen zur verdeckten Datenerhebung, sondern erstreckt sich auch auf Verfahren beim Einsatz der anderen gesetzlichen Eingriffsbefugnisse in diesem Bereich.

Im Rahmen der Anhörung wurde die vor die Klammer gezogene Verfahrensregelung grundsätzlich begrüßt (z.B. NRVSH, Umdruck 16/862), zumal dadurch eine Effektivierung des prozeduralen Grundrechtsschutzes zu erreichen sei. Gleichwohl ergeben sich aus der gemeinsamen Regelung zum Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung aber auch besondere Risiken, da der für die grundrechtssensible Wohnraumüberwachung geforderte hohe verfahrensrechtliche Grundrechtsstandard dann für alle anderen Maßnahmen gilt und insgesamt nicht unterschritten werden darf.

Für die Wohnraumüberwachung bei **Gefahr im Verzug** ist der **Richtervorbehalt** aus Artikel 13 Abs. 4 S. 2 GG zu beachten. Danach kann bei Gefahr im Verzug die Maß-

nahme durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine **richterliche Anordnung ist in diesem Fall jedoch unverzüglich nachzuholen**.

§ 186 Abs. 1 S. 4 bestimmt, dass die Anordnungen des Einsatzes besonderer Mittel der Datenerhebung durch die Polizei bei **Gefahr im Verzuge** unwirksam wird, wenn sie nicht binnen drei Tagen richterlich bestätigt wird. Ob die Regelungen dem **besonderen Grundrechtsvorbehalt**, der in jedem Fall eine unabhängige, neutrale richterliche Prüfung der materiellen und formellen Voraussetzungen der jeweiligen Maßnahme sicherstellen soll, gerecht wird, erscheint fraglich.

Während die Entwurfsregelung der Polizei im Gefahrenverzugsfall erlaubt, eine Überwachungsmaßnahme, die in Artikel 13 Abs. 1 GG eingreift, über drei Tage lang aufrecht zu erhalten, ohne hierfür eine richterliche Bestätigung zu erlangen, liegt der verfassungsrechtlichen Regelung des Richtervorbehalts in Art. 13 Abs. 4 S. 2 GG eine weit engere Zielsetzung zugrunde. So ist in jedem Fall **von Amts** wegen eine richterliche Entscheidung **unverzüglich nachzuholen** (vgl. Hermes, in Dreier (Hrsg.), GG Art. 13 Rn. 81). In der Praxis hat die obligatorische Richternachkontrolle möglichst schon vor Beendigung der Maßnahme zu geschehen (in diesem Sinne Kühne, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Auf., Rn. 46). Eine Ausnahme von der Pflicht zur Nachholung der richterlichen Entscheidung über die Eilfallmaßnahme ist angesichts des **klaren Wortlauts der Verfassung unzulässig** (Papier, in: MDH, GG, Art. 13 Abs. 101).

Danach ist eine Regelung, die eine im **Eilfall** angeordnete Wohnungsüberwachung für drei Tage **ohne richterliche Beteiligung** für wirksam erklärt und es dem Ermessen der anordnungsbefugten Stellen überlässt, sich die Maßnahme innerhalb der Frist richterlich bestätigen zu lassen, mit der Verfassung nicht vereinbar (ausdrücklich mit Bezug auf eine entsprechende frühere Regelung in Bayern, Braun, NVwZ 2000, 375, 378).

Um zu verhindern, dass die Notkompetenz des Artikel 13 Abs. 4 Satz 2 nicht zur „Achillesferse der Bestimmung“ wird, sollte die einfach-gesetzliche Konkretisierung der anordnungsbefugten Stellen möglichst auf Leitungsstellen konzentriert werden (Kühne, in: Sachs (Hrsg.), Art. 13 Rn. 46, weniger weitgehend aber Papier, a.a.O., Rn. 101). Die weit gefasste Delegationsmöglichkeit auf beauftragte Personen des Polizeivollzugsdienstes - wie in § 186 Abs. 1 angeordnet - erscheint danach zu weitgehend (insofern zutreffend Dr. Hirsch, Umdruck 16/819).

§ 186 Abs. 5 sieht vor, dass eine **Unterrichtung** der Betroffenen dann nicht geboten ist, wenn keine Aufzeichnungen personenbezogener Daten erstellt worden sind. Obwohl die Ausnahmeregelung ausdrücklich **nicht** in den Fällen der präventiven Wohnraum- und Kommunikationsüberwachung eingreifen, bleiben doch Zweifel daran, ob die Rechtsschutzgarantie des Artikel 19 Abs. 4 GG noch hinreichend gewährleistet ist. So hat das Bundesverfassungsgericht eine Benachrichtigungspflicht grundsätzlich auch gegenüber solchen Personen angenommen, die sich als Gast oder sonst zufällig in einer überwachten Wohnung aufgehalten haben und die daher nicht in Art. 13 GG, sondern in ihrem durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. mit Art. 1 Abs. 1 geschützten Recht am gesprochenen Wort und ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht durch Lauschmaßnahmen betroffen sind (BVerfGE 109, 279, 365; kritisch zu § 186 Abs. 5 in diesem Sinne ULD, Umdruck 16/745, S. 18; sowie Dr. Hirsch, Umdruck 16/819).

8. § 186 a - Ergänzende Verfahrensbestimmungen beim Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach § 185 Abs. 3 sowie § 185 a Abs. 1

§ 186a enthält eine ergänzende Verfahrensvorschrift, in der die **besonderen Voraussetzungen** der vom BVerfG für die **repressive Wohnraumüberwachung** aufgestellten Anforderungen (BVerfGE 109, 279ff) auf entsprechende Maßnahmen zur präventiven Wohnraumüberwachung und darüber hinaus auf die präventive Telekommunikationsüberwachung im Schutzbereich des Art. 10 GG übertragen werden. Die Vorschrift dient insbesondere zur Umsetzung der geforderten Vorkehrungen zum Schutz des **Kernbereichs privater Lebensgestaltung** für die in Art. 13 GG eingreifenden gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahme der Wohnraumüberwachung.

Innerhalb des Spannungsverhältnisses zwischen Kernbereichsschutz und polizeilicher Informationserhebung ergeben sich eine Reihe von Fragen, die insbesondere daraus resultieren, dass die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus seinem Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung (BVerfGE 109, 279ff) sich allein auf die **strafverfahrensrechtlichen Grenzen** einer verdeckten Wohnraumüberwachung beziehen. Die Bewertung des Lauschangriffs zum Zwecke der Gefahrenabwehr in Artikel 13 Abs. 4 GG unterliegt anderen verfassungsrechtlichen Maßstäben als die vom Bundesverfassungsgericht überprüfte repressive Maßnahme, die am Maßstab des Artikels 13 Abs. 3 GG zu messen ist. Insbesondere beurteilt sich die Verhältnismäßigkeit bei Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben

der Personen wegen des das **Rechtsgut erhaltenden Zwecks der Gefahrenabwehr** grundsätzlich anders als die zur Strafverfolgung angeordnete Überwachungsmaßnahmen (zutreffend Baldus, in: Schaar (Hrsg.), Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung, 2004, S. 21).

Eine weitere Problematik besteht darin, dass der Kernbereichsschutz, den das Gericht aus der fundamentalen Menschenwürde-Garantie des Grundgesetzes ableitet, einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung zum Eingriff in unterschiedliche Grundrechtsbestimmungen nur schwer zugänglich ist. So ergibt sich der Kernbereich privater Lebensgestaltung aus der Besonderheit der grundrechtlich verbürgten Freiheitsrechte in unterschiedlicher Weise. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung hat ein **räumlich-kommunikatives** Substrat, das zur Bestimmung des unantastbaren Menschenwürdegehalts zugrunde zu legen ist. Im Bereich des Art. 10 GG hingegen ist allein auf ein **kommunikationsvermittelndes** Substrat abzustellen. Eine Regelung, die in beiden Grundrechten den Bereich eines absolut geschützten Kernbereichs verfahrensrechtlich zu schützen bezweckt, muss daher konsequent auf eine gemeinsame materielle Definition des Kernbereichsbegriffs verzichten.

Der Entwurf setzt die Vorgaben des BVerfG zur Wohnraumüberwachung um, indem besondere **Verfahrenbestimmungen** für die Wohnraumüberwachung in § 186a Abs. 1 und Abs. 2 geschaffen werden. Für die Datenerhebung durch Telekommunikationsüberwachung wird eine entsprechende Anwendung der Schutzbestimmungen vorgesehen. Durch die Einbeziehung des Telefongeheimnisses in den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung geht der Entwurf über die unmittelbaren Anforderungen der Entscheidung zur Wohnraumüberwachung durch das BVerfG hinaus. Damit werden die im Schrifttum unterschiedlich beurteilten Fragen, ob die Aussagen des Gerichts überhaupt auf die präventive Wohnraumüberwachung zu übertragen seien (gegen die h.M. verneinend Hass, NJW 2004, 3082, 3084) und ob eine Übertragung des Kernbereichskonzepts auf Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen gefordert ist (bejahend BVerfG, das feststellt, dass auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 GG die nach Art. 1 Abs. 1 GG stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde zu beachten sei, BvR 668/04, Rn.163), grundsätzlich in einer **grundrechtsoptimierenden Weise** beantwortet.

Im Detail ist die Umsetzung der Vorgaben jedoch nicht durchgehend gelungen:

Wie auf dem Gebiet der Strafverfolgung hat auch vor einem Eingriff zu präventiven Zwecken zunächst eine **Prognose** über mögliche Indikatoren für abhörrelevante Handlungen der überwachten Wohnung zu erfolgen (BVerfGE 109, 279, 320). Die Regelung in § 186 a Abs. 1 lässt eine Wohnraumüberwachung nur zu, soweit nicht aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Daten erfasst werden, die dem Kernbereich zuzurechnen sind. Dementsprechend steht vor Beginn der Maßnahme unter Einbeziehung der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und dem Verhältnis der dort anwesenden Personen eine sorgfältige Prognose, ob ein Eingriff in den Kernbereich durch die Maßnahme auszuschließen ist.

Eine „Umkehr der Beweislast“ i.S. einer gesetzlichen Vermutung für das Bestehen der grundsätzlichen Kernbereichsrelevanz, die durch positive Erkenntnisse der Behörde vor Beginn der Maßnahme ausgeräumt werden müsste, würde hier freilich eine deutlichere Stärkung des Kernbereichsschutzes bewirken (so ULD, Umdruck 16/745, S. 20, Dr. Hirsch, Umdruck 16/819).

Für den Fall, dass die akustische Wohnraumüberwachung „unerwartet zur Erhebung von absolut geschützten Informationen“ führt, fordert das BVerfG den sofortigen **Abbruch** der Maßnahme und die Löschung der Daten (BVerfGE 109, 279, 318f). Jede weitere Verwendung der absolut geschützten Daten ist danach ausgeschlossen. Die Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben gelingt durch § 186 a Abs. 2 nur unzureichend (vgl. Kritik des ULD, Umdruck 16/745, S. 21). S. 1 enthält zwar ein Unterbrechensgebot, in Satz 2 wird davon jedoch die **automatische Speicherung** der Daten ausgenommen. Die **vollautomatische Erfassung** von Gesprächen in Privatwohnungen ist jedoch ohne weitere Schutzvorkehrungen, zu deren Gewährleistung der Gesetzgeber aus Art. 1 Abs.1 GG letztlich verpflichtet ist, verfassungsrechtlich problematisch. Ausdrücklich hat das BVerfG festgestellt, dass eine räumliche „Rundumüberwachung“ regelmäßig unzulässig ist, weil die „Wahrscheinlichkeit groß ist, dass dabei höchstpersönliche Gespräche abgehört werden“ (BVerfGE 109, 279, 323). Soweit nicht bereits von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass in der überwachten Wohnung Gespräche geführt werden, die dem Kernbereich zuzurechnen sind, muss über den gesamten Zeitraum der Abhöraktion eine begleitende Kontrolle gewährleisten, dass die Maßnahmen jederzeit unterbrochen werden können (BVerfGE 109, 279, 324). Dies setzt bei einer automatischen Aufzeichnung voraus, dass durch

ein „live“ Mithören sichergestellt ist, dass die Abhörmaßnahme keine Kernbereichsrelevanz besitzt (zutreffend Kötter, DÖV 2005, 225,230).

Das automatische Abhören ist daher regelmäßig nur dann zulässig, wenn zu jedem Zeitpunkt sichergestellt ist, dass die Abhörmaßnahme durch einen sprachkundigen Beamten begleitet wird, der das sofortige Abschalten bei Kernbereichsrelevanz der abgehörten Gespräche gewährleistet. Die Voraussetzung hierfür hat der Gesetzgeber durch entsprechende Schutzvorkehrungen sicherzustellen (vgl. zu einer tragfähigen alternativen Formulierung ULD, Umdruck 16/745, S. 22, die sich jedoch nicht auf eine automatische Speicherung der Daten bezieht) .

9. § 187 - Kontrollmeldungen/Ausschreibung zur gezielten Kontrolle

§ 187 Abs. 1 S. 2 enthält eine Ausweitung der Maßnahme der polizeilichen Kontrollmeldung. Danach sollen persönliche Daten abrufbar gespeichert und Personen zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben werden können, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Planung und Begehung außergewöhnlich schwerer Straftaten in erheblichem Umfang vorliegen. Gleiches gilt, wenn die Gesamtbeurteilung der oder des Betroffenen insbesondere aufgrund der von ihr oder ihm begangenen Straftaten erwarten lässt, dass sie oder er außergewöhnlich schwere Straftaten begehen wird. Die Regelung ermöglicht darüber hinaus eine **Ausschreibung zur gezielten Kontrolle**. Damit geht diese präventiv-polizeiliche Befugnis künftig über die bloße verdeckte polizeiliche Beobachtung hinaus.

Die Voraussetzungen in § 187 Abs. 1 entsprechen den in Artikel 99 Abs. 5 Satz 2 des Schengener Durchführungsabkommens verwendeten Terminologie. Problematisch ist die zweite Alternative der Regelung. Soweit hier eine **Gesamtbeurteilung der oder des Betroffenen**, insbesondere aufgrund der bisher **begangenen Straftaten** dahin vorgenommen werden muss, dass sie oder er auch **künftig außergewöhnlich schwere Straftaten begehen wird**, ergeben sich Zweifel an der tatbestandlichen Bestimmtheit dieser Vorschrift.

Zum einen bleibt unklar, ob der Begriff der „begangenen“ Straftaten bereits eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung voraussetzt, zum anderen wird den Polizeibehörden hier ein weiter Spielraum eröffnet, der keinerlei tatbestandliche Konturen aufweist und letztlich eine prognostische Bewertung von Personen ohne weitere Tat-

sachenkenntnisse voraussetzt. Es besteht dabei die Gefahr, dass die betroffenen Personen ohne hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte durch Bejahen eines diffusen Wiederholungsverdachts einer intensiven polizeilichen Überwachung mit entsprechenden Eingriffsbefugnissen ausgesetzt werden (§§ 206 a, 202 Abs. 1 Nr. 4) ausgesetzt werden (im Ergebnis Dr. Hirsch, Umdruck 16/819, S. 8; ULD, Umdruck 16, 745, S. 27).

10. § 189 - Speicherung, Änderung und Nutzung von personenbezogenen Daten

Nach § 189 Abs. 1 Satz 1 erhält jeder Polizeivollzugsbeamte die Befugnis, im Rahmen der automatisierten Vorgangsbearbeitungssysteme personenbezogene Daten, die *im Rahmen jeweils zugewiesener Aufgaben erhoben wurden, jeweils im Rahmen ihrer oder seiner Aufgaben zu speichern, verändern und zu nutzen.*

Die Vorschrift eröffnet eine weitreichende Möglichkeit, bereits erhobene Daten zu unterschiedlichen Zwecken zu verwenden. Es erscheint fraglich, ob der dadurch bewirkte Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht den Anforderungen der Rechtsprechung des BVerfG zur Bearbeitung und Weiterverwendung personenbezogener Daten entspricht. Danach muss der Zweck, zu dem ein Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung erfolgt, bereichsspezifisch und präzise bestimmt werden. Speicherung und Verwendung von Daten sind daher an den **Zweck gebunden**, den das zur Kenntnisnahme ermächtigende Gesetz festgelegt hat (BVerfGE 100, 313, 359f_ mit Hinweis auf BVerfGE 65, 1, 44). Zwar schließt der Grundsatz der Zweckbindung nachträgliche Zweckänderungen von Daten nicht aus. Hierfür ist jedoch eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die sowohl formell als auch materiell mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Ausdrücklich verlangt das BVerfG, dass der neue Verwendungszweck sich auf die **Aufgaben und Befugnisse** der Behörde bezieht, der die Daten übermittelt werden (vgl. BVerfG 100, 313, 360). Speicherung und Verwendung von Daten sind ferner an den Zweck zu binden, den das zur Kenntnisnahme ermächtigende Gesetz hinreichend bestimmt festzulegen hat (BVerfGE 100, 313, 360). Es muss darüber hinaus Klarheit über die Verknüpfungsmöglichkeiten von erhobenen Daten bestehen (BVerfGE 65, 1, 45).

Ob § 189 Abs.1 diesen Anforderungen gerecht wird, erscheint zweifelhaft. Der pauschale Verweis auf die polizeilichen Aufgaben ist nicht geeignet ist, den konkreten

Verwendungszweck, zu dem die Daten erhoben wurden, in einer rechtsstaatlich bestimmten Weise zu garantieren. Zu unterschiedlich sind hierzu die polizeilichen Aufgabenzuweisungen, zu denen die Daten künftig verwendet werden können. Eine Veränderung und Weiternutzung von personenbezogenen Daten wäre im Rahmen dieser Vorschrift weitgehend beliebig möglich, ohne dass an die Weiterverwendung der Daten noch bestimmte Voraussetzungen geknüpft sind. Die Regelung des § 189 Abs. 1 bewirkt letztlich eine **gesetzliche Entwidmung** der personenbezogenen Daten, in dem sie deren künftige Nutzung zu gänzlich anderen als zu dem ursprünglich für die Speicherung der Daten maßgebenden Zwecken ermöglicht (insoweit die Ausführungen des ULD, Umdruck 16/745, S. 20 ff., dort insbesondere mit anschaulichen Beispielen).

11. § 192 - Datenübermittlung zwischen Polizei- und Ordnungsbehörden

§ 192 Abs. 3 enthält eine pauschale Befugnis zur Übermittlung personenbezogener Daten an Polizeidienststellen oder mit polizeilichen Aufgaben betrauter anderer Dienststellen in Staaten, die dem Schengener Durchführungsübereinkommen beigetreten sind. Die weitgehende Übertragungsbefugnis ohne Berücksichtigung der Situation des Datenschutzes in den Mitgliedsstaaten des Schengener Abkommens könnte mit Blick auf den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts problematisch sein (ULD, Umdruck 16/745, S. 30, DAV, Umdruck 16/484, S.13). Zu einer näheren Prüfung wäre auf die jeweilige Qualität des Datenschutzes in den Mitgliedsstaaten des Schengener Abkommens sowie auf der Ebene der EU abzustellen, was vorliegend aus Zeitgründen jedoch nicht möglich ist.

12. § 201 Abs. 2 - Aufenthaltsverbot

§ 201 Abs. 2 betrifft die Einfügung einer Befugnisnorm zur Verhängung eines längerfristigen Aufenthaltsverbots zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit, die Schäden für Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum von Personen, für gleichgewichtige sonstige Sach- oder Vermögenswerte oder für die Umwelt erwarten lassen.

Die Einfügung eines Betretungs- bzw. Aufenthaltsverbots wirft unterschiedliche Fragestellungen und Probleme auf, die vorliegend nur angerissen werden können.

Nach einer sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung verbreiteten Meinung greift ein Aufenthaltsverbot, soweit der Adressat Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 GG ist, in das Grundrecht auf Freizügigkeit nach Artikel 11 Abs. 1 GG ein (vgl. OVG Bremen, NVwZ 1999, 314, 315. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., Rn. 135; Dolderer, NVwZ 2001, 130, 132; Knapp; NWVBl. 2003, 484 f.; VGH Baden-Württemberg, NJW 2005, 88 ff.).

Ob die ausschließliche Kompetenz des Bundes nach Art. 73 Nr. 3 GG dem Erlass von freizügigkeitsbeschränkenden Regelungen durch den Landesgesetzgeber entgegensteht, ist umstritten (so Pernice, in: Dreier (Hrsg), GG, 3. Aufl. Art. 11, Rn. 22). Es dürfte jedoch mit der herrschenden Meinung davon auszugehen sein, dass die Regelungen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, die in dem Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs. 2 GG angesprochen werden, polizeirechtliche Regelungen sind, die in den Zuständigkeitsbereich des Landesgesetzgebers fallen (Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 11, Rn. 20; VGH Baden-Württemberg, NJW 2005, 88ff).

Demnach ist der Erlass von Aufenthaltsverboten unter den einschränkenden Bedingungen des Art. 11 Abs. 2 GG möglich. Aufenthaltsverbote kommen daher nur **zur Verhütung strafbarer Handlungen** oder zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen, besonders schweren Unglücksfällen oder zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung in Betracht.

Eine gefahrenabwehrrechtliche Befugnisnorm, die weder auf kriminalistische Gefahren abzielt, noch auf den qualifizierten Gefahrenbegriff des Art. 11 Abs. 2 GG abhebt, insbesondere nicht der Durchführung ordnungsbehördlicher Evakuierungsmaßnahmen bei Naturkatastrophen oder bei besonders schweren Unglücksfällen dient, dürfte den verfassungsrechtlichen Anforderungen kaum gerecht werden (vgl. nur Finger, Die Polizei 2005, 82, 87).

Insoweit käme in Betracht, die Eingriffsvoraussetzungen entsprechend dem Kriminalvorbehalt in Art. 11 Abs. 2 GG umzuformulieren. Ein den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 GG entsprechendes Aufenthaltsverbot enthält etwa § 34 Abs. 2 PolG NRW. Dort heißt es: *Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass eine Person in einem bestimmten örtlichen Bereich eine Straftat begeht oder zu ihrer Begehung beitragen wird, kann ihr für eine bestimmte Zeit verboten werden, diesen Bereich zu betreten*

oder sich dort aufzuhalten, es sei denn, sie hat dort ihre Wohnung oder nimmt dort berechnigte Interessen wahr.

Die Bezugnahme auf berechnigte Interessen dient der Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Diesen gilt es insbesondere vor dem Hintergrund zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Art. 11 Abs. 2 GG durchaus auch die Verhängung von Aufenthaltsverboten zur Unterbindung minderschwerer Delikte, soweit die besonderen Umstände des Einzelfalls ein entsprechendes Verbot als erforderlich und angemessen erscheinen lassen, rechtfertigen (vgl. Finger, Die Polizei 2005, S. 82, 85).

Die Bestimmung des § 201 umfasst im Gegensatz zu der Mehrzahl von Aufenthaltsverboten in anderen Bundesländern (vgl. etwa § 29 Abs. 2 Satz 3 Berliner ASOG, § 34 Abs. 2 Satz 1 PolG NRW) auch ein Aufenthaltsverbot, das sich auf den Geltungsbereich des **Wohnsitzes** bezieht (mit Hinweis auf den Ausschluss von Wohnungsverweisungen aus dem Bereich der Aufenthaltsverbote der Polizeigesetze der Länder, Schenke/Schenke, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes VerwR, Bd. 2, Rn. 93) . Dadurch greift die Bestimmung nicht nur in Art. 11 GG, sondern auch in das durch **Art. 13 GG** geschützte Selbstbestimmungsrecht des Wohnungsinhabers ein, das auch das bloße Verweilen in den geschützten Räumen garantiert (vgl. BVerfGE 76, 83, 89 f; 89, 1, 12).

Die Eingriffsnorm muss daher zudem dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt in Art. 13 Abs. 7 GG genügen. Danach dürfen Eingriffe und Beschränkungen in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, aufgrund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutz gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

Über das vorliegend einschlägige Tatbestandsmerkmal **der dringenden Gefahr** für die Öffentliche Sicherheit besteht Einigkeit darüber, dass sie gegenüber der einfachen Gefahr in gewisser Weise gesteigert ist. Dabei werden unterschiedliche Auffassungen mit Blick auf **zeitliche Nähe**, die **Wahrscheinlichkeit** des **Schadenseintritts** oder auf die **Hochrangigkeit** des gefährdeten Rechtsguts bzw. auf die Kombination der Merkmale vertreten (vgl. zum Ganzen Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 13,

Rn. 129, im Übrigen bereits oben zu § 185 Abs. 3). Eine Auffassung stützt sich etwa allein auf den Umfang des drohenden Schadens (etwa Herdegen, in: Dolzer/Vogel, BK, Art. 13, Rn. 77); eine andere Auffassungen betont dagegen mit Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. auf die Schrankensystematik das Erfordernis der zusätzlichen Heranziehung eines zeitlichen Merkmals durch den Begriff „dringend“ (in diesem Sinne Krugmann NVwZ 2006, 152, 154) oder stellt noch weitergehend auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ab (auf alle drei Merkmale abstellend Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 13, Rn. 134, 135).

Bezieht man neben der **Hochrangigkeit** auch die **zeitliche Nähe** zur Bejahung der Dringlichkeit einer Gefahr mit ein, so sollte in § 201 Abs. 2 eine zeitliche Komponente aufgenommen werden, wonach die Gefahrenlagen zur einer Schadensverwirklichung zumindest in naher Zukunft führen muss. Dies ist im Übrigen im Rahmen des § 201a, der eine **Wohnungsverweisung zum Schutz von häuslicher Gewalt** vorsieht, durch Einfügung der Formulierung einer *gegenwärtigen* Gefahr geschehen.

13. § 202 - Durchsuchung von Personen

Die Erweiterung der Durchsuchungsermächtigung von Personen in § 202 muss den rechtsstaatlichen Anforderungen sowohl der Bestimmtheit als auch der Verhältnismäßigkeit genügen. Die Auffassung, wonach unter Zugrundelegung der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshof vom 17. Februar 2006 wegen der Intensität des Grundrechtseingriffs die Vorschrift zu unbestimmt sei, teilen wir bedingt (soweit Strafverteidigervereinigung SH, Umdruck 16/831, S. 3).

In dem vom **Bayerischen Verfassungsgerichtshof** entschiedenen Fall ging es um eine Regelung, die es der Polizei erlaubt, verdachts- und ereignisunabhängig auf **Durchgangsstraßen** Sachen zu durchsuchen, die eine von einer Identitätskontrolle betroffene Person mit sich führt. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat die entsprechenden Bestimmungen des Bayerischen Polizeigesetzes unter der Bedingung für **zulässig** angesehen, dass die einschlägige Vorschrift **verfassungskonform** ausgelegt wird und das handlungsbegrenzende Erfordernis einer **erhöhten abstrakten Gefahr** in sie hineingelesen wird (Entscheidung vom 7. Januar 2006, Az. Vf. 69 - VI -

04, S. 15f). Insoweit kann der Entscheidung jedenfalls kein direkter Hinweis auf die **Verfassungswidrigkeit** einer entsprechenden Vorschrift entnommen werden.

Zudem bezieht sich die Erweiterung der Durchsuchungsbefugnis in § 202 auf Tatbestände, die hinreichende handlungsbegrenzende Voraussetzungen enthalten: Dies trifft insbesondere für die Identitätsfeststellung aufgrund des § 181 Abs. 1 Nr. 1 – 4 zu. Insoweit ergeben sich im Gesetzentwurf höhere Eingriffsschwellen als in dem vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof entschiedenen Fall.

Es trifft jedoch zu, dass eine Durchsuchung einer Person einen wesentlich **intensiveren Grundrechtseingriff** als eine Identitätskontrolle darstellt und grundsätzlich an strengeren Eingriffsvoraussetzungen zu messen ist. Vor diesem Hintergrund ist die Verhältnismäßigkeit der Regelung vorliegend nicht unproblematisch. Das gilt um so mehr, als das LVwG in seiner geltenden Fassung keine eingrifferschwerenden Voraussetzungen für besonders intensive Eingriffe in den **körperlichen Intimbereich** (sog. Untersuchung etwa in § 15, Abs. 4 HambSOG, ferner Schenke/Schenke, in: Steiner, Besonderes VerwR, Bd. 2, Rn. 103 m.w.N.) kennt. Für diese Eingriffe muss daher letztlich auf den Tatbestand der Durchsuchung zurückgegriffen werden.

Es bedarf insoweit einer Überprüfung, ob es Sinn macht, künftig eine besondere Norm einzufügen, die höhere Eingriffsvoraussetzungen für derartige schwere Formen der Durchsuchung schafft, denn die bisherige Regelung in § 203 bezieht sich nicht nur auf die Körperoberfläche, sondern auch auf Körperöffnungen, wie Mund, After, Scheide (so Mann, in: Praxis der Kommunalverwaltung, LVwG, § 203, Nr. 3). Dadurch wäre auszuschließen, dass vor dem Hintergrund der Entwurfsregelung aus nicht hinreichend gewichtigem Anlass schwere Eingriffe in die Intimsphäre zum Zweck der Durchsuchung erfolgen.

14. § 204 - Gewahrsam von Personen

Die Vorschrift in § 204 Abs. 1 Nr. 4, wonach eine Person in Gewahrsam genommen werden kann, wenn dies unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 201 durchzusetzen, erscheint unvollständig, da das in § 201 Abs. 2 neu aufgenommene Aufenthaltsverbot in dieser Verweisung weder berücksichtigt noch ausdrücklichen ausgeschlossen wird .

Zur **Klarstellung** erscheint es daher geboten, entweder durch eine Verweisung auf § 201 Abs. 1 deutlich zu machen, dass eine Ingewahrsamnahme von Personen lediglich zur Durchsetzung von Platzverweisen erfolgen soll oder anzuordnen, dass diese Befugnis auch zur Durchsetzung des Aufenthaltsverbots nach § 201 Abs. 2 zur Verfügung stehen soll (für eine Aufnahme des Aufenthaltsverbots im § 201 insoweit GdP, Umdruck 16/830).

§ 204 Abs. 4 Satz 2 regelt die Befugnis, festgehaltene Personen mit Bildübertragung **offen zu beobachten**, wenn und solange tatsächlich Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass diese Maßnahme zum Schutz der Personen unerlässlich ist. Die hiergegen erhobene Kritik, ohne eine zeitliche Begrenzung sei der Tatbestand zu weit gefasst (ULD, Umdruck 16/745, S. 33), wird von unserer Seite nicht geteilt. Bei einer auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützten Selbstgefährdung der in Gewahrsam genommenen Person dürfte eine konkrete zeitliche Begrenzung visueller Überwachung kaum sinnvoll sein. Für die Aufrechterhaltung der Maßnahme erscheint daher der Maßstab der **Unerlässlichkeit für den Schutz der Person** hinlänglich und auch praktikabel.

15. Fazit:

Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die im Rahmen der Anhörung zum Gesetzentwurf von unterschiedlichen Verbänden und Einrichtungen geäußert wurden, sind zu einem großen Teil inhaltlich berechtigt. Die Vorschriften des Gesetzentwurfs sollten daher dem verfassungsrechtlichen Änderungsbedarf angepasst werden.

Dr. Johannes Caspar