

Univ.-Prof. Dr. Dieter Kugelmann

Leiter des Fachgebietes Öffentliches Recht  
mit Schwerpunkt Polizeirecht  
einschließlich des internationalen Rechts  
und des Europarechts

Deutsche Hochschule der Polizei  
Zum Roten Berge 18 - 24  
D-48165 Münster

Tel.: 02501/806-437  
Sekretariat: 02501/806-279

E-mail: [Dieter.Kugelmann@dhpol.de](mailto:Dieter.Kugelmann@dhpol.de)

Deutscher Bundestag  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
18(4)273 C

## Stellungnahme

**zur Anhörung vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages**

**zu dem**

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Personalausweisgesetzes zur  
Einführung eines Ersatz-Personalausweises und zur Änderung  
des Passgesetzes**

**der Fraktionen der CDU/CSU und SPD**

**Drucksache 18/3831**

### I. Zielsetzung des Gesetzentwurfs

Ziel des Gesetzesentwurfes ist die effektive Verhinderung von Reisen bestimmter deutscher Staatsangehöriger, gegen deren Ausreise überragend wichtige Gründe sprechen. Betroffen sind erstens Personen, deren Ausreise in Krisenregionen aufgrund konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen von Straftaten nach den §§ 129a, 129b StGB die innere und äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden würde. Betroffen sind zweitens Personen, von denen aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie rechtswidrig Gewalt gegen Leib oder Leben als Mittel zur Durchsetzung international ausgerichteter politischer oder religiöser Belange anwenden oder eine solche Gewaltanwendung unterstützen oder vorsätzlich hervorrufen. Betroffen sind drittens Personen, gegen die eine vollziehbare Anordnung nach § 6 Abs. 7 i.V.m. § 7 Nr. 10 PassG besteht, die also im Verdacht stehen, sich gem. § 89a StGB strafbar gemacht zu haben.

Diesen Personen soll der Personalausweis entzogen werden können und sie sollen einen Ersatz-Personalausweis erhalten, der nicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet berechtigt (§ 6a PAusweisG-E). Falls gegen einen Passinhaber eine Passentziehung unter den Voraussetzungen angeordnet wurde, die den Entzug des Personalausweises erlauben, sollen

im Fall der Ausreise der Pass bzw. der Personalausweis aufgrund Gesetzes ungültig werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PassG-E; § 28 Abs. 1 lit. c PAusweisG-E).

Hintergrund der geplanten Gesetzesänderung ist laut der Gesetzesbegründung die inzwischen als hoch eingestufte abstrakte Gefährdung der Bundesrepublik Deutschland durch den islamisch-dschihadistischen Terrorismus.<sup>1</sup> Seit 2013 steige die Zahl deutscher Staatsangehöriger, die sich in den bewaffneten Auseinandersetzungen in den Krisenregionen insbesondere Syrien und Irak engagieren.<sup>2</sup> Die Ausreise solcher Personen destabilisiere durch im Ausland begangene Straftaten staatliche Strukturen in den Krisengebieten und stärke gleichzeitig terroristische Strukturen. Zudem stelle eine Rückreise dieser Personen durch eine oftmals mit ihr einhergehende weitere Vernetzung mit terroristischen Gruppierungen und die Möglichkeit verstärkter Radikalisierung eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland dar.

Der Gesetzentwurf knüpft an Tatbestände des geltenden Terrorismusstrafrechts an und zieht Folgerungen für das Personalausweisrecht. Die Bestimmung des § 89a StGB ist bereits durch § 7 Nr. 10 PassG in Bezug genommen, der mit der Schaffung des Straftatbestandes durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) zum 04.08.2009 eingeführt wurde.<sup>3</sup> Mit der ausdrücklichen Bezugnahme in § 6a PAusweisG-E auf die §§ 129a, 129b StGB soll nach der Begründung des Gesetzentwurfes die allgemeinere Voraussetzung einer Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland konkretisiert werden.<sup>4</sup>

Der Gesetzentwurf zielt weiter darauf ab, das Personalausweisgesetz mit dem Passgesetz zu harmonisieren. Nach der geltenden Rechtslage kann in den genannten Fällen zur Verhinderung der Ausreise zwar der Reisepass gem. §§ 7 und 8 PassG entzogen werden, aber nicht der Bundespersonalausweis. Bei diesem ist bisher lediglich eine räumliche Beschränkung möglich (§ 6 Abs. 7 PAuswG). Aufgrund der Möglichkeit aus Deutschland in andere EU-Mitgliedstaaten und eine Reihe von Drittstaaten allein mittels des Personalausweises einzureisen, wird dies als nicht hinreichend effektiv erachtet, um unberechtigte Ausreisen zu verhindern.<sup>5</sup>

Mit einem ergänzenden Änderungsantrag soll das PersonalausweisG insoweit dem PassG angepasst werden, als den Beförderungsunternehmen die Berechtigung zum Auslesen der verpflichtend notwendigen Daten aus dem Personalausweis eingeräumt wird.<sup>6</sup>

Der Gesetzentwurf steht im Zusammenhang der Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen zu „foreign terrorist fighters“ vom 24. September 2014.<sup>7</sup> Sie erlegt in Ziffer 2 den Mitgliedstaaten der VN die Pflicht auf, die Mobilität von Terroristen durch effektive Grenzschutzkontrollen und der Kontrolle der Ausgabe von Identitätspapieren und Reisedokumenten zu verhindern. Allerdings wird nicht ausdrücklich verlangt, die Ausreise

<sup>1</sup> BTDRs. 18/3831, S. 1, 8 auch zum Folgenden.

<sup>2</sup> Bislang sind 450 Personen zum Zweck der Unterstützung dort kämpfender Gruppierungen aus Deutschland nach Syrien gereist, wobei davon ca. 60 % über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügen, BTDRs 18/3831, S. 2, 8.

<sup>3</sup> BGBl. I 2009, vom 03.08.2009.

<sup>4</sup> BTDRs. 18/3831, S. 1, 8.

<sup>5</sup> Deutsche Staatsangehörige können in folgende Staaten sowohl mit dem Reisepass als auch mit dem Personalausweis visumfrei einreisen: Albanien, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Estland, Färöer, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Grönland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Kosovo, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, Monaco, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Polen, Portugal, Österreich, Rumänien, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Türkei, Tunesien, Ungarn, Vatikanstadt, Zypern.

<sup>6</sup> Ausschussdrucksache 18(4)271 vom 06.03.2015.

<sup>7</sup> Res. 2178 (2014).

durch die Versagung von entsprechenden Dokumenten zu verhindern. Den Staaten steht insoweit ein Spielraum zur Verfügung, die Ziele der Resolution zu erreichen. Als Instrument kommen auch bilaterale Vereinbarungen in Betracht, um die Reisen von Terroristen einzuschränken (Ziff. 11). Die Verpflichtung, Einreise und Transit von Personen zu verhindern, die sich an der Vorbereitung oder Durchführung terroristischer Akte beteiligen, ist dagegen sehr viel strenger (Ziff. 8). Dies gilt auch für die von der Resolution geforderten Regelungen des Strafrechts (Ziff. 6). Die Einschränkung von Reisebewegungen betroffener Personen durch staatliche Regelungen, allerdings nicht zwingend die Passversagung, zählt zu den Zielen der Resolution.

## II. Gesetzliche Rahmenbedingungen

Das Terrorismusstrafrecht und das Passgesetz dienen als Anknüpfungspunkte des Gesetzentwurfes, auf die auch in den Neuregelungen des Personalausweisgesetzes verwiesen wird. Die Regelungen der §§ 89a, 129a, 129b StGB verlagern die Strafbarkeit in das Vorfeld konkreter Straftaten, wodurch die Einschätzung des Gesetzentwurfes zum PAusweisG beeinflusst wird. Wesentlichen Einfluss auf die Neuregelung nimmt zudem das PassG, auf das im Gesetzeswortlaut verwiesen wird und mit dem eine Harmonisierung herbeigeführt werden soll.

### 1. Strafrecht

Das Terrorismusstrafrecht zeichnet sich durch Besonderheiten aus. Die Abgrenzung der Kategorien der strafrechtlichen Reaktion und der polizeilichen Gefahrenabwehr verschwimmt.<sup>8</sup>

#### a) § 129a StGB, Bildung terroristischer Vereinigungen<sup>9</sup>

Der § 129a StGB dient in erster Linie dem Schutz der inneren öffentlichen Sicherheit<sup>10</sup>. Darüber hinaus können auch die Funktionsfähigkeit des Staates oder einer internationalen Organisation als Schutzgut angesehen werden, sowie der öffentliche Friede<sup>11</sup> (aufgrund der besonderen Eignung und Bestimmung der Tat, gem. Abs. 2). Die Norm ist auf den Schutz vor besonders gefährlichen Vereinigungen gerichtet<sup>12</sup> und verlagert den Rechtsgüterschutz durch Strafe deutlich vor den Eintritt eines Schadens<sup>13</sup>, wodurch die Zielrichtung der Norm verdeutlicht wird, die einschlägigen Straftaten zu verhindern.<sup>14</sup> Als Tatalternativen im

<sup>8</sup> Griesbaum/Wallenta, NStZ 2013, 369; kritisch Isensee, Freiheit und innere Sicherheit, in : 10 Jahre 11. September - Die Rechtsordnung im Zeitalter des Ungewissen, 2012, S. 25; Sieber, NStZ 2009, 353.

<sup>9</sup> Fassung aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2003 (BGBl. I 2836) m.W.v. 28.12.2003.

<sup>10</sup> Griesbaum/Wallenta, NStZ 2013, 369, 372.

<sup>11</sup> BGHSt 41, 47, 53; Griesbaum/Wallenta, NStZ 2013, 369, 372.

<sup>12</sup> MüKo-Schäfer, 2. Auflage 2012, § 129a Rn. 1, vgl. auch Zöller, Terrorismusstrafrecht: Ein Handbuch, 2009, S. 512 ff.

<sup>13</sup> BGHSt 41, 47, 51.

<sup>14</sup> Griesbaum/Wallenta, NStZ 2013, 369, 373.

Hinblick auf terroristische Vereinigungen werden unter Strafe gestellt: Gründen, mitgliedschaftliche Beteiligung, Unterstützen und Werben um Mitglieder oder Unterstützer.

Durch die Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes ermöglicht die Norm neben der Möglichkeit des (frühen) Strafens auch eine zeitigere Ergreifung von staatlichen Ermittlungsmaßnahmen, deren Voraussetzungen in der Regel das Vorliegen eines Anfangsverdachts einer Straftat ist. Das strafprozessuale Instrumentarium kann zur Anwendung kommen.

Der § 129a StGB wurde durch das Anti-Terrorismugesetz vom 18.8.1976<sup>15</sup> als Qualifikationstatbestand zu § 129 StGB in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Die Einführung der strafbaren Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung stand in unmittelbarem Zusammenhang mit den aufkommenden Aktivitäten der RAF zu Beginn der 1970er Jahre<sup>16</sup>. Durch das Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus<sup>17</sup> hat der Gesetzgeber die Tatbestandsvarianten des Gründens und der mitgliedschaftlichen Beteiligung mit höherer Strafe bedroht und die Alternativen des Unterstützens und Werbens gesondert erfasst. Weitreichende Veränderungen erfuhr das Gesetz nach den Anschlägen vom 11.9.2001. Mit dem 34. Strafrechtsänderungsgesetz<sup>18</sup> hat er den Tatbestand des Werbens eingeschränkt; während bis dahin jede Art der Werbung für eine terroristische Vereinigung mit Strafe bedroht war, ist seither nur noch das Werben um Mitglieder oder Unterstützer strafbar. Dem lag das Ziel zu Grunde, eine gegenüber der bisherigen Rechtsprechung klarere Eingrenzung des Tatbestandsmerkmals des Werbens zu erreichen und dieses auf die Fälle zu beschränken, in denen auch unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) die Pönalisierung erforderlich sei; hierzu sollte insbesondere der Bereich der sog. reinen Sympathiewerbung von der Strafbarkeit ausgenommen werden<sup>19</sup>. Durch das Gesetz vom 22. Dezember 2003 hat der Gesetzgeber in § 129 a StGB schließlich deutliche Differenzierungen zwischen den Tatbestandsalternativen des Unterstützens und des Werbens um Mitglieder oder Unterstützer vorgenommen, je nach Art der terroristischen Vereinigungen.<sup>20</sup>

#### b) § 89a StGB, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat

Am 4. August 2009 ist das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) in Kraft getreten.<sup>21</sup> Durch dieses Gesetz wurden im Bereich des materiellen Terrorismusstrafrechts drei neue Straftatbestände geschaffen, §§ 89a, 89b und 91 StGB. Diese knüpfen an Verhaltensweisen an, die vom Gesetzgeber als typische Vorfeldhandlungen bei der Vorbereitung von Terroranschlägen bewertet werden.<sup>22</sup> Erfasst werden Vorbereitungen, die nach den Umständen bestimmt und geeignet sind, schwere staatsgefährdende Gewalttaten hervorzurufen, wie die Wahrnehmung oder das Angebot von Ausbildungen (§ 89a Abs. 1, 2 Nr. 1 StGB, z.B. in sog. Terrorcamps), die Verbreitung oder der Bezug von Anleitung, die staatsgefährdenden Gewalttaten dienen (§ 91 Abs. 1 StGB), die Aufnahme von Kontakten zu terroristischen Vereinigungen zur Ermöglichung solcher Ausbildungen (§ 89b StGB) sowie Formen des Umgangs mit bestimmten Gegenständen oder Stoffen (§ 89 a Abs. 2 Nr. 2-4 StGB). § 89 a verschiebt die Grenzen der Strafbarkeit weit in

<sup>15</sup> BGBl. I 2181, in Kraft seit dem 21.9.1976.

<sup>16</sup> Zöller, Terrorismusstrafrecht: Ein Handbuch, 2009, S. 511.

<sup>17</sup> BGBl. I 2566, vom 19.12.1986.

<sup>18</sup> BGBl. I 3390, vom 29.08.2002.

<sup>19</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24. April 2002, BT-Drs. 14/8893 S. 8.

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 16. Mai 2007 – AK 6/07, StB 3/07 –, BGHSt 51, 345, Rn. 7-10.

<sup>21</sup> BGBl. I 2009, vom 03.08.2009.

<sup>22</sup> Radtke/Steinsiek, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2008, S. 384 zum Referentenentwurf vom 21.4.2008.

das Vorfeld des eigentlichen terroristischen Anschlags und der konkreten Gefahren. Der Tatbestand sanktioniert die Vorbereitung sog. „schwerer staatsgefährdender Gewalttaten“.

Ziel des Gesetzes ist es, eine möglichst effektive strafrechtliche Verfolgung auch von organisatorisch nicht gebundenen Tätern zu ermöglichen, die schwere staatsgefährdende Gewalttaten vorbereiten. Zudem bringen die mit § 89a StGB einhergehenden erweiterten Ermittlungsbefugnisse als (gewollten) Nebeneffekt auch weitreichende prozessuale Eingriffe mit sich (z.B. die Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO; die Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO; die Wohnungsdurchsuchung bei „anderen Personen“ nach § 103 StPO sowie die Einrichtung von Kontrollstellen nach § 111 StPO; darüber hinaus soll der dringende Tatverdacht der Begehung einer Straftat nach § 89 a StGB einen Haftgrund gem. § 112 a II Nr. 2 StPO darstellen und die Vermögensbeschlagnahme nach § 443 StPO möglich sein).<sup>23</sup>

In der Literatur sieht sich der § 89a StGB einigen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.<sup>24</sup> Es wird dabei auf eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art 103 GG hingewiesen.<sup>25</sup> Außerdem werden vielfältige verfassungsrechtliche und strafrechtsdogmatische Probleme gesehen, die sich aus der extrem weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit ergeben.<sup>26</sup>

Diese Bedenken teilt der BGH in seiner Entscheidung vom 08.05.2014 jedoch nicht<sup>27</sup>:

*„...Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher, Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand deren Wortlauts voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, und in Grenzfällen wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist.*

*Allerdings muss der Gesetzgeber auch im Strafrecht in der Lage bleiben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden. Hätte er stets jeden Straftatbestand bis ins Letzte auszuführen, anstatt sich auf die wesentlichen und dauerhaften Bestimmungen über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe zu beschränken, bestünde die Gefahr, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten. Wegen der gebotenen Allgemeinheit und der damit zwangsläufig verbundenen Abstraktheit von Strafnormen ist es unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Das Bestimmtheitsgebot bedeutet deshalb nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen wäre, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit unmittelbar in ihrer Bedeutung für jedermann erschließbaren deskriptiven Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben. Es schließt somit die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln nicht von vornherein aus.*

*Nach diesem Maßstab bestehen gegen § 89a StGB keine durchgreifenden Bedenken. Die Vorschrift erlaubt trotz einer Vielzahl von Tatbestandsmerkmalen, die der Ausfüllung bedürfen, dem Normadressaten insgesamt noch eine ausreichende Prognose dahin, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist.“*

<sup>23</sup> Gesetzesbegründung vom 25.03.2009, BT-Dr 16/12428.

<sup>24</sup> Deckers/ Heusel, ZRP 2008, 169 ff; Mitsch, NJW 2015, 209 ff; Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NStZ 2009, 593; Radtke/Steinsiek, JR 2010, 107.

<sup>25</sup> Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NStZ 2009, 593, 597; Mitsch, NJW 2015, 209.

<sup>26</sup> Mitsch, NJW 2015, 209; Deckers/ Heusel, ZRP 2008, 169, 170 f.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 08. Mai 2014 – 3 StR 243/13 –.

Ebenso sah der BGH in seiner Entscheidung die Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Stadium der Vorbereitung nicht als problematisch an. Eine solche Vorverlagerung in das Stadium der Deliktsvorbereitung sei dem deutschen materiellen Strafrecht auch sonst nicht fremd (vgl. etwa §§ 80, 83, 149, 202c StGB).<sup>28</sup>

Dennoch stellt sich die Frage, ob eine dermaßen weite Vorverlagerung der Strafbarkeit und die Kriminalisierung alltäglichen Handelns mit dem verfassungsrechtlich anerkannten Prinzip der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind. Die Straftatbestände führen das Strafrecht in den Grenzbereich des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts. Die Straftatbestände kriminalisieren Handlungen, die extrem weit im Vorfeld einer abstrakten Rechtsgutsgefährdung liegen mit der Begründung, „Gefahren“ vorzubeugen.<sup>29</sup> Dies ist aber zuallererst die Aufgabe des Gefahrenabwehrrechts und nicht des Strafrechts. Wo eine Gefährdung des Rechtsguts noch in großer Distanz liegt und nicht nur zeitlich, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht ungewiss ist, scheinen präventive Möglichkeiten zu Maßnahmen auf Grund der Polizeigesetze der Länder durchaus sachgerechter und ausreichend.<sup>30</sup>

Es ist zu fragen, wann ein menschliches Verhalten die Schwelle zur Sozialschädlichkeit und damit zur Strafbarkeit überschreitet, so dass eine Bestrafung als gerechtfertigt erscheint. Das Strafrecht dient zwar dem Schutz von Rechtsgütern und kann damit auch präventive Zwecke erfüllen, jedoch ist das Strafrecht als ultimo Ratio gerade nicht zu einem lückenlosen präventiven Schutz bestimmt.

Bei einer Vorverlagerung der Strafbarkeit wie im Falle des § 89 a StGB würde so nach kritischen Stimmen Polizeirecht im Gewand des Strafrechts die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes unterlaufen, welches die Gesetzgebungskompetenz für Polizeirecht den Bundesländern zuweist (vgl. Art 70 GG).<sup>31</sup>

Von der Literatur werden schon die Erforderlichkeit und die praktische Bedeutung der Norm bezweifelt, da deren Funktion im wesentlichen als Anknüpfungspunkt für strafprozessuale Überwachungsmaßnahmen gesehen wird.<sup>32</sup> Eingewendet wird also, dass es bei dieser Ausdehnung der Strafe weit ins Vorfeld einer konkreten Schädigung nicht nur darum gehe, potentielle Gefährder zu bestrafen; es gehe auch darum, gegen sie mit den schweren Geschützen der Strafprozessordnung vorgehen zu können; es gehe um flächendeckende kriminalistische Prävention mit der Legitimation des Strafrechts.<sup>33</sup>

Dem hält der BGH entgegen, dass sich die Strafverfolgung zunehmend mit Sachverhalten zu befassen habe, die traditionell dem Gebiet der Gefahrenabwehr zuzurechnen seien.<sup>34</sup> Das Problem der immer weiterreichenden Vermischung präventiven und repressiven Maßnahmen ist insgesamt nicht neu.<sup>35</sup> Die Vorschrift ist nach dem BGH in verfassungskonformer Auslegung auch verhältnismäßig. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert eine Abwägung zwischen dem bei strafrechtlicher Pönalisierung im hohen Maße betroffenen Grundrecht der Freiheit der Person und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 2 GG) und dem Grad der Gefahrrealisierung auf der anderen Seite. Nach dem BGH muss, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht zu werden, die Vorschrift zumindest

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 08. Mai 2014 – 3 StR 243/13 – (Rz. 26).

<sup>29</sup> So wird die Entwicklung des Strafrechts u.a. als „modernes Strafrecht“, „Verwandlung des Strafrechts in ein Gefahrenabwehrrecht“, „symbolisches Strafrecht“ oder „Risikostrafrecht“ umschrieben; vgl. Zöller, Terrorismusstrafrecht: Ein Handbuch, 2009, S. 501

<sup>30</sup> Deckers/ Heusel, ZRP 2008, 169 (171).

<sup>31</sup> Mitsch, NJW 2015, 209 (211); so auch Deckers/ Heusel, ZRP 2008, 169 (171).

<sup>32</sup> MüKo- Schäfer, 2. Auflage 2012, § 89 a, Rn. 4 m.w.N.

<sup>33</sup> Prantl, „Der Terrorist als Gesetzgeber – Wie man mit Angst Politik macht“, 2008, S. 143; so auch Mitsch, NJW 2008, 2295(2298).

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 08. Mai 2014 – 3 StR 243/13 – (Rz. 26).

<sup>35</sup> Vgl. zur Strafverfolgungsvorsorge von Graulich NVwZ 2014, 685 ff.

dahingehend einschränkend ausgelegt werden, dass der Täter bei der Vornahme der in § 89a Abs. 2 StGB normierten Vorbereitungshandlungen zur Begehung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat bereits fest entschlossen sein muss<sup>36</sup>:

*„Indes sähe der Senat - auch unter Berücksichtigung der durch § 89a StGB eröffneten, weit gespannten Reaktionsmöglichkeiten auf der Rechtsfolgenseite - die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit vor diesem Hintergrund als überschritten an, wenn es zur Begründung der Strafbarkeit auf der subjektiven Tatseite lediglich erforderlich wäre, dass es der Täter nur für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, das von ihm ins Auge gefasste Vorhaben auch umzusetzen. Dem kann indes durch eine verfassungskonforme Restriktion des subjektiven Tatbestands Rechnung getragen werden. Aus den genannten Gründen ist es zur Wahrung der Grundsätze des Tatstrafrechts sowie des Schuldprinzips und damit elementarer Garantien des Grundgesetzes erforderlich, dass der Täter bei der Vornahme der in § 89a Abs. 2 StGB normierten Vorbereitungshandlungen zur Begehung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat bereits fest entschlossen ist.“*

## 2. Versagungsgrund des § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG unter Verweis auf § 89a StGB

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 10 PassG ist die zuständige Behörde bei Vorliegen der jeweiligen Gründe berechtigt, einem Bewerber den Pass zu versagen. Zudem kann nach § 8 ein Pass unter den Voraussetzungen des § 7 PassG auch entzogen werden. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG ist der Pass zu versagen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, dass der Passbewerber eine in § 89a des Strafgesetzbuchs beschriebene Handlung vornehmen wird. Dies führt nicht nur zur Möglichkeit der Passversagung, sondern ermöglicht es den Grenzschutzbehörden nach § 10 Abs. 1 Satz 2 PassG auch, Deutschen die Ausreise zu untersagen, wenn etwa anlässlich der Ausreisekontrolle gewonnene oder sonst kurzfristig erlangte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein solcher Passversagungsgrund vorliegt, selbst wenn es noch nicht zu einer förmlichen Versagung durch die Passbehörde gekommen ist.

Die Tatsachen, welche die Behörde zur Passversagung oder -entziehung bewegen, müssen hierbei nicht eindeutig beweisbar sein; vielmehr ist eine auf Tatsachen gestützte positive Gefahrenprognose ausreichend.<sup>37</sup> Es reicht für eine Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der Behörde aus, dass die Tatsachen, auf denen die Entscheidung beruht, konkret und belegbar sind.<sup>38</sup>

Zwar kann eine Reihe von Fällen, die von dieser Vorschrift erfasst werden, bereits unter § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG fallen. Immerhin entfaltet § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG dann Bedeutung, wenn statt der inneren und äußeren Sicherheit der Bundesrepublik jene eines anderen Staates betroffen ist.<sup>39</sup> Dies betrifft insbesondere Handlungen, die dem Erlernen, Auffrischen und Vertiefen von militärischen Fertigkeiten dienen sollen.<sup>40</sup> Derartige des Passbewerbers können nicht in allen Fällen als das internationale Ansehen der Bundesrepublik gefährdend gemäß § 7

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 08. Mai 2014 – 3 StR 243/13 – (Rz. 45).

<sup>37</sup> VG Berlin, Urteil vom 06. März 2012 (Rz. 18) – 23 K 59.10 –,

<sup>38</sup> Daum, DÖV 2014, 526 (529).

<sup>39</sup> BT-Drs. 16/ 1249, S. 20; vgl. auch Hornung/ Möller, PassG/PAuswG, § 7 PassG Rn. 32.

<sup>40</sup> Daum, DÖV 2014, 526 (532).

Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 PassG angesehen werden.<sup>41</sup> Nur weil ein Islamist die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, heißt dies noch nicht, dass durch eine seiner Taten das Ansehen der Bundesrepublik gefährdet ist. Der Zweck des § 7 Nr. 10 PassG liegt darin, solche Fälle zu erfassen, die im Anwendungsbereich des Terrorismusstrafrechts liegen.

### III. Verfassungsrecht

#### 1. Ausreisefreiheit

Jeder deutsche Staatsangehörige genießt die Ausreisefreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>42</sup> Sie gewährt die Freiheit, das Bundesgebiet zu verlassen. Der vorliegende Gesetzentwurf schränkt diese Freiheit für den von ihm erfassten Personenkreis ein. Eingriffe in das Grundrecht liegen im Entzug des Personalausweises und dem damit verbundenen Ausstellen eines Ersatzdokuments sowie in der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Ungültigkeit von Pass- bzw. Ausweisdokumenten. Diese Eingriffe bedürfen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Das rechtsstaatliche Gebot der Rechtsklarheit und Bestimmtheit verlangt die klare Beschreibung der tatbestandlichen Voraussetzungen für belastende Maßnahmen. Aufgrund der Anknüpfung an die an der Grenze der zulässigen Bestimmtheit liegenden Tatbestände der §§ 89a, 129a StGB unterliegt folgerichtig der § 6a Abs. 1 PAusweisG-E Bedenken. Dies gilt zum einen für den Verweis auf die strafrechtlichen Vorschriften, die selbst aufgrund ihres besonderen Charakters durchaus allgemeine Formulierungen enthalten. Diese Bedenken werden aber dadurch in ihrer Schlagkraft gehemmt, dass der BGH in Strafsachen den § 89a StGB und das zu Grunde liegende Regelungskonzept aufrecht erhalten hat. Den Besonderheiten und Eigenarten der als strafwürdig erachteten Verhaltensweisen ist jedenfalls Rechnung getragen.

Begrenzend wirkt der Zweck der Vorschrift, lediglich Fälle zu erfassen, die eine Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG darstellen. Aufgrund dieses Zwecks ist in § 6a Abs.1 Nr. 1 PAusweisG-E die zusätzliche Voraussetzung hineinzulesen, dass eine einschlägige Sicherheitsgefährdung darin liegen muss, dass die Person einer terroristischen Vereinigung angehört oder diese unterstützt. Nicht jede Unterstützungshandlung muss zwingend zu der Bewertung führen, dass die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in einer Weise gefährdet ist, die einen überragenden Grund des Gemeinwohls bedeutet, der zu einer Verhinderung der Ausreise berechtigt.<sup>43</sup>

Die verfassungsrechtliche Bestimmtheit des § 6a Abs. 1 Nr. 2 PAusweisG-E unterliegt ebenfalls Zweifeln.<sup>44</sup> Hier wird unabhängig vom Strafrecht ein eigenständiger Versagungstatbestand geschaffen, der insbesondere in der Ausprägung einer bloßen Unterstützung der Gewaltanwendung eine Vielzahl von Verhaltensweisen erfassen könnte. Eine Eingrenzung wird durch den besonderen Gewaltbegriff herbeigeführt. Zum einen ist nur Gewalt gegen Leib oder Leben erfasst, zum anderen muss diese auf die Durchsetzung

---

<sup>41</sup> Vgl. Daum, DÖV 2014, 526 (531).

<sup>42</sup> Eingehend Rossi, AöR 127 (2002), S. 612.

<sup>43</sup> Die Notwendigkeit eines überragenden Grundes betont auch die Gesetzesbegründung, BT DRs. 18/3831, S. 1.

<sup>44</sup> So der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum vorliegenden Gesetzentwurf, Drs. 21/15 vom 06.03.2015.

international ausgerichteteter politischer oder religiöser Belange gerichtet sein. Angesichts der teleologischen Reduktion auf die Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit, die auch hier zum Tragen kommt, dürfte der Anwendungsbereich des § 6a Abs. 1 Nr. 2 PAusweisG-E minimal sein.

Die Verhältnismäßigkeit der Regelung ist vor dem Hintergrund der Tragweite des Grundrechtseingriffs zu untersuchen. Zweck der vorliegenden Regelungen ist die effektive Verhinderung der Ausreise des erfassten Personenkreises. Dafür ist der Entzug des Personalausweises geeignet. Als milderer Mittel kommt eine Veränderung des Personalausweises in Betracht. Dies würde dessen Funktionalität erhalten, müsste aber zugleich durch entsprechende Kennzeichnungen, etwa durch einen roten Balken, die Sichtbarkeit des Ausreiseperrvermerks sicherstellen. Eine Veränderung des im Rechtsverkehr bekannten Personalausweises kann allerdings stigmatisierender wirken als die Ausstellung eines Aliud. Hier kommt es auf die Ausgestaltung des Ersatz-Personalausweises an.<sup>45</sup> Diese muss den Bedürfnissen der ungehinderten Teilnahme am Rechtsverkehr Rechnung tragen.

Eine Passversagung kann dem Grunde nach mit der Verfassung vereinbar sein.<sup>46</sup> Die Versagung des Passes nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG ist jedoch nur aus zwingenden staatschutzrechtlichen oder sonst staatspolitischen Gründen zulässig.<sup>47</sup> Sie wird vom Bundesverwaltungsgericht als Mittel der Gefahrenabwehr betrachtet.<sup>48</sup> Der Regelungsgrund liegt in der Bekämpfung des Terrorismus. Dieses legitime Ziel rechtfertigt aber nicht jede Regelung. Vielmehr ist darauf zu achten, dass die Regelung nicht über das Ziel hinausschießt, auch bei der Terrorismusbekämpfung sind Differenzierungen möglich und in Verwirklichung von Abwägungen ggf. erforderlich.

Nach § 6a Abs. 1 PAusweisG-E müssen bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, dass der Ausweisbewerber einen Entzugstatbestand erfüllt. In verfassungskonformer und damit enger Auslegung sind an die Bestimmtheit der Tatsachen hohe Anforderungen zu stellen. Vermutungen oder unbestimmte Verdachtsmomente reichen nicht aus. Für § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG werden konkrete und gerichtsverwertbare Tatsachen gefordert, die in das Vorliegen eines hinreichenden Verdachts im Sinne von § 203 StPO münden.<sup>49</sup> Der zuständigen Behörde müssen hinreichend bestimmte, aus verlässlichen Quellen stammende Tatsachen vorliegen, die eine stichhaltige Begründung für die Maßnahme erlauben.

Eine verfahrensrechtliche Abfederung stellt der § 6a Abs. 4 PAusweisG-E dar. Die Behörde trifft eine andauernde Prüfungspflicht über das Vorliegen der Voraussetzungen des Entzuges des Personalausweises. Sie muss hinreichend dokumentieren, dass sie dieser Prüfungspflicht nachkommt und welche hinreichend bestimmten Tatsachen das weitere Bestehen der Voraussetzungen begründen. Damit ist die Grundlage für effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gelegt.

---

<sup>45</sup> Ebenso BT Drs. 18/3831, S. 10.

<sup>46</sup> BVerfGE 6, 32.

<sup>47</sup> BVerwGE 6, 43; s. auch BVerwGE 3, 176.

<sup>48</sup> BVerwG MDR 1969, 246; Erbs/Kohlhaas/Wache, Beck-OK, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Oktober 2014, § 7 PassG Rn. 5.

<sup>49</sup> Erbs/Kohlhaas/Wache, Beck-OK, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Oktober 2014, § 7 PassG Rn. 3.

## 2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gleichheitssatz

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG beinhaltet den sozialen Achtungsanspruch der Person.<sup>50</sup> Eine Stigmatisierung durch ein Ausweisdokument, das sich von den gängigen Dokumenten unterscheidet, stellt einen Eingriff dar. Dies gilt für die Veränderung des Personalausweises oder Reisepasses durch optische Kennzeichnung ebenso wie für ein Ersatzdokument. Eine der Ziele der Neuregelung ist die erleichterte Sichtbarkeit des Ausreiseperrvermerks für Grenzschutzbeamte in der gesamten EU, gerade auch an der Außengrenze zur Türkei.

Was aber für den Grenzschutzbeamten auf den ersten Blick erkennbar ist, dürfte auch im alltäglichen Rechtsverkehr direkt auffallen. Der Gefahr einer Stigmatisierung der betreffenden Person soll vorgebeugt werden, indem der Ausreiseperrvermerk getrennt von ihren personenbezogenen Daten aufgebracht wird, sodass der Vermerk nicht direkt mit den für den rechtsgeschäftlichen Verkehr notwendigen Daten in den Blick fällt.

Eine Ungleichbehandlung, die an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen ist, kann auch darin liegen, dass ein Ersatz-Personalausweis nicht alle Funktionen des elektronischen Identitätsnachweises erfüllt, die ein digitaler Personalausweis mit Chip erfüllen kann.<sup>51</sup> Der die Ungleichheit begründende Umstand liegt darin, dass das Ziel der Ausreiseverhinderung für den erfassten betroffenen Personenkreis durch überragende Gemeinwohlgründe gerechtfertigt wird. Wenn eine Veränderung des geltenden Personalausweises, der die elektronischen Funktionen enthält, nicht gleich effektiv diesem Ziel dient, ist die Ungleichbehandlung hinzunehmen.

Das Schaffen einer Berechtigung von Beförderungsunternehmen, personenbezogene Daten zu erheben und zu verarbeiten (§ 20 Abs. 4 PAusweisG-E) greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung folgt den bereits erörterten Maßstäben der Verhältnismäßigkeit.

## IV. Unionsrecht, insbesondere das Recht des Schengen-Besitzstandes

### 1. Freizügigkeit

Das Unionsrecht gewährleistet die Freizügigkeit der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger nach Art. 21 AEUV.<sup>52</sup> Dies wird im Rahmen ihrer Anwendbarkeit menschenrechtlich aufgegriffen von Art. 45 Abs. 1 GRCh sowie Art. 2 Abs. 3 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK. Die grundsätzliche Rechtsposition des Einzelnen, sich frei in der Union zu bewegen, ist durch das Freizügigkeitsrecht europarechtlich abgesichert.<sup>53</sup> Ihre Grenzen liegen auch in dem Schutz der innerstaatlichen öffentlichen Sicherheit, die der Mitgliedstaat inhaltlich

<sup>50</sup> Herdegen, in: Maunz/Dürig, Stand: 71. Ergänzungslieferung, März 2014, Art. 1, Rn. 117; DiFabio, in: Maunz/Dürig, Art. 2, Rn. 169.

<sup>51</sup> So die Bedenken des Bundesrates in seiner Stellungnahme zum vorliegenden Gesetzentwurf, Drs. 21/15 vom 06.03.2015.

<sup>52</sup> Rossi, AöR 127 (2002), S. 612 ff.; Schwerdtfeger, EuZW 2012, 56.

<sup>53</sup> Rossi, Beck-OK Ausländerrecht, 6. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 9.

bestimmt. Er hat dabei die Unionsrechte zu beachten.<sup>54</sup> Die Unionsbürgerschaft folgt aus der nationalen Staatsangehörigkeit. Regelungen des Staatsangehörigkeitsrechts und des Passrechts liegen in der Kompetenz der Mitgliedstaaten.

Der vorliegende Gesetzentwurf schränkt die unionsrechtliche Freizügigkeit ein, weil die betroffenen Personen nicht aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ausreisen sollen. Die Gründe für die Einschränkung entsprechen in Gehalt und Grenzen denen, die bereits für die Beschränkung der Grundrechte der Ausreisefreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) erörtert wurden. Die dortigen Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit tragen auch hier.

## 2. Kontrollintensität nach dem Schengener Grenzkodex

Die Ausreise aus der Europäischen Union betrifft den Schutz der Außengrenzen und fällt grundsätzlich in die Kompetenzen der Union (Art. 78 AEUV). Der Schengen-Besitzstand enthält Regelungen zur Durchführung der Grenzkontrollen im Grenzkodex.<sup>55</sup>

Für Personen, die aus der Union ausreisen wollen, sieht Art. 7 Abs. 2 Schengener Grenzkodex als übliches Verfahren für Grenzübertritte an den Außengrenzen eine Mindestkontrolle zur Feststellung ihrer Identität vor. Eine solche Mindestkontrolle besteht aus einer raschen und einfachen Überprüfung der Gültigkeit des Dokuments, das dem rechtmäßigen Inhaber den Grenzübertritt erlaubt. Das Dokument wird auch auf gegebenenfalls vorhandene Fälschungs- und Verfälschungsmerkmale untersucht, wobei technische Geräte eingesetzt und ausschließlich die Daten über gestohlene, missbräuchlich verwendete, abhanden gekommene und für ungültig erklärte Dokumente in den einschlägigen Datenbanken abgefragt werden dürfen.

Eine Abfrage der nationalen und europäischen Datenbanken, um sicherzustellen, dass die betreffende Person keine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die internationalen Beziehungen der Mitgliedstaaten oder die öffentliche Gesundheit darstellt, ist nur im Einzelfall auf nicht systematischer Grundlage zulässig.

### a) Zur erleichterten Kontrolle des Ersatz-Personalausweises

Die Gesetzesbegründung geht von der Prämisse aus, dass die im Schengener Grenzkodex festgeschriebene Mindestkontrolle in Form einer bloßen Sichtkontrolle des Reisedokuments nicht dafür ausreicht, Ausreisen der betreffenden Personen effektiv zu verhindern. Im Vergleich zum regulären Personalausweis erleichtert die Ausgestaltung des Ersatz-Personalausweises mit einem Vermerk über die Ausreisebeschränkung die Sichtkontrolle. Die Erteilung eines Ersatz-Personalausweises soll es den zuständigen Behörden ermöglichen, die Ausreisebeschränkung vereinfacht festzustellen und die entsprechenden Maßnahmen zu treffen.

Tatsächlich ist das Vorliegen einer Ausreisebeschränkung zurzeit bei Grenzübertritten nur äußerst schwer feststellbar: Die Ausreisebeschränkung wird nicht auf dem regulären

<sup>54</sup> Rossi, AöR 127 (2002), S. 645.

<sup>55</sup> Verordnung (EG) Nr. 562/2006.

Personalausweis vermerkt. Sie wird des Weiteren nicht im Schengener Informationssystem ausgeschrieben, sodass die regelmäßig zulässige (aber nicht verpflichtende) Abfrage über missbräuchlich verwendete Dokumente in diesem Fall leerlaufen dürfte.

Die Erteilung eines Ersatz-Personalausweises ist dazu geeignet, die Ausreisebeschränkung unter erleichterten Bedingungen festzustellen. Schon die Vorlage eines papierbasierten Ersatz-Personalausweises dürfte die Grenzschutzbeamten alarmieren und ihre Aufmerksamkeit auf den Ausreiseperrvermerk lenken.

Die konkrete Ausgestaltung des Ersatz-Personalausweises spielt auch hier im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine Rolle. Als milderer Mittel käme etwa ein Ersatz-Personalausweis in Betracht, der dem regulären Personalausweis im äußerlichen Erscheinungsbild gleicht, zur Verdeutlichung des Ausreiseverbotes allerdings eine Markierung enthält, die für den Laien nicht direkt erkennbar ist. Das muss, anders als in der Gesetzesbegründung dargestellt, nicht etwa durch einen auffälligen roten Balken auf der Vorderseite des Dokuments geschehen. Stattdessen kommt auch eine Markierung in abstrakter, unauffälliger Form in Betracht. Dieses Mittel dürfte im Vergleich zur derzeit geplanten Ausgestaltung des Ersatz-Personalausweises auch gleich geeignet sein. Denn es kann von den Grenzschutzbeamten verlangt werden, die ihnen an den entsprechenden Grenzübergängen vorgelegten Personalausweise auf die entsprechende Markierung zu untersuchen.

Es spielt insoweit auch eine Rolle, dass nicht die gesamte Außengrenze unter Vorlage des Personalausweises überschritten werden darf. Das Problem liegt nur bei einigen wenigen Grenzübergängen zu Drittstaaten, die die Einreise lediglich mit Nutzung des Personalausweises zulassen und die Weiterreise in Krisenregionen wie Irak und Syrien ermöglichen (konkret betrifft das insbesondere die Türkei). Die hier zur Ausreise vorgelegten Personalausweise sind vorsichtig auf einen unauffälligen Ausreiseperrvermerk zu untersuchen. Die Grenzschutzbeamten sind entsprechend zu schulen, etwa über die europäische Grenzschutzagentur Frontex.

Im Ergebnis ist die Erteilung eines Ersatz-Personalausweises ein geeignetes und erforderliches Mittel, um die Ausreise aus der EU in Richtung einer Krisenregion zu verhindern. Andere Maßnahmen erweisen sich als nicht gleich effektiv.

#### b) Zur Abfrage von Daten im Schengener Informationssystem

Nach Art. 7 Abs. 2 Schengener Grenzkodex sind bei Grenzübertritten zwei Möglichkeiten der Abfrage von Datenbanken zu unterscheiden. Erstens ist die Datenabfrage über gestohlene, missbräuchlich verwendete, abhanden gekommene und für ungültig erklärte Dokumente im Rahmen der Mindestkontrolle aller Personen zulässig. Die zuständigen Grenzschutzbeamten müssen diese Abfrage zur Überprüfung der Gültigkeit des Ausweisdokuments aber nicht vornehmen, sondern treffen sie im Einzelfall nach eigenem Ermessen.

Zweitens ist eine Abfrage der nationalen und europäischen Datenbanken zulässig, um sicherzustellen, dass die betreffende Person keine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die internationalen Beziehungen der Mitgliedstaaten oder die öffentliche Gesundheit darstellt, das aber nur im Einzelfall auf nicht systematischer Grundlage.

#### (1) Abfrage von Personenausschreibungen auf nicht systematischer Grundlage

Folgende Personenausschreibungen können im Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II) erfolgen:<sup>56</sup>

- Daten zu Personen, nach denen zum Zwecke der Übergabehaft mit Europäischem Haftbefehl gesucht wird oder nach denen zum Zwecke der Auslieferungshaft gesucht wird, Art. 26 ff. Beschluss 2007/533/JI,
- Daten in Bezug auf Vermisste, die in Gewahrsam genommen werden müssen und/oder deren Aufenthaltsort festgestellt werden muss, Art. 32 ff. Beschluss 2007/533/JI,
- Ausschreibungen von Personen, die im Hinblick auf ihre Teilnahme an einem Gerichtsverfahren gesucht werden (Zeugen oder Täter, Art. 34 f. Beschluss 2007/533/JI),
- Personen- und Sachfahndungsausschreibungen zum Zwecke der verdeckten oder gezielten Kontrolle, Art. 36 ff. Beschluss 2007/533/JI.

Das umfasst insbesondere Daten von Personen zu Zwecken der Strafverfolgung und zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, wenn

- tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Person eine schwere Straftat, z. B. eine der in Artikel 2 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI genannten Straftaten, plant oder begeht, oder
- die Gesamtbeurteilung einer Person, insbesondere aufgrund der bisher von ihr begangenen Straftaten, erwarten lässt, dass sie auch künftig schwere Straftaten, z. B. eine der in Artikel 2 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI genannten Straftaten, begehen wird,
- die erfassten Informationen zur Abwehr einer von dem Betroffenen ausgehenden erheblichen Gefährdung oder anderer erheblicher Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit des Staates erforderlich sind.

Die Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 sieht weitere Personenausschreibungen vor, die sich jedoch nur auf die Kontrolle der Ein- und Ausreise von Drittstaatsangehörigen beziehen.

Im Schengener Informationssystem können also keine Ausreiseverbote eingetragen werden. Jedoch dürften die betreffenden ausreisenden Personen die Voraussetzung der Ausschreibung zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit nach Art. 36 Beschluss 2007/533/JI erfüllen.

Die Ausschreibung der betreffenden Personen im SIS II dürfte also schon jetzt möglich sein, wird aber im Vergleich zum Ersatz-Personalausweis nicht als gleich geeignet zur Verhinderung der Ausreise erachtet. Denn eine darauf gerichtete Abfrage ist gem. Art. 7 Abs. 2 Schengener Grenzkodex nur im Einzelfall auf nicht systematischer Grundlage möglich, nicht dagegen zur Überprüfung jeder ausreisenden Person. Die Ausschreibung im SIS II kann nur stichprobenweise erkannt werden und ist deshalb weniger effektiv und damit kein gleich geeignetes Mittel zur Überprüfung eines Ausreiseverbots.

## (2) Sachfahndungsausschreibungen im Zusammenhang mit den neuen Ungültigkeitstatbeständen

---

<sup>56</sup> Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 und Beschluss 2007/533/JI; näher zu SIS II Kugelmann, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch des Europarechts, 3. Auflage 2015, § 41, Rn. 109 ff.

Der Gesetzesentwurf sieht sowohl für den Personalausweis (vorläufigen Personalausweis/ Ersatz-Personalausweis) als auch für den Reisepass einen neuen Ungültigkeitstatbestand vor. Ergeht gegen den Pass- oder Personalausweisinhaber eine Anordnung über die Versagung oder Entziehung des Ausweises, kommt er dieser Anordnung aber nicht nach und verlässt die BRD, so sollen der Personalausweis wie auch der Reisepass kraft Gesetzes (also ohne behördliche Anordnung) ungültig sein.

Diese neuen Ungültigkeitstatbestände werden damit begründet, dass sie den zuständigen Behörden eine unmittelbare Ausschreibung des jeweiligen Ausweises im Schengener Informationssystem und in der Stolen-and-Lost-Travel-Documents-Datenbank von Interpol ermöglichen.

Gem. Art. 38 Abs. 1 Beschluss 2007/533/JI werden Daten in Bezug auf Sachen, die zur Sicherstellung oder Beweissicherung in Strafverfahren gesucht werden, in das SIS II eingegeben. Das umfasst gem. Abs. 2 lit. e) insbesondere gestohlene, unterschlagene, sonst abhanden gekommene oder für ungültig erklärte ausgefüllte Identitätsdokumente wie z.B. Pässe, Personalausweise, Führerscheine, Aufenthaltstitel und Reisedokumente.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 38 Beschluss 2007/533/JI nicht die Ungültigerklärung an sich für eine Ausschreibung im SIS II ausreichen lässt, sondern das Ausweisdokument zur Sicherstellung oder Beweissicherung im Strafverfahren gesucht werden muss. Der Gesetzesentwurf stellt diesen engen Zusammenhang zum Strafverfahren nicht her und dürfte deshalb zu kurz greifen. Die Ungültigerklärung allein reicht nicht aus, um das damit verfolgte Ziel der Ausschreibung im SIS II zu erreichen. Als darüber hinausgehende Anforderung ist zumindest die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens notwendig.

Der Art. 7 Abs. 2 Schengener Grenzkodex sieht für jeden Fall der Mindestkontrolle eine Datenabfrage über gestohlene, missbräuchlich verwendete, abhanden gekommene und für ungültig erklärte Dokumente vor. Diese Form der Datenabfrage ist bei jeder Mindestkontrolle möglich und unterscheidet sich damit grundlegend von der ebenfalls in Art. 7 Abs. 2 Grenzkodex vorgesehenen Abfrage zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die nur auf nicht systematischer Grundlage erfolgen darf. Insoweit erscheint die Abfrage zur Prüfung der Gültigkeit des Dokuments zunächst als effektives Mittel zur Verhinderung von Ausreisen, kann die im SIS II ausgeschriebene Ungültigerklärung doch bei der Mindestkontrolle festgestellt werden.

Allerdings wird in der Gesetzesbegründung (an anderer Stelle) betont, dass dieser Sachfahndungsabgleich im Schengenraum für die jeweiligen Schengenstaaten nicht verbindlich ist. Die zuständigen Grenzschutzbeamten sind nicht generell verpflichtet, diese Abfrage zur Überprüfung der Gültigkeit des Ausweisdokuments vorzunehmen, sondern entscheiden im Einzelfall nach eigenem Ermessen. Die Gesetzesbegründung scheint hier in sich widersprüchlich, zielt sie doch mit der Ungültigerklärung auf einen Fahndungsabgleich, den sie selbst aufgrund der fehlenden Verpflichtung zur Datenabfrage als nicht besonders effektiv einschätzt.

Die Ungültigkeitserklärung ermöglicht einen Fahndungsabgleich mit dem SIS II, der für die Verhinderung der Ausreise allerdings weniger effektiv als die Erteilung eines Ersatz-Personalausweises ist. In Betracht kommen jedoch Fälle, in denen die betreffende Person ihren regulären Personalausweis nicht abgibt und den Ersatz-Personalausweis nicht entgegennimmt. Für diese Fälle ermöglicht die Ungültigkeitserklärung noch immer eine effektive Kontrolle.

Festzuhalten bleibt, dass sich in diesem Zusammenhang Inkonsistenzen im Schengen acquis zeigen. Art. 7 Abs. 2 Grenzkodex erlaubt im Rahmen der Mindestkontrolle auch die

Überprüfung im Hinblick auf missbräuchlich verwendete Dokumente. Ein Personalausweis, der trotz Ausreiseverbot zur Ausreise in Drittstaaten benutzt wird, wird missbräuchlich verwendet. Das Ausreiseverbot kann aber nicht im SIS eingetragen werden, sodass die Abfrage mit dem SIS keinen Hinweis auf eine missbräuchliche Verwendung liefern kann. Insofern ist zu begrüßen, dass sich die Mitgliedstaaten darauf verständigt haben, dass national ausgeschriebene Dokumente, die nicht zur Ausreise berechtigen, künftig im SIS II auszuschreiben sind.<sup>57</sup> Laut Auskunft der Bundesregierung handelt es sich dabei um eine Spezifizierung des bestehenden Rechts, die Anfang 2015 implementiert werden soll. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang aber auch: Sollte es tatsächlich zur Umsetzung dieses Vorschlags kommen und kann das Ausreiseverbot im SIS II festgehalten werden, so entfällt die Notwendigkeit, Personalausweis und Pass für ungültig zu erklären. Es fehlt dann bereits an einem legitimen Ziel, das mit der Ungültigkeit verfolgt werden könnte, da ein entsprechender Abgleich (missbräuchlich verwendetes Dokument im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Grenzkodex) mit dem SIS II schon über das Ausreiseverbot möglich ist.

## V. Zusammenfassung

Der BGH in Strafsachen hat das Grundkonzept des Terrorismusstrafrechts gebilligt, auf das der vorliegende Gesetzentwurf Bezug nimmt. Damit ist selbstverständlich die Diskussion nicht beendet, zumal das Bundesverfassungsgericht durchaus zu anderen Ergebnissen kommen könnte, wenn es mit einschlägigen Konstellationen befasst würde. Die Einwände der mangelnden Bestimmtheit und der mangelnden Verhältnismäßigkeit sind nicht letztlich ausgeräumt. Die zu Grunde liegende Frage, ob und inwieweit zur Bekämpfung des Terrorismus ein Ausreizen gesetzgeberischer Spielräume zu starke allgemeine Rückwirkungen hat, muss gestellt und diskutiert werden. Dies gilt auch für das Verhältnis von Prävention und Repression und ihre Zuweisung zum Gefahrenabwehrrecht bzw. zum Strafprozessrecht. Der vorliegende Gesetzentwurf beruht auf dem geltenden Konzept. Damit handelt es sich nach aktuellem Rechtsstand um eine schlüssige Weiterentwicklung. Korrekturlement ist die verfassungskonforme Auslegung.

Der Entzug des Personalausweises greift in Rechte ein, die sowohl verfassungsrechtlich wie europarechtlich gewährleistet sind. Die Regelungen des Gesetzesentwurfes verfolgen jedoch ein legitimes Ziel. Sie bilden einen Baustein im Rahmen der Bekämpfung des nationalen und internationalen Terrorismus.

Die Regelungen des Schengen-Besitzstandes lassen die Neuregelung zu. Die entscheidende Lücke liegt darin, dass lediglich unsystematische Kontrollen im Einzelfall vorgenommen werden müssen und diese Kontrollintensität ein Erfassen der Fälle unberechtigter Ausreise nicht sicherstellt.

Die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Vorschriften kann nach sorgfältiger Prüfung letztlich bejaht werden, da sie sich im Konzept der sicherheitsrechtlichen Regelungen zur Terrorismusbekämpfung hält. Wenn und soweit dieses Konzept trägt, haben auch die vorliegenden Neuregelungen in verfassungskonformer Auslegung Bestand.

Der Zweck der Regelung des § 6a Abs. 1 PAusweisG-E, nur Handlungen zu erfassen, die eine Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland darstellen, entfaltet begrenzende Wirkung. Die Voraussetzung des § 6a Abs. 1 PAusweisG-E, wonach

---

<sup>57</sup> BT-Drs. 18/3673, S. 6.

bestimmte Tatsachen die Annahme eines Versagungsgrundes begründen, sind hohe Anforderungen anzulegen, die über einen bloßen Verdacht oder Vermutungen hinausgehen. Der § 6a Abs. 4 PAusweisG-E ist dahin zu verstehen, dass die Behörden einen andauernde Prüfungspflicht über das Vorliegen der Voraussetzungen des Entzuges des Personalausweises trifft, die hinreichend zu dokumentieren ist, um gerichtlichen Rechtsschutz zu erlauben. Auf der administrativen Ebene sollte eine grundrechtsschonende Ausgestaltung vorgenommen werden. Dies betrifft insbesondere die Gestaltung des Ersatz-Personalausweises. Hier kann Bedenken gegen eine Ungleichbehandlung und Sorgen hinsichtlich möglicher Stigmatisierungen hinreichend begegnet werden.

Münster, den 14. März 2015

Univ.-Prof. Dr. Dieter Kugelmann