



Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht und des
Schleswig-Holsteinischen Anwalt- und
Notarverbandes e.V.**

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung
polizeilicher- und ordnungsrechtlicher
Vorschriften im Landesverwaltungsgesetz
(LVwGPORÄndG)
Gesetzesentwurf der Landesregierung/Drucksache
19/2118**

**Änderungsantrag der Fraktion von CDU, Bündnis
90/Die Grünen und FDP/Umdruck 19/4576 zum
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung
polizeilicher- und ordnungsrechtlicher
Vorschriften im Landesverwaltungsgesetz
(LVwGPORÄndG)**

Stellungnahme Nr.: 12/2021

Berlin, im Januar 2021

Mitglieder des Ausschusses Gefahrenabwehrrecht

- Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster
- Rechtsanwalt Dr. David Albrecht, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Eren Basar, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Nikolas Gazeas, LL.M., Köln
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Grözinger, Köln
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt / Main

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning
- Rechtsanwältin Uta Katharina Schmidt

Zuständig im Schleswig-Holsteinischen Anwalt- und Notarverband e.V.

- Rechtsanwalt Dr. Fiete Kalscheuer, Kiel (Berichterstatter)

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

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

Verteiler

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

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Deutscher Bundestag – Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Deutscher Bundestag – Ausschuss für Inneres und Heimat

Arbeitsgruppe Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag
vertretenen Parteien
Arbeitsgruppe Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

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

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

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

Frankfurter Allgemeine Zeitung
Süddeutsche Zeitung
Hamburger Abendblatt
Juris Newsletter
JurPC

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die vorliegende Stellungnahme befasst sich mit dem erneuten Änderungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung polizei- und ordnungsrechtlicher Vorschriften im Landesverwaltungsgesetz. Der Deutsche Anwaltverein fordert - wie bereits in seiner Stellungnahme 1/20¹ zum vorherigen Entwurf - die Verankerung des anwaltlichen Berufsgeheimnisträgerschutzes im Polizeigesetz nach dem Vorbild des § 62 BKAG. Erneut weist der Deutsche Anwaltverein auf die unverhältnismäßige Herabsenkung der Eingriffsschwelle polizeilichen Handelns durch die faktische Einführung der drohenden und drohenden terroristischen Gefahr hin.

1. Unzureichender Schutz von Berufsgeheimnisträgern

Nach wie vor enthält der Entwurf zum LVwGPORÄndG einen unzureichenden Schutz von Berufsgeheimnisträgern.

a) Zum Schutz von Berufsgeheimnisträgern

Bestimmte Vertrauensverhältnisse genießen im Gefahrenabwehrrecht besonderen Schutz. Zentraler Anknüpfungspunkt ist der Kernbereichsschutz, der die Kommunikation mit Personen des besonderen Vertrauens umfasst. Einen Anhaltspunkt für die Bestimmung des Personenkreises liefern die §§ 53, 53a StPO.²

§ 53 StPO schützt das Vertrauensverhältnis zwischen bestimmten Berufsgruppen und denen, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen. Die sachgerechte Wahrnehmung der Interessen des Rat- oder Hilfesuchenden setzt in der Regel

¹ Vgl. Stellungnahme des [DAV 1/20](#).

² Vgl. Ruthig in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, § 62 BKAG Rn. 2.

voraus, dass dieser sich den Angehörigen der in § 53 genannten Berufe rückhaltlos anvertraut. Dieses Vertrauensverhältnis und die Möglichkeit rückhaltloser Offenbarung soll gerade auch im öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit dieser Berufe nicht durch die Besorgnis behindert werden, die in § 53 genannten Personen könnten später als Zeugen über die ihnen bekannt gewordenen Tatsachen vernommen werden.³

Das Bundesverfassungsgericht⁴ erläutert den Sinn der Norm wie folgt:

„Den gesetzlich genannten Berufen ist gemeinsam, daß ihre Ausübung typischerweise Leistungen einschließt, die sich als individuelle Beratung in persönlichen, rechtlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten oder aber als unmittelbarer Dienst an der Gesundheit des Menschen kennzeichnen lassen (Beratungs- und Heilberufe). Solche Leistungen berühren - häufiger und stärker als andere Berufstätigkeiten - Bereiche, in denen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Einzelnen Beachtung verlangen. Sie sind daher in besonderem Maße davon abhängig, daß derjenige, der sie - als Klient oder Patient - in Anspruch nimmt, die Möglichkeit hat, sich seinem Gegenüber frei, offen und rückhaltlos anzuvertrauen, ohne befürchten zu müssen, daß Tatsachen oder Umstände, die der andere dadurch kraft seines Berufes erfährt, offenbart werden könnten. Deshalb will § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO dieses Vertrauen auch gegenüber der strafprozessualen Wahrheitserforschung schützen, indem er den Angehörigen derartiger Beratungs- und Heilberufe ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht einräumt.“

Der SächsVerfGH⁵ hat hierzu festgestellt:

„Das Vertrauen in die Integrität dieser verfassungsrechtlich geschützten Beziehungen ist sowohl für die Ausübung der Grundfreiheiten wie auch für die Funktionsfähigkeit der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung von essentieller Bedeutung.“

³ MüKoStPO/Percic, 1. Aufl. 2014, StPO § 53 Rn. 1.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 15.01.1975 - 2 BvR 65/74, BVerfGE 38, 312 (323).

⁵ SächsVerfGH, Urteil vom 14.05.1996 - Vf. 44-II/94, LKV 1996, 273 (285).

Zum geschützten Personenkreis gehören u.a. gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO Verteidiger und gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO Rechtsanwälte und Kammerbeistände.

Ein uneingeschränkter Schutz von Vertrauensverhältnissen ist grundsätzlich – mit Ausnahme von Eingriffen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung – verfassungsrechtlich nicht zwingend vorgeschrieben. Der Gesetzgeber kann insbesondere zwischen verschiedenen Gruppen von Berufsgeheimnisträgern und dementsprechend zwischen absolut und relativ geschützten Vertrauensverhältnissen differenzieren. Eine Beschränkung des Ausschlusses bestimmter polizeilicher Maßnahmen auf Geistliche, Anwälte und Parlamentsabgeordnete ist zulässig.⁶

b) Zur Rechtslage nach dem derzeitigen Entwurf

Bisher ist

- in § 186 Abs. 4 LVwG ein relativer Schutz von Berufsgeheimnisträgern im Bereich der Datenerhebung
- in § 191 Abs. 2 LVwG ein relativer Schutz von Berufsgeheimnisträgern im Bereich der Datenübermittlung
- in § 195a Abs. 3 Satz 4 LVwG ein absoluter Schutz von Berufsgeheimnisträgern im Bereich des Datenabgleichs mit anderen Daten (sog. Rasterfahndung)

normiert.

§ 191 Abs. 2 und § 195a Abs. 3 Satz 4 LVwG werden vom Entwurf nicht berührt.

§ 191 Abs. 2 LVwG lautet:

⁶ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 191; Ruthig in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, § 62 BKAG Rn. 3.

„Unterliegen die personenbezogenen Daten einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis, ist ihre Übermittlung nur zulässig, wenn der Empfänger die personenbezogenen Daten zur Erfüllung des gleichen Zwecks benötigt, zu dem sie von den Ordnungsbehörden oder der Polizei erlangt worden sind.“

§ 195a Abs. 3 LVwG lautet:

„Das Übermittlungersuchen ist auf Name, Anschrift, Tag und Ort der Geburt sowie andere für den Einzelfall benötigte Daten zu beschränken. Ist ein Aussondern der zu übermittelnden Daten nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, dürfen weitere, nicht vom Ermittlungersuchen erfasste Daten ebenfalls übermittelt werden. Diese Daten dürfen von der Polizei nicht genutzt werden. Rechtsvorschriften über ein Berufs- oder besonderes Amtsgeheimnis bleiben unberührt.“

Im Gesetzentwurf wird der Schutz der Berufsgeheimnisträger nur einmal, im Abschnitt „Begründung“, aufgegriffen. Auf S. 91 ff. heißt es:

„Zu § 186 a

Im Zuge der Neustrukturierung der §§ 186 ff. wird auch § 186 a neugefasst. Dabei werden die im bisherigen § 186 a Absatz 1 bis 3 angelegten Mechanismen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 141, 220, ergänzt und auf alle verdeckten Datenerhebungsmaßnahmen der §§ 185 ff. ausgedehnt. Als Folgeänderung wird der Schutz von Amts- oder Berufsgeheimnisträgern angepasst. Außerdem wird zum Schutz der nach §§ 185 ff. erhobenen Daten angeordnet, dass diese entsprechend dem Stand der Technik gegen unbefugte Kenntnisnahme, Veränderung und Löschung besonders zu sichern sind. [...]

Absatz 6 trifft ergänzende Regelungen zu Amts- und Berufsgeheimnisträgern. [...]

Absatz 6 dient dem Schutz von Amts- und Berufsgeheimnisträgern. Die Regelung entspricht dem bisherigen § 186 a Absatz 4 und richtet sich nach den Vorgaben des

Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 141, 220, Rn. 131.“

§ 186a Absatz 6 LVwG soll folgenden Wortlaut bekommen:

„Die Datenerhebung nach § 185 und § 185a aus einem durch ein Amts- oder Berufsgeheimnis geschützten Vertrauensverhältnis im Sinne der §§ 53 und 53 a der Strafprozessordnung ist nur insoweit zulässig, als es zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person unerlässlich ist.“

Der bisherige § 186a Absatz 4 lautet:

*„Die Datenerhebung nach § 185 oder nach § 185a aus einem durch ein Amts- oder Berufsgeheimnis geschütztes Vertrauensverhältnis im Sinne der §§ 53 und 53a der Strafprozessordnung ist nur insoweit zulässig, als es zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person unerlässlich ist. **Absatz 3 gilt entsprechend.**“*

Der bisherige § 186a Absatz 3 lautet:

„Die Datenerhebung nach § 185 Abs. 3 oder nach § 185a Abs. 1, die in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung eingreift, ist unzulässig. Die erhobenen Daten sind unverzüglich zu löschen und Erkenntnisse über solche Daten dürfen nicht verwertet werden. Die Tatsache der Erfassung der Daten und ihrer Löschung sind zu dokumentieren.“

Weshalb der bisherige § 186a Abs. 4 Satz 2 LVwG nicht übernommen wurde, ist nicht ersichtlich.

Der Änderungsantrag sieht lediglich auf S. 5 vor, die Formulierung des § 186a Abs. 6 LVwG um den neu einzufügenden § 185c zur Datenerhebung durch Vertrauenspersonen zu erweitern:

„d. Absatz 6 wird wie folgt gefasst:

„Die Datenerhebung nach § 185, § 185 a und § 185 c aus einem durch ein Amts-oder Berufsgeheimnis geschützten Vertrauensverhältnis im Sinne der §§ 53 und 53 a der Strafprozessordnung ist nur insoweit zulässig, als es zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person unerlässlich ist.“

Weitere Änderungen im Hinblick auf den Schutz von Berufsgeheimnisträgern sieht der Änderungsantrag nicht vor.

c) Zwei Kritikpunkte zum derzeitigen Schutz von Berufsgeheimnisträgern

Aus dem Vorgenannten ergeben sich zwei Kritikpunkte am derzeitigen Entwurf des LVwGPORÄndG. Der Entwurf enthält keine neuen Regelungen zum Schutz der Berufsgeheimnisträger. Er ist somit zum einen nach wie vor lückenhaft. Der Schutz der gewährt wird, ist zum anderen überwiegend nur relativ und nicht absolut. Hierzu im Einzelnen:

Es fehlt eine Generalklausel, wie sie etwa in § 62 BKAG zu finden ist, mit dem der Bundesgesetzgeber die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09) zum Berufsgeheimnisträgerschutz umgesetzt hat. Vorgesehen ist wie bisher nur ein - zumeist lediglich relativer - bereichsspezifischer Schutz durch entsprechende Hinweise in einzelnen Befugnisnormen. Für die überwiegende Mehrzahl der polizeilichen Maßnahmen, Standardmaßnahmen sowie offenen Maßnahmen (etwa Befragung, Durchsuchung, Sicherstellung) ist weiterhin überhaupt kein Schutz vorgesehen.

Wir fordern die Verankerung des anwaltlichen Berufsgeheimnisträgerschutzes im Schleswig-Holsteinischen Polizeirecht nach Vorbild des § 62 BKAG. Eingriffe in das Vertrauensverhältnis von Rechtsanwälten zu ihren Mandanten sowie bereits die Erhebung von Daten, die vom Berufsgeheimnis umfasst sind, müssen absolut untersagt sein. Der Berufsgeheimnisträgerschutz von Anwälten darf im Gefahrenabwehrrecht nicht hinter dem des Strafverfahrens zurückbleiben.

Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, den Berufsgeheimnisträgerschutz nur auf bestimmte – verdeckte – Ermittlungsmaßnahmen zu beschränken. Die

Vertrauensbeziehung zu Rechtsanwälten als Berufsheimnisträgern ist unabhängig davon zu schützen, ob es sich um verdeckte oder um offene polizeiliche Maßnahmen handelt. Offene polizeiliche Maßnahmen können genauso eingriffsintensiv sein wie verdeckte polizeiliche Maßnahmen. Es tangiert etwa gravierend das Vertrauensverhältnis, wenn ein Rechtsuchender fürchten muss, Unterlagen seines Rechtsanwalts könnten durchsucht und sichergestellt werden und dadurch die Informationen, die er (nur) seinem Anwalt anvertraut hat, offenbart werden. Um einen effektiven Schutz zu gewährleisten, muss zudem dort, wo Berufsheimnisse in Rede stehen, nicht erst die Datenverarbeitung, sondern bereits die Datenerhebung absolut ausgeschlossen werden.

Der als Vorbild geeignete § 62 BKAG lautet wie folgt:

„§ 62 Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen

(1) Maßnahmen nach diesem Abschnitt, die sich gegen eine in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2, 3 oder Nummer 4 der Strafprozessordnung genannte Person richten und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, sind unzulässig. § 41 Absatz 3 bleibt unberührt. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist zu dokumentieren. Die Sätze 3 bis 5 gelten entsprechend, wenn durch eine Maßnahme, die sich nicht gegen eine in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2, 3 oder Nummer 4 der Strafprozessordnung genannte Person richtet, von einer dort genannten Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte. Für Personen nach § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 der Strafprozessordnung gelten die Sätze 1 bis 6 nur, soweit es sich um Rechtsanwälte oder Kammerrechtsbeistände handelt.

(2) Soweit durch eine Maßnahme eine in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3, 3a und 3b oder Nummer 5 der Strafprozessordnung genannte Person betroffen wäre und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist dies im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Würdigung des öffentlichen Interesses an den von dieser Person

wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen besonders zu berücksichtigen. Soweit hiernach geboten, ist die Maßnahme zu unterlassen oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken. Für Personen nach § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 der Strafprozessordnung gelten die Sätze 1 und 2 nur, soweit es sich nicht um Rechtsanwälte oder Kammerrechtsbeistände handelt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, soweit die in § 53a der Strafprozessordnung genannten Personen das Zeugnis verweigern dürften.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten nicht, sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person für die Gefahr verantwortlich ist.“

Der Katalog der Maßnahmen im 5. Abschnitt (Befugnisse zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus), auf den sich § 62 BKAG bezieht, umfasst neben der Generalklausel des § 38 BKAG Normen zu folgenden Punkten:
personenbezogene Daten, Bestandsdatenauskunft, Befragung und Auskunftspflicht, Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen, Erkennungsdienstliche Maßnahmen, Vorladung, Datenerhebung, Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen, Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung oder gezielten Kontrolle, Rasterfahndung, Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme, Postbeschlagnahme, Überwachung der Telekommunikation, Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten, Identifizierung und Lokalisierung von Mobilfunkkarten und -endgeräten, Platzverweisung, Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbot, Elektronische Aufenthaltsüberwachung, Gewahrsam, Durchsuchung von Personen, Durchsuchung von Sachen, Sicherstellung, Betreten und Durchsuchung von Wohnungen.

Für die Vertrauensverhältnisse von Verteidigern und Rechtsanwälten besteht damit ein absoluter Schutz für sämtliche Maßnahmen zur Terrorismusabwehr (§ 62 Abs. 1 BKAG), soweit diese nicht selbst Verantwortliche sind (vgl. § 62 Abs. 4 BKAG). Es besteht bereits ein Erhebungsverbot für gezielte Maßnahmen ihnen gegenüber (§ 62 Abs. 1 Satz 1 BKAG). Entsprechende Daten dürfen nicht verwertet werden (§ 62

Abs. 1 Satz 3 BKAG) und sind unverzüglich zu löschen (§ 62 Abs. 1 Satz 4 BKAG). Letzteres gilt auch bei mittelbaren Eingriffen (§ 62 Abs. 1 Satz 6 BKAG).

2. Fehlende Regelung zur notwendigen Zuziehung eines anwaltlichen Beistands

Es fehlen weiterhin nach wie vor Regelungen zum individuellen Rechtsschutz gem. Art.103 GG, Art. 19 Abs. 4 GG und Art.6 EMRK. Im Strafrecht hat der Beschuldigte bei schwerwiegenden Vorwürfen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger. Dies gilt auch für Entscheidungen über die Anordnung oder die Fortdauer einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, d.h. in Fällen, in denen es wie bei polizeilichen Präventivmaßnahmen nicht auf ein Verschulden ankommt. Wird gegen den Beschuldigten im Strafverfahren eine Untersuchungshaft angeordnet, liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs.1 Ziff. 4 StPO vor. Der Entwurf verweist in § 204 Abs. 6 auf § 181 Abs. 4 LVwGPORÄndG und damit auf das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG). Die dort normierte bloße Möglichkeit der Beiziehung eines Bevollmächtigten - auf Antrag soweit die Sach- und Rechtslage eine anwaltliche Vertretung erfordert, vgl. § 78 Abs. 2 FamFG - ist unzureichend. Die Regelung ist kein Äquivalent zum Institut der notwendigen Verteidigung. Jedenfalls bei der Verlängerung des Gewahrsams ist eine entsprechende Regelung jedoch geboten. Denn unter Umständen kann es geschehen, dass eine Person nach § 204 LVwGPORÄndG-E in Präventivhaft genommen wird (mangels zeitlicher Begrenzung im Gesetzesentwurf ist die Ingewahrsamnahme auf richterliche Anordnung hin für unbegrenzte Zeit möglich) und in der gesamten Zeit keinen Anwalt bestellt bekommt. Der Betroffene eines Gewahrsams darf in einem Rechtsstaat keine schwächere Position haben als derjenige, der aufgrund eines dringenden Tatverdachts nach der StPO in Untersuchungshaft genommen wird. Der Entwurf entspricht damit in den angebotenen Rechtsschutzverfahren nicht dem Gebot des BVerfG, wonach im gleichen Gesetz, das die erheblichen Eingriffe normiert, auch Vorkehrungen für einen Grundrechtsschutz durch geeignete und effektive Verfahrensregeln zu treffen sind.

Ein Blick in die Regelungen anderer Bundesländer zeigt, dass es zumindest ein Vorbild gibt, woran sich Schleswig-Holstein orientieren kann: Nordrhein-Westfalen.

§ 38 Abs. 3 POR NRW lautet wie folgt:

Nach Vollzug der in Absatz 1 Nummer 3 getroffenen richterlichen Entscheidung ist der in Gewahrsam genommenen Person ein anwaltlicher Beistand zu gewähren.

Der in Bezug genommene § 38 Abs. 1 Nr. 3 POR NRW lautet wiederum:

Die festgehaltene Person ist zu entlassen, [...] in jedem Falle spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen, wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung auf Grund dieses oder eines anderen Gesetzes durch richterliche Entscheidung angeordnet ist.

Nach der Regelung in Nordrhein-Westfalen ist somit gewährleistet, dass einer Person, die sich über einen Tag hinaus in Gewahrsam befindet, ein anwaltlicher Beistand zu gewähren ist. Dem individuellen Rechtsschutz ist durch diesen gebundenen Anspruch auf Zuziehung eines anwaltlichen Beistands insoweit Genüge getan. Auf die Rechtslage in Schleswig-Holstein ließe sich diese Regelung aus Nordrhein-Westfalen eins zu eins übertragen.

3. Vorverlagerung der Eingriffsschwelle (drohende Gefahr)

Im Rahmen dieser zweiten Stellungnahme wurden in der mündlichen Anhörung bewusst zwei Punkte herausgegriffen, die in den Stellungnahmen der anderen Beteiligten bisher offenbar keine Erwähnung gefunden haben. Gleichwohl teilt der Deutsche Anwaltverein die auch von anderen Beteiligten geäußerte Kritik an der im Entwurf zum LVwGPORÄndG vorzufindenden Vorverlagerung der Eingriffsschwelle. Mit Blick auf den notwendig doppelten Prognosecharakter, der eine doppelt subjektive Einschätzung erforderlich macht, ist dies grundsätzlich problematisch. Bedenken ergeben sich zudem hinsichtlich der Bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit. Es wird daher nochmals auf die Ausführungen zur drohenden Gefahr in der Stellungnahme 1/20 verwiesen:

Die §§ 201 f. LVwGPORÄndG-E regeln zusätzliche/erweiterte Befugnisse zur Gefahrenabwehr. Diese Befugnisse werden neben dem Verweis auf Straftaten

nach §§ 89 a, 89 b, 129 a oder 129 b StGB an das Vorliegen der - aus anderen Entwürfen bekannten - *drohenden (terroristischen) Gefahr* geknüpft.

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

a) Definition der drohenden (terroristischen) Gefahr

Mit dem Gesetzesentwurf wird an mehreren Stellen (§§ 185 a, 185 b, 201, 201 b LVwGPORÄndG-E) eine Eingriffsschwelle definiert, die gemeinhin als drohende (terroristische) Gefahr bezeichnet wird. Dabei verzichtet der Gesetzesentwurf auf die Bezeichnung als drohende Gefahr und setzt die Voraussetzungen teilweise (§ 185 a Abs. 1 und § 185 b Abs. 1 LVwGPORÄndG-E) denen der dringenden Gefahr gleich. Diese Annahme schlägt fehl und wäre damit zu vergleichen, wenn ein dringender Tatverdacht mit den Voraussetzungen eines Anfangsverdachts begründet würde.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind bei der Beurteilung einer dringenden Gefahr sowohl das Ausmaß als auch die Wahrscheinlichkeit des zu erwartenden Schadens zu berücksichtigen⁷. An das Vorliegen einer dringenden Gefahr, deren Anforderungen über die einer konkreten Gefahr noch hinausgehen, seien strenge Anforderungen zu stellen.⁸ Durch die Vorverlagerung und den weiteren Anwendungsbereich kann davon bei der drohenden Gefahr gerade nicht die Rede sein.

Auch losgelöst von begrifflichen Abgrenzungsdefiziten, wirft die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle verfassungsrechtliche Bedenken auf.

⁷ vgl. BVerfGE 130, 1, 32

⁸ vgl. BVerfGE 47, 31, 40; BGHSt 54, 69, 83 f.

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

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

Demgegenüber wird bei der sogenannten drohenden terroristischen Gefahr die Eingriffsschwelle noch weiter in das Vorfeld verlagert. So sollen die polizeilichen Maßnahmen möglich sein, „wenn lediglich das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass die Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums eine Straftat nach §§ 89 a, 89 b, 129 a oder 129 b StGB begehen wird“, § 201 Abs. 4 Nr. 2 LVwGPORÄndG-E.

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

1) Bestimmtheitsgebot

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

2) Unverhältnismäßige Herabsenkung der Eingriffsschwelle

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

3) Keine Beschränkung auf Überwachungsmaßnahmen zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter

Darüber hinaus lässt der Entwurf eine Beschränkung auf Überwachungsmaßnahmen vermissen. Zwar wird der durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geforderte Terrorismusbezug dadurch hergestellt, dass die *drohende Gefahr* an Straftaten im Sinne von § 129a StGB anknüpft. Die Einführung dieser Gefahrenkategorie entspricht aber dennoch nicht den vom Bundesverfassungsgericht zum BKAG⁹ entwickelten Grundsätzen, wonach in Konstellationen der *drohenden Gefahr* lediglich Überwachungsmaßnahmen als Gefahrerforschungsmaßnahmen zulässig sind. Hierüber geht der Entwurf

⁹ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 111 f. = BVerfGE 141, 220.

deutlich hinaus, da unter den Voraussetzungen der neuen Gefahrenbegriffe Aufenthaltsvorgaben sowie letztlich Präventivhaft verhängt werden können. In dem frühen und damit zwangsläufig ungewissen Stadium, ob überhaupt eine Gefahr gegeben ist bzw. ob eine solche (auch nur) droht, muss sich die Gefahrenabwehr auf die Erforschung des Sachverhalts beschränken. Erst wenn sich die Gefahr weiter konkretisiert, können weitere Maßnahmen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Anwendung kommen. Mit der Einführung der *drohenden (terroristischen) Gefahr* überschreitet der Landesgesetzgeber die verfassungsrechtlichen Grenzen. Der Entwurf lässt offen, inwiefern die bestehenden Gefahrenkategorien nicht mehr ausreichen sollen.¹⁰

Darüber hinaus verweisen wir nochmals ausdrücklich auf die in unserer Stellungnahme¹¹ vom Januar 2020 aufgeführten Punkte, an denen wir in vollem Umfang festhalten.

¹⁰ Es wird i. Ü. auf die ausführliche Stellungnahme des [DAV 25/18](#) zur drohenden Gefahr verwiesen.

¹¹ Vgl. Stellungnahme des [DAV 1/20](#).