



Herrn
Vorsitzenden des Ausschusses für Inneres,
Digitalisierung und Migration
des Landtags von Baden-Württemberg
Karl Klein MdL
Konrad-Adenauer-Straße 3

70173 Stuttgart

Prof. Dr. Mark A. Zöller

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und
Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie
Wirtschaftsstrafrecht

Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches
Strafprozessrecht und Polizeirecht (ISP)

Universitätsring 15, D-54296 Trier
Tel. (0651) 201-2598
Fax (0651) 201-3924
E-Mail: zoeller@uni-trier.de

Trier, den 8. September 2020

Schriftliche Stellungnahme

***zum Gesetzentwurf der baden-württembergischen Landesregierung
„Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 für die Polizei in
Baden-Württemberg und zur Änderung weiterer polizeirechtlicher Vorschriften“
(LT-Drs. 16/8484)***

***im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Inneres, Digitalisierung und
Migration am 14. September 2020***

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,
für die Einladung zur oben genannten Anhörung und die Gelegenheit zur Stellungnahme
darf ich mich herzlich bedanken.

A. Vorbemerkung

Angesichts des erheblichen Gesamtumfangs des Gesetzgebungsvorhabens können im
Rahmen der nachfolgenden Ausführungen (unter B.) lediglich einige rechtspolitisch be-
sonders bedeutsame Einzelfragen herausgegriffen werden, die aus verfassungsrechtli-
chem Blickwinkel in besonderem Maße problematisch erscheinen. Die nachfolgenden
Bemerkungen bieten damit **keine abschließende juristische Beurteilung** des Gesetz-
entwurfs, sondern sollen lediglich beispielhaft dessen Charakter beleuchten.

B. Einzelregelungen

I. Anwendungsbereich für die Datenverarbeitung (§ 11 Abs. 1 PolG-E)

Die gesetzliche Beschreibung des Anwendungsbereichs für die Datenverarbeitung in § 11 Abs. 1 PolG-E ist **teilweise verfassungswidrig**. Sie **verstößt** in erheblichem Umfang **gegen die** grundgesetzlich zwingend vorgegebene **Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen** zwischen Bund und Ländern.

Nach dem Wortlaut von § 11 Abs. 1 Satz 1 PolG-E sollen die §§ 12 bis 16 sowie die Vorschriften des 3. Abschnitts für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Aufgaben **zum „Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“** gelten. Zur Rechtfertigung dieser schon auf den ersten Blick bemerkenswerten Vorschrift wird in der Entwurfsbegründung auf eine Umsetzung von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 der JI-Richtlinie verwiesen.¹ Sachlicher Anwendungsbereich der Datenverarbeitungsvorschriften nach dem neuen baden-württembergischen Polizeigesetz soll deshalb „die Datenverarbeitung zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ sein.² Schon dieser Ausgangspunkt ist sachlich unzutreffend und offenbart ein **grundlegendes Missverständnis** der europarechtlichen Vorgaben sowie der grundgesetzlich festgelegten Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen in der Bundesrepublik Deutschland als föderalem Staat.³

Anders als in der Bundesrepublik Deutschland ist den meisten anderen EU-Mitgliedstaaten eine strenge Unterscheidung zwischen präventivpolizeilichem Gefahrenabwehrrecht und repressivem Strafprozessrecht fremd. Dass deshalb auch die JI-Richtlinie aus deutscher Brille betrachtet so unterschiedliche Rechtsmaterien wie die „Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten“ in einem Atemzug nennt, bedeutet gerade nicht, dass diese Zwecke nun auch einheitlich durch den nationalen (Landes-)Gesetzgeber in einem einheitlichen nationalen Gesetz geregelt werden dürfen. Gemäß Art. 288 UA 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind EU-Richtlinien zwar für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet werden, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den hierfür zuständigen, innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. **An der innerstaatlichen Kompetenzverteilung** föderal strukturierter EU-Mitgliedstaaten im Bereich der Gesetzgebung **können Richtlinien** schon deshalb **nichts ändern**, weil die EU keine allgemeine supranationale Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Straf- und Polizeirechts besitzt.

Nach Art. 70 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) steht die Gesetzgebungskompetenz den Ländern zu, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund explizit Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Speziell das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht zählt dabei zu den Materien, bei denen die Gesetzgebungszuständigkeit noch den Ländern verblieben ist. Demgegen-

¹ LT-Drs. 16/8484, S. 122.

² LT-Drs. 16/8484, S. 122.

³ Zu Recht krit. hierzu bereits die Stellungnahme des LfDI Baden-Württemberg v. 21.4.2020, Az. H 1100/52, S. 2 im Rahmen der Verbändeanhörung.

über fällt der Bereich des Strafprozessrechts unter den Begriff des „gerichtlichen Verfahrens“ und damit in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Nr. 1 GG. Entsprechendes gilt für das allgemeine Ordnungswidrigkeitenrecht, das zum Strafrecht im weiteren Sinne zählt und deshalb ebenfalls der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfällt.

Die Vorgaben der JI-Richtlinie sind damit **innerstaatlich immer vom jeweils zuständigen Gesetzgeber umzusetzen**. Nur soweit es um die **Datenverarbeitung durch die baden-württembergische Polizei**, die sowohl den Polizeivollzugsdienst als auch die Polizeibehörden umfasst, **im Zusammenhang mit Aufgaben der Gefahrenabwehr** geht, ist der **baden-württembergische Landesgesetzgeber zuständig**. In der europarechtlichen Terminologie sowie im Wortlaut der JI-Richtlinie werden diese Aufgaben regelmäßig mit der „Verhütung von Straftaten“ sowie der „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ umschrieben. Sofern es demgegenüber nach nationalem, deutschem Verständnis um Aufgaben der Strafverfolgung, also um die „Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten“ unter Einschluss der Ordnungswidrigkeiten geht, ist hierfür – zumindest vorrangig – der Bundesgesetzgeber zuständig. Von dieser (seiner) Gesetzgebungskompetenz hat der Bund im Hinblick auf die Umsetzung der Vorgaben der JI-Richtlinie durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 20. November 2019⁴ Gebrauch gemacht. Im Übrigen waren schon zuvor Fragen des bereichsspezifischen Datenschutzes im Strafverfahren umfassend insbesondere in den §§ 474 ff. StPO geregelt, sodass auch davon auszugehen ist, dass der Bund seine diesbezügliche Gesetzgebungsbefugnis abschließend ausgeschöpft hat. Damit ist den Landesgesetzgebern, einschließlich des Landtages von Baden-Württemberg, **kein Spielraum mehr zum Erlass allgemeiner Bestimmungen zur Datenverarbeitung für die Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verblieben**.⁵ Vor diesem Hintergrund führt dann auch die Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 2 PolG-E den Rechtsanwender in die Irre, wonach besondere Rechtsvorschriften des Bundes den Datenverarbeitungsregelungen des baden-württembergischen Polizeigesetzes vorgehen sollen. Schließlich fehlt es bereits an der Kompetenz, solche Datenverarbeitungsvorschriften, in denen es um den Regelungszweck der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten geht, auf Landesebene überhaupt zu erlassen. Diese gehören vielmehr zwingend in die Strafprozessordnung und das Ordnungswidrigkeitengesetz und damit in die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers. Oder anders formuliert: **im Polizeigesetz von Baden-Württemberg kann und darf es von vornherein keine gegenüber der StPO oder dem OWiG nachrangigen Datenverarbeitungsvorschriften geben**. Natürlich nimmt auch die baden-württembergische Polizei in der täglichen Praxis in erheblichem Umfang Aufgaben und Befugnisse im Bereich der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten wahr. Die hierfür einschlägigen Rechtsgrundlagen sind aber dann zwingend solche der Strafprozessordnung und des Ordnungswidrigkeitengesetzes.

⁴ BGBl. I S. 1724.

⁵ Zu den Besonderheiten der Strafverfolgungsvorsorge, bei der die Länder das Bestehen einer Regelungslücke des Bundesgesetzgebers eindeutig aufzeigen müssen, vgl. nur *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 29 m.w.N.

§ 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 PolG-E sollte somit in der derzeitigen Fassung gestrichen und durch folgende, an die allgemeine Aufgabenbeschreibung nach § 1 PolG anknüpfende Formulierung ersetzt werden, um den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu vermeiden:

„Die §§ 12 bis 16 sowie die Vorschriften des 3. Abschnitts gelten für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach § 1.“

II. Allgemeine Regeln für die weitere Verarbeitung personenbezogener Daten (§ 15 Abs. 3 Satz 1 PolG-E)

Als gleich aus mehreren Gründen **verfassungswidrig** stellt sich die Regelung zur zweckändernden Nutzung von personenbezogenen Daten in **§ 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PolG-E** dar. Danach sollen die Polizeibehörden sowie die Polizeidienststellen und Einrichtungen für den Polizeivollzugsdienst zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben personenbezogene Daten zu anderen Zwecken als denjenigen, zu denen sie erhoben worden sind, weiter verarbeiten dürfen, wenn sich im Einzelfall konkrete Ermittlungsansätze zur Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung solcher Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ergeben (lit. a) oder zur Abwehr von in einem überschaubaren Zeitraum drohenden Gefahren für solche Rechtsgüter erkennen lassen (lit. b).

1. *Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Landes*

Mit der Einbeziehung der „Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung“ von „Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“ nach der in § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. a PolG-E vorgeschlagenen Regelungen würde der baden-württembergische Landesgesetzgeber eine Regelung zu Materien (Strafverfahrensrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht) treffen, für die ihm erkennbar keine Gesetzgebungskompetenz zusteht. Sie wäre **kompetenz- und damit verfassungswidrig**. Solche Bestimmungen gehören in die StPO bzw. das OWiG, nicht aber ins PolG BW. Zur näheren Begründung kann auf die Ausführungen unter B. I. verwiesen werden.

2. *Fehlende Bestimmtheit*

Vor allem aber wird mit § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. b PolG-E – noch dazu ohne erkennbare Not – der hoch problematische Begriff der „drohenden Gefahr“ als Anlass für eine zweckändernde Verarbeitung personenbezogener Daten etabliert. Das erscheint – ungeachtet aller juristischen Einwände gegen diesen Begriff – jedenfalls zum aktuellen Zeitpunkt schon taktisch wenig ratsam, weil gegen die geradezu ausufernde Verwendung der drohenden Gefahr als Eingriffsschwelle im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz (vgl. insbesondere Art. 11 Abs. 3 BayPAG) **eine große Zahl von Verfassungsklagen beim Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, aber auch vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof in München anhängig** sind, die allesamt auch die Verfassungsmäßigkeit der drohenden Gefahr rügen und deren Ausgang abgewartet werden sollte.

Ungeachtet solcher gesetzgebungstaktischen Erwägungen gilt allerdings, dass die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr **nicht** mehr **mit dem Bestimmtheitsgrundsatz** als zentralem Element des insbesondere in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips **zu vereinbaren** ist. Speziell für Ermächtigungsgrundlagen im Gefahrenvorfeld fordert das Bundesverfassungsgericht ein gegenüber dem originären Bereich der Gefahrenabwehr deutlich höheres Maß an Bestimmtheit, um eine vergleichbare Kontrolle zu ermöglichen.⁶

Mit der Anknüpfung an eine nur drohende Gefahr wird die **präventivpolizeiliche Eingriffsschwelle erheblich herabgesetzt** und somit ein präventivpolizeiliches Handeln **zeitlich vorverlagert**, ohne dass die Grenzen dieser Vorverlagerung durch verlässliche Kriterien näher festgelegt werden. Zur Legitimation des Rückgriffs auf die Kategorie der „drohenden Gefahr“ berufen sich die Befürworter insbesondere auf das **Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz (BKAG)** vom 20. April 2016.⁷ Allerdings knüpft weder die frühere noch die jetzige Fassung des BKAG für den Kontext des Gefahrenvorfeldes explizit an eine „drohende Gefahr“ an. Die drohende Gefahr ist vielmehr als Rechtsbegriff letztlich nicht viel mehr als eine „bayerische Neukreation“ unter Berufung auf (angebliche) inhaltliche Vorgaben des BKAG-Urteils.⁸ Bei einer derart unbesehenen und unkritischen Übernahme der Karlsruher Vorgaben durch Schaffung einer neuen Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr werden Aufgaben und Befugnisse des Bundeskriminalamts (BKA) und damit der spezielle Regelungskontext des BKA-Gesetzes (BKAG) grundlegend verkannt. Das BKA besitzt nur in thematisch eng begrenzten Bereichen operative Befugnisse. Nach § 5 BKAG, der sich auf Art. 73 Nr. 9a GG stützt, kann es die Aufgabe der **Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus** lediglich in Fällen wahrnehmen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht. Wer somit die Eingriffsschwelle für polizeiliches Handeln, die auch bei der zweckändernden Nutzung bereits vorhandener Daten Anwendung findet, auf lediglich drohende Gefahren absenkt, bedient sich eines Regelungsvorbilds, das spezifisch auf die Terrorismusabwehr zugeschnitten ist und überträgt dieses Modell auf den Bereich der Polizei- und Ordnungsbehörden des Landes, die allenfalls ausschnittsweise und punktuell mit der Abwehr terroristischer Gefahren befasst sind, ansonsten aber sämtliche polizeilichen Gefahrenabwehraufgaben zu erledigen haben. Wer sich also formal darauf beruft, mit der Einführung der drohenden Gefahr Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG auf die Landespolizei zu übertragen, der vergleicht letztlich Äpfel mit Birnen. Dass vergleichbare Befugnisse möglicherweise im speziellen Regelungsumfeld des BKAG als verfassungskonform gewertet werden, bedeutet gerade noch nicht, dass dies dann zwangsläufig auch nach dessen Übertragung in das allgemeine Polizeirecht gilt.

Als **konkretisierender Faktor** für den Begriff der drohenden Gefahr kommt nach dem Wortlaut von § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. b POG-E letztlich nur die **zeitliche Komponente** in Betracht. Schließlich muss ein Rechtsgutsangriff danach „in einem überschaubaren

⁶ BVerfGE 113, 348 (377 f.).

⁷ BVerfGE 141, 220.

⁸ So i. Erg. auch *Diétrich*, in: Fischer/Hilgendorf (Hrsg.), *Gefahr*, 2020, S. 69 (79): „gesetzgeberischer Exzess“.

Zeitraum“ zu erwarten sein. Was damit inhaltlich gemeint ist, bleibt allerdings im Dunkeln. Festzuhalten ist lediglich, dass einerseits noch kein Schaden für Rechtsgüter eingetreten sein und sich die Sachlage andererseits noch nicht so verdichtet haben darf, dass bereits von einer konkreten Gefahr gesprochen werden kann. Eine Abgrenzung zur konkreten Gefahr bringt hier aber schon deshalb kaum Erkenntnisgewinn, weil auch diese durch eine Entscheidungssituation im zeitlichen Vorfeld des Schadenseintritts geprägt ist. Nach der richterrechtlich entwickelten und auch im juristischen Schrifttum weitgehend konsentierten Formel ist von einer **konkreten Gefahr** bei einer Sachlage auszugehen, die im Einzelfall tatsächlich oder jedenfalls aus der (ex-ante-)Sicht des für die Polizei handelnden Amtswalters bei verständiger Würdigung in absehbarer Zeit die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in sich birgt.⁹ Das Merkmal des überschaubaren Zeitraums findet sich in Gestalt der Formulierung „in absehbarer Zeit“ daher auch hier. Und wenn man die konkrete Gefahr als hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts versteht, dann kann die zeitlich vorausliegende drohende Gefahr nur in einer (noch) nicht hinreichenden Wahrscheinlichkeit hierfür liegen. Dies aber ist ohne jeden substanziellen Erklärungswert, da weder der zeitliche Beginn dieses Stadiums noch dessen Übergang zur konkreten Gefahr beschrieben wird. Erschwerend kommt hinzu, dass auch für eine konkrete Gefahr nicht gefordert wird, dass der Schadenseintritt in besonderer zeitlicher Nähe zu erwarten ist.¹⁰ Somit führt auch der Versuch einer rein zeitlichen Abgrenzung von drohender und konkreter Gefahr zwangsläufig zu verschwimmenden Grenzen und einem Fehlen von Rechtssicherheit für den polizeilichen Rechtsanwender in der Praxis. Die Kategorie der drohenden Gefahr, wie sie nun auch in § 15 Abs. 3 PolGE Verwendung finden soll, betritt letztlich juristisches Neuland, ohne mit ausreichenden Kriterien für eine inhaltliche Bestimmung und Ausformung versehen zu sein. Aus dem Wortlaut des Gesetzes oder seinem systematischen Zusammenhang lassen sich keine aussagekräftigen Kriterien für eine inhaltliche Ausformung gewinnen.

Überträgt man das Ganze auf den hypothetischen Kontext der Strafverfolgung wird die fehlende Bestimmtheit besonders deutlich. Es geht um Situationen, in denen der polizeiliche Sachbearbeiter sich sagen würde: „Ich habe einen Verdacht, dass ich demnächst irgendwann einmal einen Verdacht haben könnte.“ Das ist für die hier in Rede stehenden, mit der Übermittlung personenbezogener Daten zwangsläufig verbundenen Grundrechtseingriffe, insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), erkennbar zu wenig.

Der – dringend zu empfehlende – Verzicht auf den Begriff der drohenden Gefahr führt auch nicht zwangsläufig zu der von seinen Befürwortern angedeuteten Situation, dass die Polizei- und Ordnungsbehörden im Bereich der Gefahrenabwehr heutzutage nicht mehr angemessen auf extreme Bedrohungslagen wie terroristische Anschlägepläne oder Amokläufe reagieren können. Das Bundesverfassungsgericht hat diesbezüglich auch in seinem BKAG-Urteil selbst einen **Ausweg auf dem Boden des tradierten Begriffs der konkreten Gefahr** gewiesen:¹¹ Je höher der zu erwartende Schaden ist, desto geringer sind seiner Ansicht nach die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Wo also beispielsweise die Tötung und Verletzung einer großen Zahl von Menschen

⁹ BVerfGE 115, 320 (364); 116, 347 (351); 141, 220 (271); *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 69.

¹⁰ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 69.

¹¹ Vgl. BVerfGE 141, 220 (270 f.).

in Rede steht, werden mit Blick auf das hohe Gewicht der in Rede stehenden Rechtsgüter die Anforderungen an die auch für die Feststellung einer konkreten Gefahr erforderlichen Prognose herabgesetzt.¹² Auch die baden-württembergische Polizei ist daher auf der Grundlage der konkreten Gefahr als grundsätzlicher Eingriffsschwelle selbst in terrorismusbezogenen Einsatzlagen nicht „schutz- und wehrlos“.

3. *Fehlende Verhältnismäßigkeit*

Die Anknüpfung an den Begriff der „drohenden Gefahr“ in § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. b PolG-E ist zudem unter dem Gesichtspunkt des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** zu beanstanden, der ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten ist,¹³ sich aber „im Grunde schon aus dem Wesen der Grundrechte selbst“¹⁴ ergibt. Sie kann zu **Verwerfungen und Überschneidungen mit den Aufgaben und Befugnissen der Nachrichtendienste**, insbesondere mit denjenigen des Landesverfassungsschutzes, führen. Schließlich hat sie zur Folge, dass die Arbeit der mit operativen Befugnissen ausgestatteten Polizei strukturell weiter in das Gefahrenvorfeld verschoben wird, für das traditionell die Nachrichtendienste ohne eigene operative Befugnisse zuständig sind.

Die grundsätzliche Verschiedenheit der Aufgabenbereiche von Polizei und Nachrichtendiensten, die sich auf unterschiedlichen Ebenen in institutionell-organisatorischen, funktionellen, befugnisrechtlichen und informationellen **Trennungsgeboten** manifestiert, ist auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein entscheidender Gradmesser für die Frage der Verhältnismäßigkeit von Eingriffsbefugnissen.¹⁵ Deutlich kommt dies im Urteil zum Antiterrordatei-Gesetz vom 24. April 2013 zum Ausdruck:¹⁶

„Dieser auf die politische Vorfeldaufklärung beschränkte Auftrag der Nachrichtendienste spiegelt sich auch in einer Beschränkung ihrer Befugnisse: Polizeiliche Befugnisse haben sie nicht und sie dürfen auch im Wege der Amtshilfe nicht die Polizei um Maßnahmen ersuchen, zu denen sie selbst nicht befugt sind. [...]“

Von diesem Aufgaben- und Befugnisprofil unterscheidet sich das der Polizei- und Sicherheitsbehörden grundlegend. Ihnen obliegt die Verhütung, Verhinderung und Verfolgung von Straftaten sowie die Abwehr von sonstigen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Ihre Aufgaben sind geprägt von einer operativen Verantwortung und insbesondere der Befugnis, gegenüber Einzelnen Maßnahmen erforderlichenfalls auch mit Zwang durchzusetzen. Dabei sind ihre Aufgaben gesetzlich differenziert umgrenzt und durch ein materiell wie verfahrensrechtlich vielfältig abgestuftes Arsenal von Handlungsbefugnissen unterlegt. Unbeschadet gewisser Aufgaben auch dieser Behörden schon im Vorfeld von Gefahren, sind ihnen Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen; Voraussetzung ist in der Regel, dass Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr vorliegen.“

Der **umfassende Strukturwandel im Gefahrenvorfeld** durch ein Abstellen auf lediglich drohenden Gefahren, für den auch in der Entwurfsbegründung kein nachvollziehbarer

¹² Dazu *Bautze* KJ 2018, 205 (208 u. 210).

¹³ BVerfGE 80, 109 (120); 108, 129 (136); 111, 54 (82); 113, 154 (162).

¹⁴ BVerfGE 19, 342 (348 f.); 61, 126 (134); 76, 1 (50 f.).

¹⁵ *Löffelmann* BayVBl. 2018, 145 (147).

¹⁶ BVerfGE 133, 277 (327).

Grund angeführt wird, wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben für verhältnismäßige Gesetzesbestimmungen nicht gerecht. Grundrechtseingriffe auf der Grundlage von Eingriffsbefugnissen, die an die drohende Gefahr anknüpfen, lassen sich von vornherein nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen.

Insofern spricht es für sich, dass auch der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber entgegen seinen ursprünglichen Plänen zur Reform des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen¹⁷ und nach massiver verfassungsrechtlicher Kritik durch Wissenschaft und Praxis letztlich im Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 13. Dezember 2018¹⁸ auf den Begriff der drohenden Gefahr als Anknüpfungspunkt für präventivpolizeiliche Eingriffsbefugnisse wieder verzichtet hat. Auch die (aus anderen Gründen) kritisierte und derzeit beratene Novelle des Saarländischen Polizeigesetzes durch den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland vom 5. Februar 2020¹⁹ hat diese problematische Begriffskategorie zu Recht nicht aufgegriffen. Zudem ist zu berichten, dass bei der ebenfalls im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Novelle des rheinland-pfälzischen Polizei- und Ordnungsbehörden-gesetzes (POG)²⁰ die dem § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. b vergleichbare Bestimmung des § 51 Abs. 2 POG-E in der Sachverständigenanhörung vom 19.8.2020 bei den Abgeordneten auf massive Bedenken gestoßen ist, so dass auch in Rheinland-Pfalz eine Abkehr von der drohenden Gefahr als Begriffskategorie für die zweckändernde Nutzung personenbezogener Daten zu erwarten ist.

Hierfür spricht zu guter Letzt auch, dass sowohl in der Begründung zur baden-württembergischen²¹ als auch zur rheinland-pfälzischen Entwurfsregelung²² zur Rechtfertigung **in fehlerhafter Weise auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung verwiesen** wird. Schaut man sich diese Rechtsprechung, zuletzt im Urteil zum BKAG,²³ jedoch genauer an, so stellt man fest, dass Karlsruhe bei der zweckändernden Nutzung von Daten lediglich nicht verlangt, dass für den neuen Nutzungszweck dieselben Anforderungen an die Einschreitschwellen erfüllt sein müssen wie für den erstmaligen Informationserhebungsakt. Die entsprechenden Passagen bieten aber **keinerlei Rechtfertigung** dafür, die **Schwellen für Grundrechtseingriffe** durch zweckändernde Nutzung von Daten zeitlich vor die traditionellen Eingriffsschwellen der konkreten Gefahr oder des Anfangsverdachts zu verlagern und damit **herabzusetzen**. Bei einer solchen (Über-)Interpretation der verfassungsgerichtlichen Aussagen scheint eher der (ministerielle) Wunsch der Vater des Gedankens zu sein.

¹⁷ Vgl. LT-Drs. 17/2351.

¹⁸ GV. NRW. S. 684.

¹⁹ LT-Drs. 16/1180 (Saarland).

²⁰ S. hierzu den Entwurf des Landesgesetzes zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehörden-gesetzes sowie beamtenrechtlicher Vorschriften (LT-Drs. 17/12072 v. 16.6.2020).

²¹ Vgl. LT-Drs. 16/8484, S. 128.

²² LT-Drs. 17/12072, S. 141 (Rheinland-Pfalz).

²³ BVerfGE 141, 220 (325).

Vor diesem Hintergrund ist dringend zu empfehlen, die weitgehend missglückte Regelung des § 15 Abs. 3 Satz 1 PolG-E zu streichen und die Norm insgesamt auf die zweckändernde Datennutzung durch andere zur Gefahrenabwehr zuständige Stellen auf die Abwehr konkreter Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu beschränken.

III. Weiterverarbeitung von Grunddaten einer Person zur Identifizierung (§ 15 Abs. 3 Satz 2 PolG-E)

Nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Ermächtigungsgrundlagen für informationsbezogene Grundrechtseingriffe genügt auch die in § 15 Abs. 3 Satz 2 PolG-E vorgeschlagene Regelung. Aus der Formulierung „insbesondere“ folgt, dass die zur Identifizierung weiter zu verarbeitenden Daten im Gesetzestext gerade nicht abschließend festgelegt werden sollen. Der Gesetzgeber muss aber nicht nur den Verwendungszweck der zu erhebenden Daten bereichsspezifisch und präzise bestimmen,²⁴ sondern zuvor auch abschließend festlegen, welche Daten zu verarbeiten sind. Nicht gestattet ist es, Ermächtigungsnormen auf Vorrat zu errichten.

Somit wird empfohlen, das Wort „insbesondere“ in § 15 Abs. 3 Satz 2 PolG-E zu streichen und ggf. weitere, zur Identitätsfeststellung zwingend benötigte Grunddatenkategorien abschließend zu kodifizieren.

IV. Identitätsfeststellung und Durchsuchung im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen (§§ 27 Abs. 1 Nr. 2, § 34 Abs. 1 Nr. 3, § 35 Nr. 4 PolG-E)

Durch Einfügung des neuen § 27 Abs. 1 Nr. 2 PolG-E soll die **Identitätsfeststellung** einer Person künftig auch zulässig sein, wenn diese bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen angetroffen wird, die ein besonderes Gefährdungsrisiko i.S. des § 44 Abs. 1 Satz 2 PolG-E aufweisen und dort erfahrungsgemäß mit der Begehung von Straftaten gegen Leib, Leben oder Sachen von bedeutendem Wert zu rechnen ist.

Durch den **Verweis auf § 44 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 PolG-E** soll ein solches „**besonderes Gefährdungsrisiko**“ zunächst dann vorliegen, wenn aufgrund einer aktuellen Gefährdungsanalyse anzunehmen ist, dass Veranstaltungen und Ansammlungen vergleichbarer Art und Größe von terroristischen Anschlägen bedroht sind. Dieses Zusammenspiel von Verweisungsnorm (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 PolG-E) und Verweisungsobjekt (§ 44 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 PolG-E) führt bei genauerer Betrachtung zu nicht unerheblichen **Bestimmtheitsdefiziten** und damit inhaltlichen Unklarheiten in Bezug auf den Anwendungsbereich der Norm. Das beginnt bereits bei der völlig unbefangenen Verwendung des problematischen Begriffs „terroristische Anschläge“. „Terrorismus“ ist bis heute kein feststehender Terminus Technicus des deutschen Rechtssystems. Seine genaue Reichweite und Bedeutung sind bis heute hoch umstritten.²⁵ Man denke nur an den viel zitierten, meist dem ehemaligen US-Präsidenten *Ronald Reagan* zugeschriebenen Satz: „One

²⁴ BVerfG Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., NJW 1984, 419 (422).

²⁵ Ausführlich hierzu *Zöller*, Terrorismusstrafrecht – Ein Handbuch, 2009, S. 99 ff.

man's terrorist is another man's freedom fighter.“ Es existiert in Deutschland auch kein genuiner Straftatbestand, der das „Terrorist-Sein“ unter Strafe stellt. Allenfalls kann man sich wegen Mitwirkung an (inländischen oder ausländischen) terroristischen Vereinigungen nach den §§ 129a, 129b StGB strafbar machen.

Ungeachtet solcher begrifflichen Einwände bleibt der Regelungszweck von § 27 Abs. 1 Nr. 2 PolG-E auch unter Berücksichtigung der insoweit wenig aussagekräftigen Gesetzesbegründung unklar. Selbstverständlich sind Identitätsfeststellungsmaßnahmen zweifellos sinnvoll, wenn **konkrete Anhaltspunkte für terroristische Anschläge** bestehen (z.B. bei Hinweisen von Seiten der Nachrichtendienste). Nicht zu überzeugen vermag aber die Bezugnahme auf aktuelle Gefährdungsanalysen für „Veranstaltungen und Ansammlungen **vergleichbarer Art und Größe**“. Der Sache nach bedeutet dies gerade eine **Loslösung von einem tatsächlichen Überwachungsanlass**. Die mit jeder Identitätsfeststellung verbundenen Grundrechtseingriffe wird man unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel nur dann zulassen können, wenn **für die konkret in Rede stehende Veranstaltung oder Ansammlung** eine aktuelle Gefährdungsanalyse durchgeführt worden ist und diese aufgrund belastbarer Indizien zu dem Ergebnis gekommen ist, dass Anhaltspunkte für einen terroristischen Anschlag vorliegen. Schließlich zählt es zu den Charakteristika terroristischer Anschläge, dass sie auf „soft targets“ abzielen, terroristisch motivierte Straftäter also ihre Schreckenswirkung dadurch erreichen wollen, dass sie jederzeit und gegenüber jedermann zuschlagen können. Potenziell ist damit jede Veranstaltung oder Ansammlung ein Ziel für terroristische Anschläge, insbesondere auch solche, die in der Vergangenheit noch nicht betroffen waren und bei denen dies niemand erwartet. Man kann aber kaum jedes Dorf- oder Volksfest und jede Amateursportveranstaltung mit Hilfe von Identitätsfeststellungsmaßnahmen begleiten und vor zu allem entschlossenen Tätern schützen.

Auch der Verweis auf **§ 44 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 PolG-E bedarf weiterer Präzisierung**. Allein aufgrund der Art und Größe einer Veranstaltung kann man schon logisch nicht zwingend auf erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit schließen. Es kann vollkommen friedliche Großveranstaltungen wie Freiluftgottesdienste, Benefizkonzerte oder Fastnachtsumzüge geben. Umgekehrt können auch kleinere Ansammlungen von Menschen, etwa bei Gaffern nach einem Verkehrsunfall oder Bikertreffs, im Einzelfall einen **gewalttätigen Verlauf nehmen. Insofern müssen für die Erfüllung polizeilicher Gefahrenabwehraufgaben ungeachtet von Art und Größe der Veranstaltungen und Ansammlungen** immer konkret situationsbezogene, tatsächliche Anhaltspunkte für die Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung verlangt werden.

Entsprechende Bedenken bestehen dann zwangsläufig auch in Bezug auf weitere Ermächtigungsgrundlagen, die zur Rechtfertigung eines besonderen Gefährdungsrisikos auf § 44 Abs. 1 Satz 2 PolG-E verweisen. Dazu zählt insbesondere die ebenfalls neu aufgenommene Regelung zur **Durchsuchung von Personen in § 34 Abs. 1 Nr. 3 PolG-E** sowie **von Sachen in § 35 Nr. 4 PolG-E**.

Insofern empfiehlt es sich, die in § 44 Abs. 1 Satz 2 PolG-E vorgeschlagene Regelung zu streichen. Sie könnte verfassungskonform wie folgt formuliert werden:

Veranstaltungen und Ansammlungen weisen ein besonderes Gefährdungsrisiko auf, wenn aufgrund einer aktuellen Gefährdungsanalyse

1. anzunehmen ist, dass sie von Straftaten terroristischer Vereinigungen im Sinne der §§ 129a, 129b oder schweren staatsgefährdenden Gewalttaten im Sinne des §§ 89a des Strafgesetzbuchs bedroht sind, oder

2. aus sonstigen Gründen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit entstehen können.

V. Einsatz von Bodycams (§ 44 PolG-E)

1. Verfassungswidrige Nutzung der sog. Prerecording-Funktion

Geradezu erstaunlich ist, dass sich die Entwurfsbegründung mit keinem Wort zur hoch umstrittenen Frage verhält, ob denn die Nutzung der sog. Prerecording-Funktion im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch als verfassungsgemäß eingestuft²⁶ und damit im geltenden baden-württembergischen Polizeirecht beibehalten werden kann.

Die auf dem Markt befindlichen, mobilen Kamerasysteme, die bei den Polizeibeamten des Bundes und der Länder gegenwärtig zum Einsatz kommen, weisen technisch durchweg eine solche Prerecording-Funktion auf.²⁷ Das dürfte in nicht unerheblichem Maße daran liegen, dass diese Geräte ursprünglich **für den Einsatz im anglo-amerikanischen Einsatzmarkt entwickelt** worden sind (und häufig auch dort produziert werden), bei dem nicht die Eigensicherung der Polizeibeamten, sondern die rechtsstaatliche Kontrolle des polizeilichen Einsatzverhaltens und eine Eindämmung von befürchteter Polizeigewalt im Vordergrund steht. Bei eingeschalteter Funktion werden in einem erweiterten Standby-Betrieb deshalb Bild und Ton auch ohne individuelle Aktivierung der Aufnahme durch den kameraführenden Beamten für einen kürzeren, individuell einstellbaren Zeitraum (in Baden-Württemberg 60 Sekunden; vgl. § 44 Abs. 8 Satz 1 PolG-E) fortlaufend in einer Aufzeichnungsschleife aufgenommen. Erfolgt keine Aktivierung der eigentlichen Kameraaufzeichnung, so werden die Daten nach Ablauf der eingestellten Speicherdauer automatisch wieder überschrieben. Wird demgegenüber der Aufnahmemodus gestartet, so werden die zu diesem Zeitpunkt noch im RAM-Speicher der Kamera vorhandenen Aufnahmen dauerhaft gespeichert und der Gesamtaufnahme hinzugefügt bzw. vorangestellt. Auf diese Weise soll es der Polizei ermöglicht werden, auch solche Geschehnisse zu dokumentieren, die im Einzelfall erst zu der Einsatzsituation geführt haben, in der der kameraführende Beamte den Einsatz der Bodycam für angebracht gehalten hat. Die Entwicklung des Einsatzgeschehens und die dokumentierten Straftaten können so besser nachvollzogen werden.²⁸ Zudem können damit Verzögerungen nach dem Auslösen der Aufzeichnung (meist durch einen Bluetooth-Schalter am Handgelenk oder der Einsatzweste des kameraführenden Beamten) durch ein Hochfahren der Kameras vermieden werden. **Einsatztaktisch macht die Nutzung der Bodycam** somit – das ist ausdrücklich

²⁶ Ausführlich hierzu Zöller, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 62 ff. m.w.N.

²⁷ Zöller, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 62.

²⁸ Öder, Der polizeiliche Einsatz sogenannter body cams, S. 17.

zu betonen – **zweifelsfrei Sinn**. Das Problem für die Praxis liegt schlicht darin, dass die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Bundesrepublik Deutschland diesen Einsatz nicht stützen.

Die Befürworter der Schaffung einer polizeigesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für das Prerecording berufen sich bislang, sofern überhaupt eine Begründung gegeben wird,²⁹ auf die erste große Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur automatischen Kennzeichenüberwachung vom 11. März 2008.³⁰ Dort war ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verneint worden, wenn die erhobenen Daten ohne weitere Auswertung sofort und unverzüglich wieder gelöscht werden.³¹ Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte entschieden, dass ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vorliegt, wenn bei Einsatz einer Einrichtung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen und deren Abgleich mit Fahndungsdatenbeständen zwar eine Übereinstimmung des tatsächlich erfassten Kennzeichens mit einem im Fahndungsbestand vorhandenen Kennzeichen angezeigt wird, ein visueller Abgleich durch den damit betrauten Polizeibeamten aber eine mangelnde Übereinstimmung ergibt und das erfasste Kennzeichen sofort gelöscht wird, ohne dass die Anonymität des Inhabers aufgehoben wird.³² Einer Bezugnahme auf die vermeintliche Parallele der automatischen Kennzeichenüberwachung ist aber nunmehr **durch die aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Dezember 2018** zur entsprechenden Regelung im bayerischen PAG **eindeutig die Grundlage entzogen** worden. Hier hat das Gericht seine bisherige Rechtsprechung explizit aufgegeben und zur Frage des Grundrechtseingriffs Folgendes ausgeführt³³:

„Eine automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle begründet Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aller Personen, deren Kennzeichen in die Kontrolle einbezogen werden, auch wenn das Ergebnis zu einem „Nichttreffer“ führt und die Daten sogleich gelöscht werden (Abweichung von BVerfGE 120, 378).“

Somit sind nach aktueller Verfassungsrechtsprechung auch sog. „Nichttreffer“ im Rahmen automatischer Kennzeichenüberwachungsmaßnahmen als **Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht** einzustufen. Entsprechendes muss dann auch für die Nutzung der Prerecording-Funktion von Bodycams durch deutsche Polizeibeamte gelten. Ungeachtet dessen ist die Nutzung der Prerecording-Funktion bei genauer Betrachtung gerade nicht mit solchen Nichttreffern oder Treffern ohne Aufhebung der Anonymität im Rahmen einer automatischen Kennzeichenerfassung vergleichbar, sondern geht in ihrer Intensität noch weit hierüber hinaus.³⁴ Bei der Bodycam werden zwar auch in Baden-Württemberg in einem bestimmten Rhythmus die nicht „verwendeten“ Aufnahmen überschrieben, aber zu jedem Zeitpunkt kann der kameraführende Beamte die „Ak-

²⁹ So findet sich etwa im Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Fahndung bei besonderen Gefahrenlagen und zum Schutz von Beamtinnen und Beamten der Bundespolizei durch den Einsatz von mobiler Videotechnik (BT-Drs. 18/10939), der zum geltenden § 27a Abs. 2 BPolG geführt hat, nicht ein einziger Satz zur (verfassungs-)rechtlichen Begründung dieser hoch umstrittenen Maßnahme.

³⁰ BVerfGE 120, 378.

³¹ BVerfGE 120, 378 LS 1.

³² BVerwG NVwZ 2015, 906.

³³ BVerfGE 150, 244, LS 1.

³⁴ Zöller, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 64.

tivierung“ und damit auch die Speicherung schon im System vorhandener Daten auslösen. Damit verbleibt es gerade nicht bei einer rein technischen Verarbeitung.³⁵ Zudem ist die Datenqualität eine andere, da hier nicht nur ein Kennzeichen als Zahlen- und Buchstabenkombination erfasst und mit dem Fahndungsbestand abgeglichen, sondern über einen nicht unerheblichen Zeitraum hinweg ein Lebenssachverhalt in Ton und Bild mit einer Fülle personenbezogener Daten aufgezeichnet und ggf. anschließend genutzt wird. Infolgedessen stellen auch Datenerhebungen unter Nutzung der Prerecording-Funktion eindeutig einen Grundrechtseingriff dar.³⁶ Auf die zeitliche Dauer der eingestellten Aufzeichnungsschleife kommt es dabei nicht an. Jeder, der sich auch nur ein wenig mit polizeilichen Einsatz- und Zugriffssituationen auskennt, weiß, dass auch „nur 30 oder 60 Sekunden“ im Einsatzgeschehen eine Ewigkeit bedeuten können. Auch eine sehr kurze Speicherung ist eine Datenerhebung und somit ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht.³⁷ Der Sache nach handelt es sich hierbei um nichts anderes als um eine **anlasslose Überwachung**.³⁸

Eine solche Sammlung personenbezogener Daten zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts **unverhältnismäßig** und damit verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.³⁹ Dies gilt auch deshalb, weil – was in der bisherigen rechtspolitischen Diskussion noch nicht ausreichend berücksichtigt wird – durch die kontinuierliche Aufzeichnungsschleife auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der kameratragenden Polizeibeamten in erheblichem Maße beeinträchtigt wird, die damit einer Totalüberwachung auch privatester Verhaltensweisen (z.B. Essen, Toilettengänge, private Telefongespräche) sowie vertraulicher Einsatzinformationen (z.B. bei Äußerungen über Lageerkenntnisse oder heimliche Ermittlungsmaßnahmen) unterliegen. Außerdem wird das Prerecording regelmäßig (noch) gar **keine offene Videoüberwachungsmaßnahme** darstellen, da hier zumindest der auch nach § 44 Abs. 10 Satz 1 PolG-E grundsätzlich erforderliche, meist verbal erteilte Hinweis auf die (bevorstehende oder laufende) Aufzeichnung noch nicht erfolgt ist.⁴⁰ Für verdeckte Maßnahmen scheiden aber Bestimmungen wie § 44 PolG-E schon mit Blick auf die Überschrift der Norm („Offener Einsatz technischer Mittel zur Bild- und Tonaufzeichnung“) von vornherein als Ermächtigungsgrundlage aus.

³⁵ Zöller, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 64; *Parma* DÖV 2016, 809 (810).

³⁶ Zöller, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 64; *Schmidt*, Polizeiliche Videoüberwachung durch den Einsatz von Bodycams, 2018, S. 201; *Parma* DÖV 2016, 809 (810).

³⁷ *Dembowski* Polizeispiegel 2015, Heft 4, 22 (24).

³⁸ *Löffelmann* BayVBl. 2019, 121 (126).

³⁹ BVerfGE 65, 1 (46); 100, 313 (360); 130, 151 (187); *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn. 61; *Wohlfarth* LKRZ 2015, 437 (440); *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, S. 46; krit. auch *Schenke* VerwArch 2019, 436 ff.; a.A. *Schmidt*, Polizeiliche Videoüberwachung durch den Einsatz von Bodycams, S. 196 f., der bei zeitlich kurzem Einsatz des Prerecordings nur von einer geringfügigen Grundrechtsbeeinträchtigung ausgeht und somit in eine Abwägung eintritt.

⁴⁰ *Zöller*, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 65.

2. Einsatz in Wohnungen

a) Zweifelhafter einsatztaktischer Nutzen

Mit einem neuen § 44 PolG-E soll der Einsatz von Bodycams zukünftig auch innerhalb von Wohnungen ermöglicht werden. Bei dieser Thematik handelt es sich um einen „rechtspolitischen Dauerbrenner“, der in zahlreichen Bundesländern immer wieder – vor allem durch die Polizeigewerkschaften sowie die polizeiliche Führungsebene – neu entfacht wird, obwohl bereits seit Jahren bekannt ist, dass sich Rechtssicherheit in diesem Bereich faktisch nur durch eine – auf bundespolitischer Ebene traditionell nicht mehrheitsfähige – Änderung von Art. 13 GG erzielen ließe. Zudem stellt der Ruf nach Bodycams in Wohnungen in weiten Teilen eher eine „Scheindiskussion“ dar, die mittlerweile mehr ideologisch als juristisch dominiert wird. Dass dieser Vorwurf nicht aus der Luft gegriffen ist, wird deutlich, wenn man sich die typischen Einsatzsituationen vor Augen führt. Meist geht es um Situationen, in denen die Streifenbeamten durch die Leitstelle über einen möglichen Fall häuslicher Gewalt informiert werden („Fahrt mal in die X-Straße, Hausnummer Y, Stockwerk Z. Da soll ein Mann seine Frau/Lebensgefährtin/Tochter verprügeln!“). Der Einsatz von Bodycams folgt der Idee der **Abschreckung mit drohender Strafverfolgung** (sog. „Prävention durch Repression“).⁴¹ Dem potenziell Aufzuzeichnenden soll verdeutlicht werden, dass sein strafbares Handeln durch Videotechnik gerichts-fest dokumentiert wird, so dass er mit einer sicheren strafrechtlichen Verurteilung zu rechnen hat, wenn er sein Verhalten nicht ändert. Im Idealfall soll ihn schon dieser Hinweis des kameraführenden Beamten von strafbarem Verhalten abbringen. Das funktioniert aber rein praktisch nur dann, wenn der **Gefährder oder Tatverdächtige (noch) zu rationalen Entscheidungen fähig** ist. Wer noch Herr seiner Sinne ist, wird nach Eintreffen der Polizei am Einsatzort sein Opfer aber auch ohne Einsatz von Videotechnik kaum ernsthaft weiterverprügeln, weil ja dann die Polizeibeamten als Zeugen und damit Beweismittel für ein späteres Strafverfahren zur Verfügung stehen. Und wer – insbesondere unter dem Einfluss von Alkohol und/oder Betäubungsmitteln, das nicht erkennt, der lässt sich außer durch unmittelbaren Polizeizwang durch nichts mehr – auch nicht durch Bodycams – von seinem Tun abbringen.⁴² Insofern wird der **Nutzen** des Einsatzes von Bodycams in Wohnungen in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion maßlos überschätzt und **steht in keinem ernsthaften Verhältnis zu den verfassungsrechtlichen Risiken**.

b) Unzutreffender Wohnungsbegriff

Aus juristischer Sicht ist zunächst anzumerken, dass § 44 Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 Satz 2 und Abs. 8 Satz 3 PolG-E in unzulässiger und widersprüchlicher Weise innerhalb des verfassungsrechtlich determinierten Wohnungsbegriffs differenzieren. Danach sollen beim Einsatz in Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen deutlich geringere Anforderungen an die gesetzliche Befugnisnorm bzw. an wohnungsbezogene Grundrechtseingriffe zu stellen sein. Dass dies nicht der verfassungsrechtlichen Ausformung des Wohnungsbegriffs in Art. 13 GG entspricht, gesteht letztlich auch die Entwurfsbegründung zu.⁴³ Als

⁴¹ Zöllner, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 41.

⁴² Zöllner, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 48 f.

⁴³ So heißt es in LT-Drs. 16/8484, S. 142 wie folgt: „Dabei werden vom Begriff der Wohnung grundsätzlich auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume erfasst“.

Wohnung i.S. von Art. 13 Abs. 1 GG gelten ganz allgemein alle Räume, die durch Abschottung der allgemeinen Zugänglichkeit entzogen sind und als Stätte privaten Lebens und Wirkens dienen.⁴⁴ Dazu zählen neben Privaträumen auch Geschäfts- und Betriebsräume, da dort ebenfalls der Selbstverwirklichung dienenden Tätigkeiten nachgegangen wird.⁴⁵ Infolgedessen sind auch Räumlichkeiten wie Geschäfte, Gaststätten, Diskotheken, Spielhallen, Wettbüros oder Bordelle, in denen nachweislich gefahrenträchtige Einsatzsituationen für die Polizei an der Tagesordnung sind, grundsätzlich vom Schutz des Wohnungsgrundrechts erfasst. Der Hinweis der Entwurfsbegründung, dass die Anforderungen des Artikels 13 Abs. 7 GG geringer ausfallen, wenn es sich um reine Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftsräume handelt,⁴⁶ ist nicht nur inhaltlich zu bezweifeln, sondern auch mit Blick auf das konkrete Gesetzgebungsvorhaben unzutreffend, weil Art. 13 Abs. 7 GG auf den Einsatz von Bodycams in Wohnungen nach richtiger Auffassung gar keine Anwendung findet.

c) Fehlen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung

§ 44 PolG-E wird in seiner aktuellen Fassung nicht den Anforderungen gerecht, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung an die Rechtfertigung von Eingriffen in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG zu stellen sind. **Der Einsatz von Bodycams innerhalb von Wohnungen wird von keiner der in Art. 13 Abs. 2 bis 7 GG formulierten Schrankenregelungen abgedeckt.**⁴⁷ Im weitesten Sinne thematisch einschlägig sind insoweit ohnehin nur die Absätze 4, 5 und 7.

Nach **Art. 13 Abs. 4 Satz 1 GG** dürfen zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur auf Grundlage einer **richterlichen Anordnung** eingesetzt werden. Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme gemäß Art. 13 Abs. 4 Satz 2 GG auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine richterliche Entscheidung ist dann unverzüglich nachzuholen. Gemäß Art. 13 Abs. 4 GG kann die optische und akustische Überwachung zum Zweck der Gefahrenabwehr gerechtfertigt sein.⁴⁸ Erfasst werden davon insbesondere Videoüberwachungsmaßnahmen in Wohnräumen.⁴⁹ Eine Rechtfertigung des Einsatzes von Bodycams kommt unter den die Verhältnismäßigkeitsanforderungen konkretisierenden Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 4 GG im Falle des § 44 PolG-E aber schon deshalb nicht in Betracht, weil die Entwurfsverfasser hier auf die Etablierung eines Richtervorbehalts verzichtet haben.⁵⁰ Die stattdessen vorgesehene, nachträgliche richterliche Zustimmung nach § 44 Abs. 6

⁴⁴ BGHSt 44, 138 (140); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13 Rn. 10.

⁴⁵ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 41 Rn. 3

⁴⁶ So ausdrücklich LT-Drs. 16/8484, S. 142.

⁴⁷ So nun auch ganz aktuell noch einmal das auf Initiative des Saarländischen Landtags bei Herrn Kollegen *Christian Schäfer* von der Hochschule des Bundes, Fachbereich Kriminalpolizei, eingeholte Gutachten von ; vgl. dazu Saarbrücker Zeitung, Neues Gutachten: Bodycams in Wohnungen verfassungswidrig, abrufbar unter: https://www.saarbruecker-zeitung.de/saarland/landespolitik/gutachten-des-saarlaendischen-landtags-stuft-bodycams-in-wohnungen-als-verfassungswidrig-ein_aid-52818951.

⁴⁸ *Fink*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 13 Rn. 19.

⁴⁹ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 13 Rn. 34; *Petri* ZD 2018, 453 (458).

⁵⁰ Vgl. *Petri* ZD 2018, 453 (458).

PolG-E, die ohnehin bei Aufzeichnungen in Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftsräumen nicht erforderlich sein soll, wirkt vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund einigermaßen kurios.

Auch auf der Grundlage von **Art. 13 Abs. 5 GG** scheidet eine Rechtfertigung im Ergebnis aus. Dieser Eingriffsvorbehalt rechtfertigt nicht allgemeine Gefahrenabwehrmaßnahmen, sondern die technische Überwachung zum Integritätsschutz von in der Wohnung tätigen Personen. Schließlich heißt es in Art. 13 Abs. 5 Satz 1 GG ausdrücklich: „Sind technische Mittel **ausschließlich zum Schutze der bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen vorgesehen**...“. Selbst dann, wenn man den Einsatz von Bodycams in Wohnungen entgegen dem Wortlaut des Grundgesetzes auch auf die Fremdsicherung bezieht, gilt, dass ein solcher Einsatz, sofern er sich daneben auch auf **andere Zwecke**, insbesondere den der Gewinnung von Informationen zur Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung bezieht, nicht über Art. 13 Abs. 5 GG gerechtfertigt werden kann.⁵¹ Die Verfolgung weiterer Zwecke neben der Eigensicherung stellt aber in der Praxis gerade die typische Situation des polizeilichen Bodycam-Einsatzes dar. Polizeibeamte im Dienst halten sich regelmäßig nicht ohne Grund in fremden Wohnungen auf. Schließlich werden sich die Beamten typischerweise aus einem konkreten Anlass heraus, regelmäßig zur Verhütung oder Aufklärung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, in die Wohnung begeben, beispielsweise weil sie zu einem Nachbarschaftsstreit oder eine Verletzung im familiären Bereich gerufen werden. Infolgedessen überschreitet § 44 PolG-E gleich in mehrfacher Hinsicht den verfassungsrechtlich durch Art. 13 Abs. 5 GG abgesteckten Rahmen.

Eine Rechtfertigung des Bodycam-Einsatzes in Wohnungen ist schließlich entgegen der Entwurfsbegründung aber auch **auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 7 GG verfassungsrechtlich nicht zulässig**. Schon nach dessen eindeutigem Wortlaut („im Übrigen“) zeigt sich, dass diese Schranke nur subsidiär zur Anwendung kommen kann, wenn keiner der Eingriffsvorbehalte in Art. 13 Abs. 2 bis 5 GG thematisch einschlägig ist. Es darf also der Sache nach weder um Durchsuchungen (Art. 13 Abs. 2 GG) noch um technische Wohnraumüberwachung zur Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 3 GG), präventive technische Wohnraumüberwachung (Art. 13 Abs. 4 GG) oder technische Wohnraumüberwachung zur Eigensicherung ermittelnder Amtsträger (Art. 13 Abs. 5 GG) gehen.⁵² Mit § 44 PolG-E haben die Entwurfsverfasser aber gerade eine Regelung vorgeschlagen, die im Schwerpunkt der polizeilichen Gefahrenabwehr mit Hilfe von technischen Mitteln in Wohnungen dient. Sie haben somit eine Gemengelage aus dem thematischen Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 GG und Art. 13 Abs. 5 GG in Gesetzesform gegossen, ohne deren jeweilige Rechtfertigungsgrundlagen zu beachten. Ein Rückgriff auf Art. 13 Abs. 7 GG ist aber in solchen Fällen gesperrt, in denen für die einfachgesetzliche Ausgestaltung von Eingriffen in Art. 13 Abs. 1 GG die vorrangigen Art. 13 Abs. 2 bis 5 GG thematisch einschlägig sind.⁵³ Insofern stellt sich § 44 PolG-E, auch soweit es um die Regelung des

⁵¹ Kühne, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 13 Rn. 47; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 13 Rn. 35; Jarass/Piero, GG, Art. 13 Rn. 32; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13 Rn. 107; Löfelmann BayVBl. 2019, 121 (126).

⁵² Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13 Rn. 117; Kühne, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 13 Rn. 46; Hermes, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 13 Rn. 110; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 13 Rn. 57; Jarass/Piero, GG, Art. 13 Rn. 34; Sodan, in: Sodan (Hrsg.), GG, Art. 13 Rn. 18.

⁵³ Zöller, Der Einsatz von Bodycams zur polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 74; Schmidt, Polizeiliche Videoüberwachung durch den Einsatz von Bodycams, S. 439; Guckelberger DVBl 2017, 1121 (1128);

Bodycam-Einsatzes in Wohnungen geht, wegen Verletzung von Art. 13 Abs. 1 GG als verfassungswidrig dar.⁵⁴

Zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Rechtslage beim Einsatz von Bodycams als wichtigem Einsatzmittel der baden-württembergischen Polizei ist somit dringend zu empfehlen, in § 44 PolG-E die Nutzungsmöglichkeit für die Prerecording-Funktion bei Bodycams ersatzlos zu streichen. Entsprechendes gilt für den Einsatz von Bodycams in Wohnungen, der ohne Änderung des aktuell geltenden Verfassungsrechts (Art. 13 GG) nicht verfassungskonform in einer Art und Weise ausgestaltet werden kann, die den Anforderungen an die polizeiliche Einsatzpraxis genügen würde.

Trier, den 8. September 2020



PROF. DR. MARK A. ZÖLLNER

Petri, Stellungnahme zum Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 21. Dezember 2017, S. 27; *Löffelmann*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 30. Januar 2018, S. 27; a.A. *Schenke* VerwArch 2019, 436 (468), allerdings ohne nähere Belege für seine Interpretation von Art. 13 Abs. 7 Satz 2 GG; ohne jede nähere Begründung *Ziebarth* Die Polizei 2017, 76 (77); *Sitzberger* Die Polizei 2017, 211 (214).

⁵⁴ Ebenso *Petri* ZD 2018, 453 (458); *Löffelmann* BayVBl. 2019, 121 (126).