DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht

zum Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundespolizeigesetzes (BT-Drs. 20/10406)

Stellungnahme Nr.: 23/2024 Berlin, im April 2024

Mitglieder des Ausschusses Gefahrenabwehrrecht

- Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen (Vorsitzende, Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. David Albrecht, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Eren Basar, Düsseldorf
- Prof. Dr. Annika Dießner, Berlin (ständiges Gastmitglied im Ausschuss)
- Rechtsanwalt Dr. Nikolas Gazeas, LL.M., Köln
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Grözinger, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hieramente, Hamburg
- Rechtsanwalt Dr. Saleh Ihwas, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Vivien Veit, Mönchengladbach
- Prof. Dr. Mark A. Zöller, München (ständiges Gastmitglied im Ausschuss, Berichterstatter)
-

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning, Geschäftsführer
- Rechtsanwältin Uta Katharina Schmidt-Matthäus, Referentin

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

www.anwaltverein.de

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Kurzzusammenfassung

Der vorliegende Entwurf zur Neufassung des Bundespolizeigesetzes trägt dem verfassungsrechtlichen Gebot eines effektiven Schutzes von Berufsgeheimnisträgern wie etwa Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten Rechnung, indem in § 69 BPolG-E eine dem BKAG entsprechende Regelung vorgesehen wird. Dies begrüßt der Deutsche Anwaltverein. Auch bei den geplanten Regelungen zum Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen werden verfassungsrechtliche Anforderungen zum Teil angemessen umgesetzt. An einigen Stellen besteht aber Nachbesserungsbedarf, der in der folgenden Stellungnahme im Einzelnen dargelegt wird. Ebenso verhält es sich bei der vorgesehenen Telekommunikationsüberwachung, deren Anordnungsvoraussetzungen zum Teil zu weit sind und die prozessual (Ausgestaltung des Richtervorbehalts) besser abgesichert werden sollte. Schließlich empfiehlt der Deutsche Anwaltverein, bei der Anordnung von Aufenthaltsverboten die Wohnung des Betroffenen auszunehmen und die richterliche Anordnung von Freiheitsentziehungen unter den Vorbehalt der Beiordnung eines Rechtsbeistandes zu stellen.

A. Zur geplanten Neuregelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen (§ 36 BPolG-E)

I. Ausgangssituation

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 spezifische Maßstäbe für die mit dem Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen einhergehenden Grundrechtseingriffe aufgestellt (weitere

grundlegende Anforderungen wie hinreichende Eingriffsschwellen, Regelungen zum Adressatenkreis und Kontrollmöglichkeiten betonend auch BVerfG, Urt. v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, NJW 2022, 1583). Insbesondere hat es darauf hingewiesen, dass bereits der bloße Einsatz von Vertrauenspersonen oder verdeckt Ermittelnden den Kernbereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen kann, ohne dass es dafür auf den Inhalt der erlangten Informationen ankomme (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 103, 106 ff., ZD 2023, 346, 347; ebenso *Roggan* GSZ 2019, 111 ff.). Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sei strikt zu wahren und dürfe nicht durch Abwägung mit Sicherheitsinteressen relativiert werden (BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 108, ZD 2023, 346, 347).

II. Grundlegende Voraussetzungen und Berücksichtigung in § 36 BPolG-E

1. Rechtlicher Ausgangspunkt

Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen stellt einen heimlichen und damit schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar, welcher bis tief in die Privatsphäre der Betroffenen reicht (BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 160, BVerfGE 141, 220; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 85, ZD 2023, 346). Insbesondere da im Rahmen des Einsatzes das Vertrauen des arglosen Betroffenen gezielt aufgebaut wird, um Wissen abzuschöpfen, das ohne dieses Vertrauen nicht preisgegeben würde, handelt es sich um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff (BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 149 ff., BVerfGE 141, 220, 286 f.; BVerfG, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 338, NJW 2022, 1583, 1610; BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 88, BeckRS 2022, 41609; *Bergemann,* NVwZ 2015, 1705, 1707; *Roggan,* RÖV 2019, 425, 426). Somit haben einschlägige gesetzliche Eingriffsbefugnisse in ihrer Ausgestaltung und Anwendung den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht zu werden, wobei das hohe Gewicht des Eingriffs mit dem Gewicht der abzuwendenden Gefahr in Einklang zu bringen ist. Dabei stellt die aus Warte des Betroffenen gegebene Heimlichkeit der auf Vertrauensmissbrauch abzielenden Maßnahmen besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung (BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 85 f.,

ZD 2023, 346), welche auch einen hohen anzulegenden Maßstab an die Normenklarheit und Bestimmtheit bedingen (BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 94, BVerfGE 141, 220; BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 85, ZD 2023, 346).

2. Normenklarheit

Bereits vor diesem Hintergrund und den gesteigerten Anforderungen an die Normenklarheit erscheint es nicht überzeugend, dass zwar mit § 36 BPolG-E formal eine Rechtsgrundlage für den Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen geschaffen werden soll, diese sich aber inhaltlich und bezüglich der eigentlichen Voraussetzungen an § 35 Abs. 1 BPolG-E orientiert und die dortigen Voraussetzungen schlicht übernimmt.

Im Übrigen ist zu beachten, dass das Eingriffsgewicht einer solchen Maßnahme im Einzelfall durchaus variieren kann, was insbesondere von der Dauer des Einsatzes abhängt (BVerfG, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17 Rn. 341, NJW 2022, 1583, 1610 f.). In die Abwägung der Eingriffstiefe einzustellen sind dabei sowohl die quantitative als auch die qualitative Intensität der Kommunikation, also etwa die konkrete Ausgestaltung der Bestrebungen und die anvisierte Regelmäßigkeit des Austauschs (ebenda). Ferner zeigt das Bundesverfassungsgericht eine qualitative Unterscheidung dahingehend auf, ob der Einsatz selbst organisations- oder personenbezogen erfolgt, wobei personenbezogene Einsätze eine intensivere vermeintliche Vertrauensbeziehung erwarten lassen (BVerfG, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17 Rn. 341, NJW 2022, 1583, 1611).

Sofern sich § 36 BPOlG-E inhaltlich an § 35 BPolG-E orientiert und anlehnt, können diese Elemente aber zwangsläufig nicht abgebildet werden. Zwar sind die Dauer und Intensität einer Maßnahme ohnehin in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen und sieht § 36 Abs. 6 Var. 1 BPolG-E die richterliche Anordnung des *gegen eine bestimmte Person gerichteten* Einsatzes vor. Weil die konkret durch das Bundesverfassungsgericht benannten, bereits in der Verhältnismäßigkeitsprüfung

abzubildenden Parameter aber ohne gesetzliche Normierung in den Hintergrund zu rücken drohen, sollten sie unmittelbar im Rahmen des § 36 BPolG-E verankert werden.

III. Kernbereichsschutz und Berücksichtigung in § 36 BPolG-E

1. Rechtlicher Ausgangspunkt

Anders als bei anderen heimlichen Maßnahmen wird im Rahmen des Einsatzes verdeckter Ermittler oder von Vertrauenspersonen nicht lediglich passiv überwacht, sondern gezielt eine vermeintliche Vertrauensbeziehung hergestellt, die sich auf die gesamte Lebensgestaltung der Betroffenen richten oder auf diese sogar aktiv Einfluss nehmen kann. Je intensiver jedoch verdeckte Ermittler und Vertrauenspersonen in das Leben der überwachten Person einbezogen würden, desto wahrscheinlicher ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zum einen der Kernbereichsbezug erlangter Informationen (BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 106, ZD 2023, 346). Zum anderen aber kann eine Interaktion der Ermittelnden mit der Zielperson auch ungeachtet der konkret erlangten Informationen den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren, weil staatlich veranlasst private Beziehungen auf täuschungsbedingter Grundlage entstünden. Zwar lässt sich die Zielperson hierauf freiwillig ein; weil jedoch ihre allerengsten, persönlichen Beziehungen täuschungsbedingt eingegangen oder aufrechterhalten würden, berühren bereits derart begründete, engste persönliche Bindungen, die ansonsten nur zu Familienangehörigen, Partnern oder engen Freunden bestehen, den Kernbereich privater Lebensgestaltung (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 107, ZD 2023, 346; vgl. Lisken/Denninger/*Graulich,* Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, E Rn. 748; *Hohnerlein* NVwZ 2016, 511, 514; *Roggan* GSZ 2019, 111, 113).

2. Kernbereichsschutz bei der Datenerhebung

Daraus ergibt sich als Anforderung an den Gesetzgeber, den Kernbereichsschutz normenklar zu regeln und bereits auf Ebene der Datenerhebung Vorkehrungen zu treffen, die die Möglichkeit der Miterfassung kernbereichsrelevanter Informationen nach Möglichkeit verhindern (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 85, 108,

ZD 2023, 346, 347; dazu generell auch BVerfG, Urt. v. 03.03.2004, 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279, 318 ff.; Urt. v. 27.02.2008, 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE 120, 274, 338). Dabei ist absolut auszuschließen, dass Vertrauenspersonen und verdeckt Ermittelnde gezielt Informationen aus dem Kernbereich abschöpfen (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 109, ZD 2023, 346, 347; vgl. BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220, 278). Demnach ist etwa der Aufbau einer für die Zielperson kernbereichsrelevanten Beziehung unzulässig. Dem trägt § 36 Abs. 8 S. 1 BPolG-E dahingehend Rechnung, dass die in § 36 Abs. 1 BPolG-E geregelten Maßnahmen so zu planen und auszuführen sind, dass ein Eindringen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung der Zielpersonen oder Dritter insoweit ausgeschlossen wird, als dass sich dieses mit praktisch zu bewältigendem Aufwand im Vorfeld vermeiden lässt. Damit erstreckt § 36 Abs. 8 S. 1 BPolG-E die Verpflichtung zum Kernbereichsschutz – wie von Seiten des Bundesverfassungsgerichts angemahnt – in das Vorfeld der Maßnahme und erhält die Verpflichtung fortwährend aufrecht. Zudem hält § 36 Abs. 8 S. 3 BPolG-E explizit fest, dass die gezielte Abschöpfung von Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unzulässig ist und greift in § 36 Abs. 8 S. 4 BPolG-E auch das angeführte Beispiel der Begründung oder Fortführung einer intimen Beziehung oder vergleichbaren engsten persönlichen Bindung auf, welche explizit, aber nicht abschließend, untersagt werden. Den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts wird auf diese Weise ausreichend Rechnung getragen.

Zudem ist auf der Erhebungsebene ein Eindringen in den Kernbereich auch im Übrigen zu vermeiden, sofern dies mit praktischem Aufwand zu bewältigen ist (BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 128, BVerfGE 141, 220, 278; Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 110, ZD 2023, 346, 347). Sofern sich kernbereichsrelevante Situationen oder Gespräche im Laufe des Einsatzes der Vertrauenspersonen oder einer verdeckt ermittelnden Person vermeiden lassen, ist es demnach geboten, so zu agieren, dass es nicht zu solchen Situationen kommt und keine kernbereichsrelevanten Informationen erfasst werden, wozu bereits die Planung der Einsatzgestaltung entsprechend anzupassen ist, Kontakte zur Zielperson etwa nicht in einem kernbereichsrelevanten Umfeld erfolgen sollen (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 111, ZD 2023, 346, 348).

Auch insofern ist § 36 Abs. 8 S. 1 BPolG-E zu beachten, da hier angeordnet wird, dass die Erlangung kernbereichsrelevanter Informationen idealerweise schon im Vorfeld des Einsatzes auszuschließen ist. Die Bindung dieser Prämisse an den *praktisch zu bewältigende[n] Aufwand* folgt der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und trägt der Erwägung Rechnung, den jeweils zumutbaren Aufwand nicht pauschal festlegen zu können, sondern, wie auch § 36 Abs. 8 S. 2 BPolG-E zum Ausdruck bringt, an die jeweils drohende Nähe zum Kernbereich des Betroffenen sowie die konkrete Maßnahme zu binden. Es droht jedoch angesichts allgegenwärtiger Ressourcenknappheit auch auf Seiten der Bundespolizei die Gefahr, den Aufwand dauerhaft als unpraktikabel einzustufen und damit die Ausnahme zur Regel zu machen. Dass der Kernbereichsschutz derartigen Tendenzen nicht zugänglich sein kann, hält aber auch § 36 Abs. 8 S. 2 BPolG-E fest, wonach der Einsatz umso eher zu unterbleiben hat, je mehr er von einer Nähe zum Kernbereich privater Lebensgestaltung geprägt ist. Sofern also der *praktisch zu bewältigende Aufwand* in der Praxis realistisch gehandhabt, nicht lediglich abstrakt und einseitig verknappend vorgegeben wird, dürfte die Regelung der Intention des Bundesverfassungsgerichts gerecht werden. Allerdings ist zu erwarten, dass sich die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes in Zukunft auf die Beurteilung des praktisch zu bewältigenden Aufwandes verschieben wird. Dass die Entwurfsverfasser hier keinerlei Kriterien im Gesetz verankern wollen, erscheint somit nicht als ausreichend.

Im Übrigen ist auch dem Bundesverfassungsgericht bewusst, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Informationen ex ante kaum vollständig zu vermeiden, die konkrete Beurteilung der Kernbereichsrelevanz mit Schwierigkeiten behaftet ist und auch der Abbruch des Einsatzes im Einzelfall mitunter schwer möglich sein kann (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 111, ZD 2023, 346, 348; vgl. zur Auswirkung der Handlungs- und Prognoseunsicherheiten ferner BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 128, BVerfGE 141, 220, 279). Gleichwohl hält es an dem etablierten Abbruchgebot der Maßnahme für den Fall fest, dass erkennbar wird, dass eine Überwachung in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eindringt (Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 110, ZD 2023, 346, 348). Aufgrund der Besonderheiten des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen beanspruche das Abbruchgebot zwar grundsätzliche Geltung; im Einzelfall könne es jedoch zur Vermeidung des Eindringens in den Kernbereich

genügen, dass unter Fortsetzung des Gesamteinsatzes lediglich die kernbereichsrelevante Kommunikation oder Interaktion abgebrochen wird (Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 114, ZD 2023, 346, 348). Gleichwohl seien Konstellationen vorstellbar, in denen der Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckt Ermittelnden nicht ohne Inkaufnahme erheblicher Nachteile (wie die Gefährdung der ermittelnden Person oder Vertrauensperson, die Gefährdung des weiteren Einsatzes oder ihrer künftigen Verwendung) sofort beendet werden könnten. Ein umgehender Abbruch der Maßnahme könnte zur Enttarnung der Person und damit einer erheblichen Gefahr für ihr Leib oder Leben führen (Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 114, ZD 2023, 346, 348; vgl. Dietrich/Eiffler/*Dietrich,* Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 2 Rn. 124). Daher müssten die handelnden Personen jede sich bietende Möglichkeit nutzen, um den konkreten Einsatz vor Ort ohne Enttarnung abzubrechen. Die lediglich bloß abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung der weiteren Verwendung der Vertrauens- oder Ermittlungsperson genüge nicht, um von einem Abbruch abzusehen. Sofern die Situation daher kernbereichsrelevant bleibe, müsse der Abbruch jedenfalls unverzüglich erfolgen, sobald dies ohne Gefährdung des Einsatzes oder der Person möglich ist (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 116, ZD 2023, 346, 348). Insbesondere die Aussicht auf die Gewinnung ermittlungsrelevanter Informationen könne die zu treffende Entscheidung nicht überlagern (ebenda).

Diese Vorgaben werden in § 36 Abs. 8 S. 5 BPolG-E umgesetzt, wonach bei tatsächlichen Anhaltspunkten für das Eindringen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung des Betroffenen die konkrete Maßnahme zu unterbrechen ist. Nach § 36 Abs. 8 S. 6 BPolG-E ist die Fortführung der Maßnahme nur zulässig, wenn und solange dies zum Schutz von Leben und Leib der Vertrauensperson oder des Verdeckten Ermittlers oder zur Sicherung des weiteren Einsatzes der Vertrauensperson oder des Verdeckten Ermittlers erforderlich ist. Durch das gewählte Regel-Ausnahme-Verhältnis wird klargestellt, dass die Unterbrechung bzw. der Abbruch der Maßnahme die Regel ist und Ausnahmen davon begründungsbedürftig sind. Die Beschränkung der Fortführungsmöglichkeit der Maßnahme für den Fall ihrer objektiv zu bemessenden Erforderlichkeit für den Schutz von Leib und Leben der Vertrauens- oder Ermittlungsperson sowie zur Sicherung ihres weiteren Einsatzes setzt die durch das Bundesverfassungsgericht festgestellten Besonderheiten für den Einsatz verdeckter

Ermittler und Vertrauenspersonen um und begrenzt die Fortführungsmöglichkeiten ausreichend strikt. So wird auch sichergestellt, dass abstrakte Erwägungen eine Fortführung der Maßnahme ebenso wenig begründen können wie bloße Mutmaßungen oder die (nach dem Bundesverfassungsgericht ebenfalls mögliche) Gefährdung der künftigen Verwendung einer Vertrauens- oder Ermittlungsperson. Die flankierende Regelung in § 36 Abs. 9 S. 5 BPolG-E, wonach die Gründe für eine Fortführung der Maßnahme zu dokumentieren sind, sichert das Erfordernis objektiv vorliegender Gründe auch in puncto Nachprüfbarkeit ab. Durch die Verwendung der Formulierung *wenn und solange* wird zudem klargestellt, dass im Falle des Wegfalls des besonderen Schutzerfordernisses die Maßnahme weiterhin umgehend zu beenden bleibt.

3. Datenauswertung und Datenverwertung

Ferner ist auf der Ebene der nachgelagerten Auswertung und Verwertung die Folge eines möglichen Eindringens in den Kernbereich zu minimieren (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 113, ZD 2023, 346, 348; dazu bereits BVerfG, Urt. v. 03.03.2004, 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279, 313 f.; Urt. v. 27.02.2008, 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE 120, 274, 345; Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 128, BVerfGE 141, 220, 279). Daher sind Vorkehrungen zu treffen, damit die kernbereichsrelevanten Informationen vor ihrer Verwendung durch die Polizei herausgefiltert werden, wobei die Einrichtung staatlicher, unabhängiger Prüfstellen zur Sichtung der Daten nicht zwingend nötig ist, jedenfalls umso weniger geboten ist, desto verlässlicher auf der Stufe der Datenerhebung die Erfassung kernbereichsrelevanter Sachverhalte vermieden wird (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 117, ZD 2023, 346, 348; Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 129, BVerfGE 141, 220, 279 f.). Jedenfalls müsse aber bereits die Vertrauensperson vor der Weitergabe der Informationen an den V-Person-Führer selbst prüfen, ob der Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist, bevor auch der V-Person-Führer die Kernbereichsrelevanz der Informationen zu überprüfen hat, bevor sie zur Verwertung weitergegeben werden, was entsprechend für verdeckte Ermittler gelte (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 118 f., ZD 2023, 346, 348 f.).

Dem wird § 36 Abs. 9 S. 1 BPolG-E gerecht, indem angeordnet wird, dass die Vertrauensperson oder der Verdeckte Ermittler selbst keine kernbereichsrelevanten Informationen weitergeben darf. Damit wird der erhebenden Person selbst die Überprüfung überantwortet, *bevor* sie Informationen weitergibt. Ferner muss die Bundespolizei ausweislich § 36 Abs. 9 S. 2 BPolG-E vor der Verwertung die Kernbereichsrelevanz der Daten überprüfen. Angesichts der bereits in § 36 Abs. 9 S. 1 BPolG-E beinhalteten Überprüfung durch die Person selbst formuliert die Norm damit eine weitere Prüfinstanz im Falle der Weitergabe durch die Vertrauensperson oder den Verdeckten Ermittler und schafft so eine zweistufige Prüfung. So wird zwar auf die Prüfung durch eine unabhängige Stelle verzichtet; dies steht jedoch im Einklang mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und ermöglicht eine zeitnahe Löschung der Informationen durch die erhebende Stelle selbst.

In Zweifelsfällen habe aber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zumindest der behördliche Datenschutzbeauftragte die Kernbereichsrelevanz zu klären (BVerfG, Beschl. v. 9.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 119, ZD 2023, 346, 349). Kernbereichsrelevante Informationen seien unverzüglich zu löschen oder zu vernichten, wobei dies nachvollziehbar zu dokumentieren und jedwede Verwendung der Informationen auszuschließen sei (BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21 Rn. 119, ZD 2023, 346, 349; vgl. BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 129, BVerfGE 141, 220, 279 f.). Eine solche Befassung des Datenschutzbeauftragten mit Zweifelsfällen ordnet § 36 Abs. 9 S. 8 BPolG-E an, wobei die Norm dem Datenschutzbeauftragten auch die Entscheidung über die Verwertung der Daten überträgt. Eine Verwertung entgegen der Einschätzung des Datenschutzbeauftragten ist danach jedenfalls rechtswidrig. Die Lösch- und Dokumentationspflichten in § 36 Abs. 9 S. 3, 4 BPolG-E setzen die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ausreichend um, wobei § 36 Abs. 9 S. 5 BPolG-E auch die Dokumentation der Gründe für eine Fortführung der Maßnahme nach § 36 Abs. 8 S. 5 BPolG-E anordnet, was im Sinne der Nachprüfbarkeit zu begrüßen ist.

B. Geplante Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung durch die Bundespolizei

„Um eine effektive Kriminalitätsbekämpfung auch in Zukunft gewährleisten zu können“ (S. 80), sieht der Entwurf u. a. vor, die Bundespolizei in § 40 mit der Befugnis auszustatten, Telekommunikation zu überwachen.

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt, dass der Entwurf sich auf die herkömmliche Telekommunikationsüberwachung beschränkt und die noch wesentlich eingriffsintensivere sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung außen vor lässt. Der Entwurf des § 40 weist aber gleichwohl erheblichen Nachbesserungsbedarf auf.

I. Eingriffsschwelle

Abs. 1 Nr. 1 lässt u. a. die dringende Gefahr für *Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist*, für die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung ausreichen. Ausweislich der Begründung des Entwurfs (S. 112) sollen darunter primär Infrastrukturen im Bahn- und Flugbereich fallen. Hier sind jedoch eine Vielzahl von Gefahren denkbar, sie sich zwar gegen Bahn- und Fluganlagen richten, deren Bestand aber nicht grundlegend gefährden, sondern lediglich den Betriebsablauf stören. Dies gilt namentlich für gewaltfreie Protestaktionen. In solchen Fällen wäre eine präventive Telekommunikationsüberwachung unverhältnismäßig. Die aktuelle Entwurfsfassung schließt sie aber sprachlich aus dem Anwendungsbereich der Norm nicht zuverlässig aus, weil der Begriff der „dringenden Gefahr“ insoweit keine begrenzende Wirkung hat. Es müsste daher dringend ein Merkmal aufgenommen werden, das die Schwere des drohenden Schadens spezifiziert. Eine Telekommunikationsüberwachung kommt nur in Betracht, wenn ein *schwerer Schaden* für die entsprechenden Rechtsgüter droht.

Unzureichende Eingriffsschwellen zeigen sich auch in den Nr. 2 und 3 des Abs. 1. Hier entfällt das Kriterium der dringenden Gefahr, weil man auch Gefahrenlagen in deren Vorfeld erfassen will (S. 112 d. Entwurfs). So ist in Abs. 1 Nr. 2 die Überwachung der Telekommunikation vorgesehen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme

rechtfertigen, dass eine Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine *Straftat, die gegen die Sicherheit der Anlagen oder des Betriebes des Luft-, See- oder Bahnverkehrs, insbesondere Straftaten nach den §§ 315, 315b, 316b und 316c des Strafgesetzbuches gerichtet ist und eine nicht unerhebliche Gefährdung eines der in Nr. 1 genannten Rechtsgüter [Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist], erwarten lässt, begehen wird.* Es bleibt offen, was eine „nicht unerhebliche Gefährdung“ für Sachen von bedeutendem Wert sein soll, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist. Dem Wortlaut nach steht aber zu befürchten, dass mit dieser Formulierung nur absolute Bagatellfälle wirksam ausgeschieden werden können. Dies wird aber der Eingriffsqualität der Telekommunikationsüberwachung nicht gerecht und dürfte u. a. mit Verfassungsgrundsätzen unvereinbar sein. Es sollte daher auch hier dringend nachgebessert werden, damit nur schwere drohende Schäden Anlass für eine Überwachung der Telekommunikation sein können. Dies gilt gleichermaßen auch für Abs. 1 Nr. 3.

II. Nachrichtenmittler

In Abs. 1 Nr. 4 soll erlaubt werden, unter den Voraussetzungen der Nrn. 1 bis 3 auch die Telekommunikation sog. Nachrichtenmittler abzuhören. Hier droht eine weitreichende Überwachung aller potentiellen Kontaktpersonen eines Störers bzw. Gefährders, ohne dass diese mit der Gefahr bzw. Gefahrenlage in Verbindung stehen müssen. Es bedarf daher dringend einschränkender Regelungen, die klarstellen, dass nicht per se eine Überwachung des gesamten Umfelds gerechtfertigt werden kann.

III. Verfahrensregeln

Die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung steht unter Richtervorbehalt. Allerdings sieht der Entwurf in § 40 Abs. 3 nicht vor, dass dem zur Entscheidung berufenen Gericht nicht nur ein Antrag, sondern – zumindest auf Verlangen – auch der gesamte Verwaltungsvorgang vorgelegt werden muss. Damit bleibt der Entwurf erheblich hinter den strafprozessualen Parallelvorschriften zurück. Ein Gericht, das die Grundlagen des Antrags nicht überprüfen kann bzw. darf, kann allenfalls eine Plausibilitätskontrolle vornehmen. Der Schutzmechanismus des Richtervorbehalts würde so nicht greifen.

Dass die Entwurfsverfasser dem Richtervorbehalt nicht ausreichend Bedeutung zumessen, zeigt sich auch in der Kalkulation des erwarteten Aufwands. Hier wird für die „Umsetzung des Gerichtsbeschlusses und Zustellung an die Telekommunikationsunternehmen“ mit nur 30 Minuten kalkuliert (S. 87 des Entwurfs). Eine tatsächliche Prüfung des für das Gericht bislang unbekannten Sachverhalts in diesem Zeitfenster ist kaum vorstellbar.

C. Regelungen zu Aufenthaltsverboten

Nach § 59 BPolG-E soll die Bundespolizei die Befugnis erhalten Aufenthaltsverbote auszusprechen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person an einem Ort innerhalb eines übersehbaren Zeitraums eine Straftat im Sinne des § 13 Abs. 1 BPolG-E von erheblicher Bedeutung oder eine Straftat, die die Sicherheit des Luftverkehrs in erheblichem Maße beeinträchtigt, begehen wird. Mit der Bezugnahme auf „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen“ wird ein im Verhältnis zur konkreten Gefahr herabgesetzter Wahrscheinlichkeitsmaßstab zugrunde gelegt, ohne dass begründet würde, weshalb insoweit nicht eine konkrete Gefahr zur Voraussetzung polizeilichen Eingreifens gemacht wird.

Gleichzeitig ist das Aufenthaltsverbot nicht dann ausgeschlossen, wenn der Betreffende an dem Ort seine Wohnung hat, Landesgesetze sehen in einem solchen Fall die

Anordnung eines Aufenthaltsverbots nicht vor, vgl. etwa § 34 Abs. 2 Satz 1 PolG NRW. Damit soll nach § 59 BPolG-E ein Aufenthaltsverbot auch in Fällen ausgesprochen werden können, in denen es auf der Grundlage des Landesrechts aus guten Gründen nicht zulässig wäre. Hier besteht dringender Nachbesserungsbedarf.

D. Regelungen zum Gewahrsam

Die Regelungen zur Gewahrsamnahme in § 60 BPolG-E werden im vorliegenden Entwurf erweitert. Die Bundespolizei soll demnach auch dann eine Person in Gewahrsam nehmen dürfen, wenn dies unerlässlich ist, um ein Aufenthaltsverbot nach § 59 oder eine Ausreiseuntersagung durchzusetzen. Obschon das Aufenthaltsverbot keine konkrete Gefahr voraussetzt, kann es nunmehr mit der Freiheitsentziehung ganz erhebliche Grundrechtsbeschränkungen nach sich ziehen.

Die beabsichtigte Novelle sollte daher zum Anlass genommen werden, verpflichtend einen anwaltlichen Beistand bei der Ingewahrsamnahme vorzusehen. Nach Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG ist bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Die Polizei darf „aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten," Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG.

Allein in Bayern, Brandenburg und Nordrhein-Westfalen ist bestimmt, dass dem Betroffenen nach der richterlichen Anordnung über die Fortdauer der Freiheitsentziehung ein anwaltlicher Beistand zu gewähren ist, in Bremen soll im Falle einer Vorführung ein Rechtsbeistand beigeordnet werden. Das BPolG sieht bislang keine Regelung zur Notwendigkeit eines anwaltlichen Beistands bei Freiheitsentziehungen vor.

Damit unterscheidet sich die Rechtsstellung eines Betroffenen im polizeilichen Freiheitsentziehungsverfahren grundsätzlich von der Rechtstellung eines Betroffenen im Strafverfahren. Im Strafverfahren ist ein anwaltlicher Beistand bei jeder Entscheidung über eine Freiheitsentziehung zwingend. Unabhängig von der Dauer

einer Haft liegt nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO stets ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn der Beschuldigte nach den §§ 115, 115a, 128 Absatz 1 oder § 129 einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung vorzuführen ist.

Im Strafverfahren ist damit anwaltlicher Beistand gewährleistet, wenn über die Anordnung einer Freiheitsentziehung entschieden wird. Die Regelung geht zurück auf die Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

Da Freiheitsentziehungen auf der Grundlage des Polizeirechts mindestens ebenso schwerwiegende Grundrechtseingriffe darstellen, ist zur Wahrung der Rechte des Betroffenen auch im Polizeigesetz des Bundes eine Regelung aufzunehmen, wonach bei einer richterlichen Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung auf der Grundlage des Polizeirechts anwaltlicher Beistand zu gewährleisten ist.

Ebenso wie im Strafverfahren kommt im Polizeirecht dem ungehinderten und vertrauensvollen Umgang mit einem Anwalt die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Betroffene nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens wird, vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.10.2006 – 2 BvR 426/06, BVerfGE 109, 279, 322. Wer von einer polizeilichen Freiheitsentziehung betroffen ist, ist nicht anders als ein auf der Grundlage der Strafprozessordnung in Haft genommener Verdächtiger erheblich in seinen Möglichkeiten beschränkt, die eigenen Rechte wahrzunehmen, BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvR 300/75 –, BVerfGE 40, 1, Rn. 12. Dem Betroffenen in einem polizeirechtlichen Freiheitsentziehungsverfahren wird, anders als dem Verdächtigen in einem Strafverfahren, nicht zur Last gelegt, eine konkrete Straftat begangen zu haben. Grundlage der Freiheitsentziehung ist vielfach allein die Vermutung, er werde künftig Straftaten begehen. Gleichwohl ist seine Rechtsstellung im Freiheitsentziehungsverfahren derzeit deutlich schlechter, als wenn er verdächtigt würde, eine Straftat begangen zu haben. Für diese Diskrepanz gibt es keine sachliche Rechtfertigung.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Beistands trägt zudem dazu bei, dass der der richterlichen Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt besser aufgeklärt werden kann. Damit trägt ein anwaltlicher Beistand im Freiheitsentziehungsverfahren auch zur Richtigkeit der richterlichen Entscheidung und damit zu ihrer Akzeptanz bei.

Deshalb ist in das Polizeigesetz des Bundes eine Regelung aufzunehmen, wonach bei einer richterlichen Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung dem Betroffenen zwingend ein anwaltlicher Beistand beizuordnen ist.

Verteiler

- Bundesverfassungsgericht
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium des Innern und für Heimat
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppe Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppe Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium des Innern und für Heimat
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
- Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
- Landesdatenschutzbeauftragte
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Freien Berufe
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Gesellschaft für Freiheitsrechte
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Forum Junge Anwaltschaft

Presse

- NJW
- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Süddeutsche Zeitung
- Berliner Verlag GmbH
- Hamburger Abendblatt
- Der Tagesspiegel
- Der Spiegel
- Juris Newsletter
- JurPC
- Netzpolitik.org
- Heise
- LTO
- Neue Zürcher Zeitung
- Frankfurter Rundschau
- Zeit
- beck-online
- Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
- Die Öffentliche Verwaltung