



Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins und des
Landesverbandes Nordrhein-Westfalen durch
den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht**

**zum Gesetzentwurf der Landesregierung
Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-
Westfalen - Sechstes Gesetz zur Änderung des
Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen**

Stellungnahme Nr.: 25/2018

Berlin, im Juni 2018

Mitglieder des Ausschusses Gefahrenabwehrrecht

- Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam (Vorsitzende und Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Nikolas Gazeas, LL.M., Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt / Main
- Rechtsanwältin Kerstin Oetjen, Freiburg
- Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen (Berichterstatterin)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Max Gröning

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

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

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

Arbeitsgruppen Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

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

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland
Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwaltskammer Hamm
Rechtsanwaltskammer Köln
Rechtsanwaltskammer Düsseldorf
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
Deutscher Richterbund NRW
Verband der freien Berufe NRW
Gewerkschaft der Polizei NRW

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
Berliner Zeitung
Juris Newsletter
JurPC

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 64.500 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Einleitung / Kurzzusammenfassung

Die Landesregierung Nordrhein-Westfalen hat zwei Gesetzesentwürfe zur Änderung des Polizeigesetzes in den Landtag eingebracht. Der Entwurf für ein „Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen - Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen“ vom 11. April 2018¹ erweitert die polizeilichen Befugnisse um die sogenannte „strategische Fahndung“, die Überwachung der Telekommunikation, strafbewährte Aufenthalts- und Kontaktverbote sowie die elektronische Aufenthaltsüberwachung. Des Weiteren wird die Höchstdauer für den polizeilichen Gewahrsam verlängert und zudem werden die Begriffe der sogenannten "drohenden Gefahr" und "drohenden terroristischen Gefahr" eingeführt. Der Entwurf für ein „Gesetz zur Anpassung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen und des Gesetzes über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden“ vom 9. Mai 2018 soll datenschutzrechtlichen Anpassungsbedarf aufgrund der EU-Datenschutzreform und der Datenschutz-Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts umsetzen.

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf Ausführungen zum Berufsgeheimnisträgerschutz sowie zu den Begriffen der drohenden Gefahr und der drohenden terroristischen Gefahr².

Der DAV fordert eine Verankerung des anwaltlichen Berufsgeheimnisträgerschutzes im Polizeigesetz nach dem Vorbild von § 62 BKAG. Auch auf Landesebene sind Anwälte, Strafverteidiger und Kammerrechtsbeistände vor sämtlichen polizeilichen Maßnahmen bereits auf Erhebungsebene absolut zu schützen. Die umfangreichen Änderungen am Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen sollten zum Anlass genommen werden, um bestehende Lücken beim Schutz des Berufsgeheimnisses zu schließen. Während

¹ Nachfolgend „Gesetzesentwurf“.

² Zu Aufenthalts- und Kontaktverboten hat der DAV bereits in seiner SN 33/17 zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes Stellung genommen. Auf diese Ausführungen wird vollumfänglich verwiesen.

etwa Aufenthalts- und Kontaktverbote oder die elektronische Aufenthaltsüberwachung nach dem Vorbild des Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes in das Landespolizeirecht übernommen werden sollen, wird eine Anpassung des Berufsgeheimnisträgerschutzes übergangen. Es bleibt somit bei einem unzureichenden partiellen Schutz des Berufsgeheimnisses durch entsprechende Hinweise in einzelnen Befugnisnormen, wodurch jedoch nicht alle relevanten Maßnahmen abgedeckt werden. Der Schutz des Berufsgeheimnisses im Gefahrenabwehrrecht darf aber nicht hinter dem strafprozessualen Schutzniveau zurückbleiben, ansonsten droht er ausgehöhlt zu werden.

Mit Sorge sieht der DAV insgesamt die fortschreitende Beschränkung von Bürger- und Freiheitsrechten durch neue Sicherheitsgesetze auf europäischer Ebene sowie auf Bundes- und Landesebene. Das gilt auch für die geplanten Änderungen des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (PolG NRW).

Die Einführung der „drohenden Gefahr“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“ in § 8 Abs. 4 und 5 PolG-E NRW führt zu einer unverhältnismäßigen Herabsenkung der polizeilichen Eingriffsschwelle.

Insbesondere schwerste Grundrechtseingriffe wie strafbewährte Aufenthalts- und Kontaktverbote, elektronische Aufenthaltsüberwachung oder gar Freiheitsentziehung sind unter den Voraussetzungen einer lediglich drohenden (terroristischen) Gefahr verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Kategorie der drohenden Gefahr³, die lediglich auf Überwachungsmaßnahmen zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter im Kontext terroristischer Straftaten abzielen. Zudem wäre die Schwelle des polizeilichen Einschreitens nach der wenig bestimmten Legaldefinition der drohenden (terroristischen) Gefahr schlicht nicht mehr vorhersehbar.

B. Schutz des Anwaltsgeheimnisses im PolG NRW

Auch auf Landesebene darf der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses nicht hinter § 62 BKAG zurückfallen. Das Vertrauensverhältnis zu Anwälten, Strafverteidigern

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

und Kammerrechtsbeiständen ist vor sämtlichen polizeilichen Maßnahmen bereits auf Erhebungsebene absolut zu schützen⁴. Der DAV fordert, die Änderungen des PolG NRW zum Anlass zu nehmen, um bestehende Lücken beim Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses zu schließen. Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses ist unvollständig, da er sich nicht auf sämtliche polizeiliche Maßnahmen bezieht.

I. Der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnis

Am 25. Mai 2018 trat § 62 BKAG in Kraft. Ähnlich § 160a StPO regelt die Vorschrift ein abgestuftes System von Beweiserhebungs- und -verwertungsverböten. Während Geistliche⁵, Verteidiger⁶, Rechtsanwälte und Kammerrechtsbeistände⁷ sowie Abgeordnete⁸ durch § 62 Abs. 1 BKAG (n. F.) vor (offenen und verdeckten) Maßnahmen nach §§ 38 ff. BKAG (n. F.) absolut geschützt sind, mithin ein absolutes Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot besteht, beschränkt § 62 Abs. 2 BKAG (n. F.) den Schutz der übrigen Berufsgeheimnisträger i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 3a, 3b, 5 StPO auf ein relatives Beweiserhebungsverbot. Ob die Maßnahme gegen diese Berufsgeheimnisträger zu unterlassen ist, hängt vom Ausgang der Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Würdigung des öffentlichen Interesses an den von den Berufsgeheimnisträgern wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung ab⁹. Dass – anders als noch in § 20u BKAG (a. F.) geregelt – nunmehr auch Rechtsanwälte und Kammerrechtsbeistände in den absoluten Schutz einbezogen werden, geht auf das (BKAG-)Urteil des BVerfG vom 20. April 2016¹⁰ zurück.

Bereits mit Entscheidung vom 12. Oktober 2011¹¹ hat der Zweite Senat des BVerfG klargestellt, dass die Begrenzung des absoluten Beweiserhebungs- und -verwertungsverbots auf wenige Ausnahmefälle, zu denen auch die Strafverteidiger, Rechtsanwältin und Kammerrechtsbeistände gehörten, der hohen Bedeutung der Strafverfolgung Rechnung trage und die Differenzierung zwischen den jeweils von

⁴ Die Stellungnahme fokussiert sich auf eine Bewertung des Schutzes für Rechtsanwälte, Strafverteidiger und Kammerrechtsbeistände.

⁵ § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO.

⁶ § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO.

⁷ § 62 Abs. 1 S. 7 BKAG (n. F.) i. V. m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO.

⁸ § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StPO.

⁹ Vgl. § 62 Abs. 2 S. 1 BKAG (n. F.).

¹⁰ BVerfG, Urt. V. 20. April 2016; Az: 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220.

¹¹ Az: 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08, juris.

§ 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO erfassten Personengruppen im Hinblick auf die Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt sei.

Die Richtlinie (EU) 2016 vom 27.04.2016 und das (BKAG-)Urteil des BVerfG vom 20. April 2016 haben diverse Bundesländer, so auch Nordrhein-Westfalen, zum Anlass genommen, noch vor Eintritt in die Diskussion um ein sog. Musterpolizeigesetz Gesetzesentwürfe zur Neuordnung respektive Änderung ihrer Polizeigesetze vorzulegen.

Vorauszuschicken ist: Es geht bei dem Schutz der Vertrauensverhältnisse von Berufsgeheimnisträgern zu denjenigen, die sich ratsuchend an sie wenden, nicht vornehmlich um die Berufsgeheimnisträger selbst, sondern vielmehr um den Schutz des Vertrauens, das Bürgerinnen und Bürger z.B. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten entgegenbringen, wenn sie ihnen gegenüber persönliche Informationen offenlegen, die sie dem Zugriff Dritter, auch und insbesondere staatlichen Stellen, nicht, jedenfalls nicht ohne weiteres, preisgeben wollen. Dieser geschützte Freiraum vertraulicher Kommunikation ist ein für das demokratische Gemeinwesen unverzichtbarer Bereich, weil er ermöglicht, dass Menschen sich in einer vertraulichen Gesprächsatmosphäre Rat dazu einholen können, wie sie sich in konfliktbelasteten Situationen richtig verhalten. Für die Abwehr von Gefahren, die solchen Konflikten innewohnen, ist das mindestens ebenso unverzichtbar wie eine rechtstaatskonform agierende Polizei.

1. Grenzen des Berufsgeheimnisträgerschutzes

Wir übersehen nicht, dass der Gesetzgeber nach dem (BKAG-)Urteil des BVerfG¹² in der Regel nicht verpflichtet ist, bestimmte Personengruppen von Überwachungsmaßnahmen von vornherein gänzlich auszunehmen und ihm bei der Abgrenzung und Ausgestaltung der zu schützenden Vertraulichkeitsbeziehungen ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Die vom BVerfG formulierten Grundsätze markieren allerdings nur die Grenzen dessen, was verfassungsrechtlich (noch) zulässig ist.

¹² BVerfG, Urt. V. 20. April 2016; Az: 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220.

Innerhalb dieser Grenzen sind indes politische Entscheidungen gefragt, die sich auch in den Fällen, in denen sie die Grenze zum Verfassungswidrigen nicht überschreiten, an freiheitlichen Positionen messen lassen müssen.

Wir verkennen auch nicht, dass Teile der Literatur ein eigenständiges ausgewogenes polizeirechtliches Schutzkonzept fordern und zur Begründung darauf abstellen, die §§ 53, 53a StPO, an denen der Schutz von Berufsheimnisträgern anknüpfe, seien auf den Bereich des Strafverfahrensrechts zugeschnitten und könnten nicht auf das Recht der Gefahrenabwehr übertragen werden, da es hierfür im Gefahrenabwehrrecht mangels Zeugnispflicht schon keinen Anwendungsbereich gebe und an die Stelle der im Strafverfahrensrecht für die Güterabwägung maßgeblichen, das Verfahren tragenden Prinzipien der umfassenden Erforschung der materiellen Wahrheit und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege im Polizeirecht das öffentliche Interesse an der Abwehr qualifizierter Gefahrenlagen treten müsse; so erscheine es unausgewogen und widersprüchlich, wenn zur Abwehr gegenwärtiger Gefahren für hochrangige Rechtsgüter von vornherein nicht in Vertrauensverhältnisse i. S. d. §§ 53, 53a StPO eingegriffen werden könne¹³. Diese Position übersieht aber, dass in einem vor staatlichen Einblicken abgeschirmten Bereich vertraulicher Kommunikation eine Gefahrenabwehr oftmals weitaus effektiver erfolgen kann als durch polizeiliche Zwangsmaßnahmen, insbesondere in den Fällen, in denen der oder die potentielle Störer/in oder Gefährder/in durch die Einflussnahme der Vertrauensperson von gefährlichem Tun abgehalten wird.

2. Absoluter Schutz des anwaltlichen Berufsheimnisses

Für die Konzeption eines neuen polizeirechtlichen Konzeptes für den Schutz von Berufsheimnisträgern könnte in der Tat einiges sprechen. Das ändert jedoch nichts daran, dass Strafverteidiger und Rechtsanwälte bereits auf Erhebungsebene vor sämtlichen polizeilichen Maßnahmen absolut zu schützen sind¹⁴. Gleiches gilt in Hinblick auf das (BKAG-)Urteil des BVerfG. Dies ergibt sich aus Folgendem:

¹³ *Löffelmann*, Stellungnahme vom 14. Februar 2018 zum Gesetzesentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechtes (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 30. Januar 2018, S. 42 f., 59 f. m. w. N.

¹⁴ Abzulehnen ist eine Unterscheidung zwischen polizeirechtlichen Erhebungs- und Weiterverarbeitungsverbot für das anwaltliche Berufsheimnis wie in Art. 49 des Bayerischen

Soweit das BVerfG mit dem (BKAG-)Urteil ausführt, der Gesetzgeber sei in der Regel nicht verpflichtet, bestimmte Personengruppen von Überwachungsmaßnahmen von vornherein gänzlich auszunehmen, verweist es auf die Entscheidung des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2011¹⁵. Mit diesem Judikat aber hat das BVerfG gerade darauf erkannt, dass bei den von § 160a Abs. 1 StPO erfassten Berufsgruppen ein absolutes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot jeweils durch besonders gewichtige Gründe gerechtfertigt und einem anwaltlichen Beratungsverhältnis bei generalisierender Betrachtung die Option der Strafverteidigung immanent und es daher mit Blick auf den „Menschenwürdebezug der Strafverteidigung“ vertretbar sei, Strafverteidiger und Rechtsanwälte sowie Kammerrechtsbeistände an dem in § 160a Abs. 1 StPO normierten absoluten Schutz teilhaben zu lassen¹⁶. Das BVerfG weist wiederholt darauf hin, dass die Strafverteidigung ihrem Zweck nach insgesamt „Kernbereichsbezug“ aufweise.

Auch wenn die Zielrichtung des Gefahrenabwehrrechts eine andere ist als die des Strafverfahrensrechts, besteht auch im Gefahrenabwehrrecht ein Menschenwürdebezug bei der Vertretung von Störern, Nichtstörern und Gefährdern, auch diese anwaltliche Vertretung weist ihrem Zweck nach insgesamt Kernbereichsbezug auf. Dies ergibt sich schon daraus, dass mit den polizeilichen Maßnahmen ein intensiver Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen verbunden ist und diesen auch im Polizeirecht rechtliches Gehör zusteht und der Rechtsweg eröffnet ist. Zudem geht auch das BVerfG in der Begründung des (BKAG-)Urteils davon aus, dass einzelne Berufsgruppen besonders zu schützen sind. Denn das BVerfG führt insoweit aus:

„Bei der Abgrenzung und Ausgestaltung der zu schützenden Vertraulichkeitsbeziehung verbleibt dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum. Er hat das öffentliche Interesse an einer effektiven Gefahrenabwehr in Ausgleich zu bringen mit dem Gewicht, das die Maßnahmen gegenüber auf besondere Vertraulichkeit verwiesene Berufsheimnisträger entfalten. Dabei hat er neben

Polizeiaufgabengesetzes Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018.

¹⁵ BVerfGE 129, 208 ff.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011, Az: 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08, juris Rn. 162 ff.

*dem spezifischen Eingriffsgewicht, das diese Maßnahmen gegenüber solchen Personen hinsichtlich der insoweit allgemein maßgeblichen Grundrechte entfalten, auch zu berücksichtigen, wie sie sich auf weitere Grundrechte, insbesondere auf Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG oder das freie Mandat nach Art. 38 Abs. 1 GG auswirken. **Sofern er hierbei einzelnen Berufsgruppen einen strikteren Schutz unterstellt, müssen diese in Bezug auf die Überwachungsziele geeignet abgegrenzt sein***¹⁷.

Hiermit korrespondiert, dass der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Unionsrecht den Rang eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes mit Grundrechtscharakter hat¹⁸. Überdies weist Art. 8 EMRK dem Austausch von Informationen zwischen Rechtsanwalt und Mandant einen erhöhten Schutz zu. Der EGMR hat dies mit der grundlegenden Rolle der Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant in einer demokratischen Gesellschaft, mithin mit der Verteidigung von der Gerichtsbarkeit unterworfenen Person, begründet¹⁹.

3. Schutz des Anwaltsgeheimnisses bei allen polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen

Es ist kein Grund ersichtlich, aus dem der Berufsgeheimnisträgerschutz nur auf bestimmte (vornehmlich verdeckte) Ermittlungsmaßnahmen beschränkt wird. Im Gegenteil: Gerade bei offenen Maßnahmen, die ebenso eingriffsintensiv sind, muss er gelten. Der Schutz ist nicht teilbar. Hierfür gibt es keinen sachlichen Differenzierungsgrund. Es stört das Vertrauen des Rechtssuchenden, wenn er befürchten muss, Unterlagen seines Rechtsanwaltes können durchsucht und dadurch die Informationen, die er (nur) seinem Anwalt anvertraut hat, gesichtet werden.

Der Eindruck drängt sich auf, dass der Schutz der Berufsgeheimnisträger nur deswegen auf verdeckte Ermittlungsmaßnahmen beschränkt werden soll, weil das BVerfG in der Begründung des (BKAG-)Urteils ausgeführt hat, eigene verfassungsrechtliche Grenzen heimlicher Überwachungsmaßnahmen könnten sich

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, juris Rn. 133 = BVerfGE 141, 220.

¹⁸ Schlussantrag in der EuGH-Rs. C-550/07.

¹⁹ EGMR Rs. „Michaud“, No. 12323/11.

unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gegenüber bestimmten Berufs- und anderen Personengruppen ergeben, deren Tätigkeit von Verfassungen wegen eine besondere Vertraulichkeit voraussetze²⁰. Dies bedeutet aber nicht, dass für offene Ermittlungsmaßnahmen keine Grenzen einzuhalten sind. In beiden Fällen kommt es – wie oben gezeigt – auf den Schutz des Berufsgeheimnisses an, nicht aber auf die Art und Weise des Eingriffs (offen oder heimlich), in beiden Fällen kann die Eingriffsintensität gleich schwer wiegen.

II. Schutz des Anwaltsgeheimnisses im PoIG NRW

Durch § 16 Abs. 5 PoIG NRW wird das geschützte Vertrauensverhältnis zu den in §§ 53 und 53a der Strafprozessordnung genannten Berufsgeheimnisträgern geschützt. Die Vorschrift gilt allerdings (nur) für Datenerhebungen mit besonderen Mitteln – mithin für Maßnahmen nach §§ 16-21 des PoIG NRW. Weitere Schutzbestimmungen finden sich zur Datenerhebung durch den Einsatz körpernah getragener Aufnahmegeräte in § 15c Abs. 3, S. 3 PoIG NRW und zur Rasterfahndung in § 31 Abs. 2 S. 1, 2. HS PoIG NRW. Für alle übrigen polizeilichen Maßnahmen ist hingegen kein Berufsgeheimnisträgerschutz normiert. Dies gilt etwa für polizeiliche Standardbefugnisse wie die Durchsuchung und die Sicherstellung.

Nur eingeschränkter Schutz des Berufsgeheimnisses besteht womöglich für die längerfristige Observation nach § 16a Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 6 PoIG NRW. Nach seinem Wortlaut müsste die allgemeine Ausnahme des § 16 Abs. 5 PoIG NRW auch für die längerfristige Observation nach § 16a PoIG NRW gelten. Eine längerfristige Observation, die in ein nach § 53 StPO geschütztes Vertrauensverhältnis eingreift, wäre danach in jedem Fall unzulässig.

Allerdings nimmt § 16a Abs. 1, Satz 5 Berufsgeheimnisträger lediglich von § 16 a Abs. 1, **Nr. 2** aus (Observation von Kontakt- oder Begleitpersonen). Für § 16a Abs. 1 **Nr. 1** PoIG NRW sieht § 16 a Abs. 1, Satz 5 hingegen gerade keine Ausnahme vor. Sieht man § 16a Abs. 1, Satz 5 als *lex specialis* zu § 16 Abs. 5, so wäre die längerfristige Observation bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von § 16a Abs. 1 Nr 1, § 6 PoIG NRW zulässig, auch wenn ein beruflich geschütztes

²⁰ BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 131 = BVerfGE 141, 220.

Vertrauensverhältnis betroffen wäre. Der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses wäre insoweit unvollständig.

Dass Rechtsanwälte auf absoluten Schutz angewiesen sind und geeignet abgegrenzt werden können, macht folgendes Beispiel deutlich:

Nicht ausgeschlossen wäre es, nach § 39 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 43 Nr. 1 PolG NRW, zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für ein beliebiges Rechtsgut (auch der Rechtsordnung) eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt zu durchsuchen. Dabei könnten auch mitgeführte Unterlagen oder Akten mit Mandanteninformationen und aufgezeichneter Kommunikation durchsucht und sichergestellt werden, wenn sich aus den Unterlagen Informationen ergeben, die zur Abwehr der Gefahr dienlich sind.

Nach § 41 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW könnte sogar die Kanzlei der Rechtsanwältin oder des Rechtsanwaltes durchsucht werden, bei Gefahr im Verzug auch ohne vorherige Anordnung durch den Richter, § 42 Abs. 1, Satz 1 PolG NRW. Jedenfalls ist dies im PolG NRW nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

III. Fazit

Auch im Landespolizeirecht ist der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses durch eine Generalklausel entsprechend § 62 BKAG abzusichern, um Lücken beim Berufsgeheimnisträgerschutz auszuschließen. Das Vertrauensverhältnis zu Anwälten, Strafverteidigern und Kammerrechtsbeiständen ist vor sämtlichen polizeilichen Maßnahmen bereits auf Erhebungsebene absolut zu schützen.

C. Einführung der „drohende Gefahr“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“

Der Gesetzesentwurf sieht die Einführung der Begriffe der „drohende Gefahr“ sowie der „drohende terroristische Gefahr“ auf Tatbestandsebene vor. Nach geltender Gesetzeslage definiert § 8 Abs. 1 PolG NRW die „Gefahr“ als *konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung*. Daneben sollen nun auch die „drohende Gefahr“ i.S.v. § 8 Abs. 4 und die „drohende terroristische Gefahr“ i.S.v. § 8 Abs. 5 PolG-E NRW

treten. Soweit an anderer Stelle des Gesetzes auf eine „Gefahr im Sinne des § 8“ verwiesen wird, wären damit auch die drohende Gefahr und die drohende terroristische Gefahr erfasst. Für eine Reihe von polizeilichen Maßnahmen würde damit die Eingriffsschwelle deutlich herabgesetzt werden. Dies gilt nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf für die Überwachung der Telekommunikation nach § 20c Abs. 1 Nr. 2, Aufenthalts- und Kontaktverbote nach § 34 b, die Elektronische Aufenthaltsüberwachung nach § 34c und die Ingewahrsamnahme nach § 35 PolG-E NRW.

I. Zur drohenden Gefahr nach § 8 Abs. 4 PolG-E NRW

Die geplante Einführung der drohenden Gefahr in § 8 Abs. 4 PolG-E NRW ist aus mehreren Gründen in Kombination mit den vorgesehenen Eingriffsbefugnissen verfassungsrechtlich nicht tragfähig. Die mit ihr einhergehende Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle ist unverhältnismäßig. Dies gilt sowohl mit Blick auf die zu schützenden Rechtsgüter (Straftaten von erheblicher Bedeutung i.S.v. § 8 Abs. 3 PolG NRW) als auch hinsichtlich der mit ihr verbundenen Rechtsfolgen (Duldung schwerster Grundrechtseingriffe bis hin zum Freiheitsentzug). Zudem ist die Definition der drohenden Gefahr zu unbestimmt.

1. Mangelnde Bestimmtheit

Die Legaldefinition der drohenden Gefahr in § 8 Abs. 4 PolG-E NRW macht aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit die Schwelle polizeilichen Eingreifens unvorhersehbar. Während es für die überkommenen Gefahrkategorien des Polizeirechts (insb. konkrete Gefahr und dringende Gefahr) jahrzehntelange fach- und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gibt, wodurch ihnen erst die rechtsstaatlich gebotenen Konturen verliehen wurden, wird mit dem Begriff der drohenden Gefahr ohne Not Neuland beschritten. Das bedeutet, dass – jedenfalls zunächst – allein die Polizei die Deutungshoheit innehaben wird.

Umso schwerer wiegt es, dass das Begriffspaar *drohend* und *Gefahr* ein semantischer Zirkelschluss ist. Eine Gefahr ist ein *drohender* Schaden. Eine drohende Gefahr ist somit ein drohender drohender Schaden. Angesichts dieser

Unschärfe des Begriffs der *drohenden Gefahr* steht zu befürchten, dass es eine erhebliche Absenkung der Eingriffsschwelle polizeilichen Handelns geben wird.

Die Definition der *drohenden Gefahr* übernimmt selektiv einzelne Formulierungen aus dem BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur drohenden Gefahr quasi im Wortlaut, ohne sie jedoch mit Inhalten zu füllen. Eine drohende Gefahr soll nach dem Gesetzesentwurf vorliegen,

wenn im Einzelfall hinsichtlich einer Person bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird.

Damit wird die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, Prognoseanforderungen hinreichend bestimmt auszugestalten, nicht hinreichend umgesetzt. Eine solche Ausgestaltung kann nicht dadurch ersetzt werden, dass lediglich höchstrichterliche Vorgaben im Wortlaut übernommen, aber nicht mit Inhalten gefüllt werden. Gesetzliche Definitionen zu den übernommenen Begriffen fehlen.

2. Mangelnde Verhältnismäßigkeit

Der Gesetzesentwurf verweist darauf, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum BKAG den Begriff der *drohenden Gefahr* gebilligt habe. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch keineswegs generell entschieden, dass eine *drohende Gefahr* eine hinreichende polizeiliche Eingriffsgrundlage ist. Vielmehr hat es betont, dass die Anforderungen an den Grad der Gefahr im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen und des Ranges des zu schützenden Rechtsguts bestimmt werden müssen. Die *drohende Gefahr* hat das Bundesverfassungsgericht nur im Zusammenhang mit terroristischen Straftaten und nur für Überwachungsmaßnahmen zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter für ausreichend befunden. Darüber hinaus macht das Gericht deutlich, dass Grundrechtseingriffe zur Gefahrenabwehr grundsätzlich das Vorliegen einer konkreten Gefahr voraussetzen. Nur in Ausnahmefällen darf der Gesetzgeber von diesem „tradierten sicherheitsrechtlichen Modell“ abrücken.

Es heißt in dem Urteil²¹:

*Im Übrigen müssen die Anforderungen an eine hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage hinsichtlich der genannten Rechtsgüter **im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen** bestimmt werden. Verfassungsrechtlich ausreichend sind hierfür zunächst die Anforderungen **zur Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren** gegenüber polizeipflichtigen Personen nach den Maßgaben des allgemeinen Sicherheitsrechts für die hier relevanten Schutzgüter. (...)*

*[Der Gesetzgeber kann] die Grenzen **für bestimmte Bereiche** mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. (...) Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr **für ein überragend wichtiges Rechtsgut** hinweisen. (...) **In Bezug auf terroristische Straftaten**, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können **Überwachungsmaßnahmen** auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.*

Der Gesetzesentwurf geht folglich weit über das hinaus, was das Bundesverfassungsgericht zur drohenden Gefahr für zulässig erachtet. Der Anwendungsbereich der drohenden Gefahr nach § 8 Abs. 4 PolG-E NRW begrenzt sich nicht auf den Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter, nicht auf die Verhinderung terroristischer Straftaten und vor allem nicht auf Überwachungsmaßnahmen.

²¹ BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 111 f. = BVerfGE 141, 220. (Hervorhebungen diess.).

a.) Keine Begrenzung auf die Verhinderung terroristischer Straftaten oder den Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter

Während das Bundesverfassungsgericht eine drohende Gefahr nur im Zusammenhang mit terroristischen Straftaten erwähnt und nur zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter anerkannt hat, bezieht sich § 8 Abs. 4 PolG-E NRW in Abgrenzung zu Abs. 5 dezidiert auf nicht terroristische Sachverhalte. Die Vorschrift dient auch nicht lediglich dem Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter. Überragend wichtige Rechtsgüter sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.²²

Dagegen knüpft § 8 Abs. 4 PolG-E NRW die drohende Gefahr an die zu erwartende Begehung einer Straftat von erheblicher Bedeutung. Die Straftat von erheblicher Bedeutung ist in § 8 Abs. 3 PolG NRW durch einen nicht abschließenden Katalog von Straftaten definiert. Wann eine Straftat „von erheblicher Bedeutung“ ist, bleibt demnach nicht abschließend bestimmt. Angesichts der in § 8 Abs. 3 PolG genannten Straftaten gehören jedenfalls eine ganze Reihe von Straftaten, die gewerbs- oder bandenmäßig oder in anderer Weise organisiert begangen werden und/oder einen erheblichen materiellen oder immateriellen (Gesamt-)Schaden verursachen zu den „Straftaten von erheblicher Bedeutung. Diese Bezugnahme auf eine Vielzahl von Straftatbeständen geht weit über den Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter hinaus, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Überwachungsmaßnahmen im Vorfeld einer konkreten Gefahr rechtfertigen kann. Zu Straftaten von erheblicher Bedeutung zählen insbesondere zahlreiche Eigentums- oder Vermögensdelikte in der Form der gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Begehung, darunter Delikte mittlerer Kriminalität, wie z. B. der gewerbsmäßige Fahrraddiebstahl, der (besonders schwerer Diebstahl gem. § 243 StGB), Gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei gem. § 260 StGB, Geldwäsche gem. § 261 StGB, Betrug gem. § 263 StGB, Untreue gem.

²² BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07

§ 266 StGB, Bankrott gem. 283 StGB oder Wucher gem. § 291 StGB. All diese Straftatbestände dienen evident nicht dem Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter i.S.d. Rechtsprechung des BVerfG.²³

b.) Keine Begrenzung auf Überwachungsmaßnahmen

Für die heimliche Wohnraumüberwachung verlangt Art. 13 Abs. 4 GG eine dringende Gefahr. Der mit (strafbewehrten!) Aufenthalts- und Kontaktverboten, Elektronischer Aufenthaltsüberwachung (Fußfessel) oder gar Freiheitsentzug verbundene Grundrechtseingriff ist ebenfalls erheblich. Es handelt sich um Maßnahmen, die in erster Linie in Straf- und Maßregelvollzug/-vollstreckung zum Einsatz kommen. Dass diese schweren Grundrechtseingriffe bereits zur Abwehr einer nur drohenden Gefahr angemessen wären, ist schlichtweg undenkbar. In dem frühen und damit zwangsläufig ungewissen Stadium einer drohenden Gefahr muss sich die Gefahrenabwehr darauf beschränken, den Sachverhalt weiter zu erforschen. Erst wenn sich die Gefahr weiter konkretisiert, können unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weitere Maßnahmen zur Anwendung kommen.

II. Drohende terroristische Gefahr

Der Regierungsentwurf unterscheidet in § 8 PolG NRW zwischen der *drohenden* und der *drohenden terroristischer Gefahr*. An den Begriff der *drohenden terroristischen Gefahr* knüpft der Landesgesetzgeber die eingangs genannten weitergehende Befugnisse, wie zum Beispiel die Präventivhaft, die im diesem Falle bis zu einem Monat zulässig sein soll, vgl. § 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW-E. Mit der drohenden terroristischen Gefahr sollen also Fälle zu sog. Gefährdern geregelt werden.

Bei der *drohenden terroristischen Gefahr* gem. § 8 Abs. 5 PolG NRW-E sind die weitergehenden Befugnisse zulässig, sobald die drohende Gefahr gem. § 8 Abs. 5

²³ Dazu ausführlich Gazeas, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses am 7. Juni 2018 zum Gesetzesentwurf der Landesregierung – Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (LT-Drs. 17/2351), S. 9 ff.

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

Hier soll die Eingriffsschwelle offenbar noch weiter nach vorne verlagert werden. Maßnahmen sollen bereits möglich sein, „*wenn lediglich das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass die Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird*“ und das Verhalten auf die Folgen der § 8 Abs.5 Nr. 1-3 PolG-E NRW zielt.

Im Gegensatz dazu verlangt die drohende Gefahr aus § 8 Abs. 4 PolG-E NRW „im Einzelfall hinsichtlich einer Person bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird“.

Die Gegenüberstellung der Voraussetzungen macht deutlich, wie unterscheidungsschwach die Abgrenzung für den Rechtsanwender ist. Es bleibt unklar, in welchen konkreten Situationen ein Handeln der Polizei auf Grundlage des Abs. 4 oder des Abs. 5 zulässig ist.

Darüber hinaus lässt auch diese Regelung eine Beschränkung auf Überwachungsmaßnahmen vermissen. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber erkennt auf der einen Seite die aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts resultierende Notwendigkeit eines Terrorismusbezuges, knüpft die Voraussetzung dann jedoch an einen weiten Tatbestandskreis und setzt die Begrifflichkeit als Schwelle für wiederum über Überwachungsmaßnahmen hinausgehende polizeiliche Befugnisse fest. Auch hier verkennt er also die Anforderungen, die vom Bundesverfassungsgericht an die drohende Gefahr gestellt werden.

III. Fazit

Mit der Einführung der drohenden (terroristischen) Gefahr in § 8 PolG-E NRW reizt der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Grenzen nicht lediglich aus, sondern überschreitet sie ganz offensichtlich.

Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, normativ zu entscheiden, wie viel Kontrolle nötig und mit einer freiheitlichen Gesellschaft noch vereinbar ist. Dieser Aufgabe entzieht sich, wer allein darauf abstellt, was verfassungsrechtlich (vermeintlich) noch gerechtfertigt werden kann. Ein solches Vorgehen lässt stattdessen befürchten, dass es der Prämisse folgt, den Behörden stets das Maximum an Überwachungsinstrumenten zur Verfügung stellen zu wollen – ggf. vom BVerfG bzw. den Landesverfassungsgerichtshöfen nachträglich auf das verfassungsrechtlich zulässige Maß zurechtgestutzt. Die einseitige Orientierung daran, was technisch möglich ist, ist gefährlich. Durch die Digitalisierung der Gesellschaft eröffnen sich ungeahnte technikgestützte Überwachungsmöglichkeiten, die in eine Totalüberwachung münden können, wenn keine Grenzen gezogen werden.

Der Entwurf lässt leider völlig außen vor, inwiefern die bisherigen Gefahrenkategorien nicht mehr ausreichen sollen. Dass eine niedrigere Eingriffsschwelle und ein Mehr an polizeilichen Befugnissen erstrebenswert und nötig ist, scheint einfach a priori vorausgesetzt zu werden – ohne dies mit empirischen Untersuchungen oder irgendeiner Form von Evaluation zu belegen. Dabei wären u. a. die Erkenntnisse über die terroristischen Straftaten in den letzten Jahren einzubeziehen. Deren Verhinderung scheiterte nicht daran, dass die Polizei nicht über ausreichende Befugnisse verfügte. Die Anschläge des Nationalsozialistischen Untergrunds (NSU) sowie der Terroranschlag am Berliner Breitscheidplatz sind Belege dafür.