

Fakultät für Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Christoph Gusy

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte

Universität Bielefeld | Postfach 10 01 31 | 33501 Bielefeld

Prof. Dr. Christoph Gusy

Raum: H1-133

Morgenbreede 39 (H-Gebäude)

Tel.: 0521.106-43 97

Fax: 0521.106-154397

christoph.gusy@uni-bielefeld.de

28.5.2018

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/630

A09, A14

Stellungnahme zum Gesetzentwurf
6. Änderungsgesetz des PolG NRW
(LT-Drs. 17/2351)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

zu dem vorgelegten Gesetzentwurf erlaube ich mir wie folgt Stellung zu nehmen:

0. Zusammenfassung

Der vorgelegte Entwurf ist angekündigt als Vorgriff auf eine „grundsätzliche Überarbeitung des PolG NRW“ (S. 1). Er ist also als „kleine“ Lösung aktueller Probleme im Vorgriff auf weitere Änderungsvorhaben zu verstehen. Neben „kleinen“ Einzelregelungen enthält er auch einzelne grundsätzliche Bestimmungen, welche spätere Anpassungen vorbereiten oder ermöglichen. Sie gehen damit über den „kleinen“ Ansatz hinaus.

Die „Lösungen“ bestehen in weitgehender Orientierung an jüngeren Änderungen des BKAG; allerdings auch solchen, die noch nicht Gegenstand des grundlegenden BKAG-Urteils des BVerfG¹ waren. Vereinzelt gehen die Neuentwürfe auch darüber hinaus.

Dabei finden sich nahezu allein Regelungen mit dem Ziel der Erhöhung von Sicherheitsstandards; vergleichbare kompensierende Bestimmungen zum Schutz der Freiheit finden sich demgegenüber nicht.

Nicht bei allen Vorschriften ist ein wirklicher Bedarf nachgewiesen, der mit Sicherheitsaspekten hinreichend begründet wäre. § 8 Abs. 4 E-PolG sollte überdacht werden.

Das neue Aufenthaltsverbot ist mit dem geltenden (§ 34 Abs.2 NRWPoIG) nicht abgestimmt und wahrscheinlich überflüssig.

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 E-PolG betritt rechtliches Neuland und enthält erhebliche verfassungsrechtliche Risiken.

§ 38 Abs. 2 Nr. 5 E-PolG ist mit dem GG in der bisherigen verfassungsgerichtlichen Auslegung unvereinbar.

An anderen Stellen finden sich z.T. handwerkliche Mängel, welche die Bestimmtheit der betroffenen Normen in Frage stellen können und verfassungsrechtliche Risiken begründen.

¹ BVerfGE 141, 220.

1. Sog. „Gefährder“ und „drohende Gefahr“ (§ 8 Abs. 4, 5 E)

§ 8 Abs. 4, 5 E-PolG führen die Figur des sog. „Gefährders“ in das NRWPolG ein. Im Unterschied zur verbreiteten Terminologie von der „drohenden Gefahr“ begründet dieser allerdings noch keine Gefahr, und erst recht ist diese nicht gesteigert („drohend“). Stattdessen droht kein Schaden, sondern erst eine Gefahr: Erst droht die Gefahr, aus der sodann ein Schaden hervorgeht. **Gefährder sind also Personen, hinsichtlich derer ein Gefahrverdacht besteht, die Gefahrprognose aber noch nicht gestellt werden kann.** Die auf eine Formel des BVerfG zurückgehen die Terminologie ist also auf den ersten Blick verwirrend. Die Definition des § 8 Abs. 4 E-PolG entspricht weitgehend derjenigen, die das BVerfG verwendet hat (BVerfGE 141, 220, 290 f); und zwar sowohl hinsichtlich der drohenden wie auch hinsichtlich der terroristischen Gefahr.

Gefährder sind im NRWPolG bislang unbekannt und zählten ursprünglich zum Nachrichtendienstrecht. In anderen Bundesländern und im BKAG ist die Figur schon enthalten.² Sie wird wegen der zahlreichen Prognoseabhängigkeiten und –unsicherheiten kritisiert, hat sich aber namentlich im Zuge der Terrorismusabwehr etabliert. Die früher verbreitete Auffassung, dass die Figur im Polizeirecht unanwendbar, verfassungswidrig oder zu unbestimmt sei, hat sich nicht durchgesetzt. Grundsätzlich kann sie also – namentlich in der vom BVerfG angedachten Umschreibung – auch im Polizeirecht Anwendung finden, soweit die dort genannten Befugnisnormen hinreichend eindeutig und bestimmt sind. Sie findet dort bislang namentlich in zwei Kontexten Anwendung:

- Bei **Maßnahmen der Gefahraufklärung**. Hier ist der systematisch richtige Standort: Wo ein Gefahrverdacht besteht, aber noch keine Gefahr erkennbar ist, sind Maßnahmen zur Aufklärung sinnvoll und ggf. sogar geboten. Dies zeigt der vorliegende Entwurf in § 12a, 20c. Zugleich zeigt diese Regelungssystematik aber auch: Wo noch keine Gefahr feststeht, sind Maßnahmen zu ihrer Abwehr auch (noch) nicht zulässig.

- Bei **Maßnahmen gegen ausreisepflichtige Ausländer** (§ 62 AufenthG). Hier kommt Abschiebungshaft in Betracht, auch wenn deren allgemeine Voraussetzungen noch nicht vorliegen. Sie soll neben der Ausreise auch die Allgemeinheit vor schweren Straftaten schützen, hinsichtlich derer der Ausreisepflichtige als Gefährder eingestuft wird. Dies kann möglicherweise noch als vorläufige Sicherungsmaßnahme gegen Angehörige eines Personenkreises gelten, von denen nachweislich erhöhte Kriminalitätsrisiken auch im Bereich der Schwerekriminalität ausgehen.

Darüber geht der vorliegende Entwurf jedenfalls insoweit hinaus, als er bei Fällen drohender terroristischer Gefahr auch Maßnahmen der Aufenthaltsüberwachung (§ 34c) und eines verlängerten Gewahrsams (§ 35 Abs. 1 Nr. 6; 38 Abs. 2) vor-

² Überblick bei Möstl, BayVBl 2018, 156. (auch zur Kritik an der Verfassungsrechtsprechung).

sieht. Dies sind keine Aufklärungs-, sondern Gefahrenabwehrmaßnahmen. Und jedenfalls § 34c ist – anders als möglicherweise § 38 Abs. 2 – nicht bloß vorläufig, sondern schon mittelfristig angelegt. Darin liegt also eine **Gefahrenabwehrmaßnahme gegen Gefährder** – entsprechend der Neuregelung des § 20z BKAG. Dieser ist bislang vom BVerfG nicht auf seine Grundrechtskonformität überprüft. Immerhin hat das BVerfG die Gefährderformel zugelassen für „Maßnahmen der Straftatenverhütung“ (ebd.).

Die dahinter stehende Grundentscheidung lautet demnach: Sollen Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen Gefährder als Zusatz- oder Begleiteingriffe anderer zulässiger Maßnahmen (wie etwa der Abschiebungshaft) oder darüber hinaus als selbständige Grundrechtseingriffe zulässig sein? Die Frage stellt sich umso mehr, als nach einer solchen Grundsatzentscheidung bei zukünftigen Novellen der NRWPolG der Anwendungsbereich der Gefährderformel weiter oder enger ausfallen würde.

Zwingende verfassungsrechtliche Standards für diese Frage **gibt es gegenwärtig nicht.**

Rechtspolitisch auffällig ist allerdings, dass die unter der Intention der Terrorismusprävention eingeführte Gefährderformel in § 8 Abs. 4 E-PolG über diesen Bereich hinaus verwendet wird, und zwar im Hinblick auf alle (schon bislang in § 8 Abs. 3 NRWPolG genannten) Straftaten vor erheblicher Bedeutung. Dieser Abs. 3 wird durch Abs. 4 in das Gefahrverdachtsstadium vorverlagert und ausgeweitet. Hieran schließt sich die Frage danach ab, ob § 8 Abs. 3 PolG in der Vergangenheit nicht ausreichend war, die dort genannten, gewiss schwerwiegenden Gefahren abzuwehren. Solche belastbaren Tatsachen sind jedenfalls nicht bekannt geworden.

Von daher mag es naheliegen, dass bislang ein Verweis auf § 8 Abs. 4 E-PolG im Änderungsentwurf – soweit ersichtlich – nur einmal vorgenommen wurde, dagegen sich mehrere Verweise auf § 8 Abs. 5 E-PolG beziehen, also die Terrorismusprävention. Hierher ist der Konnex von Gefährderformel und Terrorismusabwehr erkennbar.

Rechtspolitisch erscheint eher § 8 Abs. 4 E diskussionsbedürftig als Abs. 5. Er

- geht über § 4a BKAG hinaus, der zwar die Terrorismusprävention, nicht gegen die Prävention schwerer Kriminalität mit besonderen Aufgaben und Befugnissen zulässt;

- ist hinsichtlich seiner Rechtfertigung befragungsbedürftig: Wo war § 8 Abs. 3 PolG a.F. unzulänglich? Hierfür findet sich bislang keine belastbare Begründung.
- wird im Gesetz kaum je in Bezug genommen.

2. Anhalterechte und Sichtkontrollen („Schleierfahndung“) und Videoüberwachung

a) Kontrollgebiete und „kleine Schleierfahndung“

§ 12a E-PolG statuiert Befugnisse zur „strategischen Fahndung“, die weitgehend der traditionell bekannten „Schleppnetz-fahndung“ entsprechen. Über sie ist im Landtag bereits vielfach diskutiert worden. Umstritten waren ihre Notwendigkeit, ihre Voraussetzungen und ihre Wirksamkeit.³ Diese Diskussion braucht hier nicht wiederholt zu werden.

Dabei kombiniert der Entwurf allerdings zwei unterschiedliche Grundgedanken: Kontrollaktivitäten im öffentlichen Raum (Abs.1) und die Festlegung von **Gefahrgebieten** (Abs. 1 a.E.; Abs. 2), denen bislang rechtliche Bedeutung nur im Kontext dieser einzelnen Vorschrift zukommen soll. Sie entspricht den „gefährdeten Gebieten“ iSd § 12 Abs. 1 Nr. 3 NRWPolG, welche auf den Schutz vor Straftaten gerade in diesem Gebiet abzielt. Eine **flächendeckende Befugnis zur Schleppnetz-fahndung ist demnach nicht vorgesehen**. Und sie enthält in diesem Gebiet allein Anhalte- und Identitätsfeststellungsrechte, hingegen keine schwerwiegenden Gefahraufklärungs- oder gar Gefahrenabwehrbefugnisse.⁴ Diese sollen wie bislang allein unter den Voraussetzungen der §§ 39 f NRWPolG zulässig sein (§ 12a Abs. 1 S. 3 E-PolG).

Dagegen fehlen hinsichtlich der Kontrollgebiete die jüngst vom EuGH ausdrücklich geforderten tatbestandlichen Begrenzungen, welche das Schengener Abkommen und die Binnenfreizügigkeit gegen Umgehungen sichern sollen.⁵ Dies ist für den Entwurf allerdings in besonderer Weise geboten, da Abs. 1 namentlich den illegalen Aufenthalt und grenzüberschreitende Kriminalität abwehren sollen (S. 1 Nr. 3). Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Kontrollen der hier zugelassenen Art nicht generell unzulässig, doch müssen sie

- jedoch nach Intensität, Häufigkeit und Selektivität rechtlich konkretisiert und eingeschränkt sein,

³ Landtag NRW, Anhörung im Innenausschuss am 8.9.2016, Antrag 16/11307. – sog. „Schleierfahndung“.

⁴ HHOVG, NVwZ-RR 2015, 695.

⁵ EuGH, NVwZ 2017, 1608.

- hinsichtlich ihrer praktischen Ausübung nicht wirkungsgleich wie Grenzübertrettskontrollen sein, also hinsichtlich der Eingriffshäufigkeit und –tiefe hinter ihnen zurückbleiben.

Wichtig daran ist: Diese Begrenzung müssen „im nationalen Recht angelegt“ (d.h. im Gesetz enthalten) sein, fehlen jedoch im hier vorgelegten Entwurf bislang und müssen im Beratungsprozess eingeführt werden.

b) Videoüberwachung

Die **Videoüberwachung** (§ 15a E-PolG) wird im Entwurf rechtlich präzisiert. Sie baut zulässigerweise auf einem Gefahrortkonzept auf, dass sich sowohl von demjenigen des § 12 Abs. 1 Nr.3 PolG als auch von § 12a E-PolG unterscheidet.

Die **Streichung der Sunsetklausel** (Abs. 5) ist nach jahrelanger Bewährung des Instruments und seiner rechtlichen Grenzen konsequent. Die Streichung der Evaluationsklausel (dto.) ist hingegen bedauerlich: In Zukunft kann nicht mehr systematisch institutionalisiert nachgehalten werden, dass jene rechtlichen Grenzen auch weiterhin eingehalten werden.

3. Telekommunikationsüberwachung (§ 20c E-PolG)

Der § 20 I BKAG nachgebildete Entwurf betritt in NRW rechtliches Neuland. Das NRWPolG enthielt bislang keine Regelung zur Telekommunikationsüberwachung – im Unterschied zu den allermeisten anderen Bundesländern. Da das BVerfG den Anwendungsbereich des Landesrechts hier aus kompetenzrechtlichen Gründen eng gezogen hat,⁶ kommt hier dem Landesrecht keine große praktische Bedeutung zu. Insbesondere gehen §§ 100a ff StPO stets vor. Als offener praktischer Anwendungsfall ist in der Vergangenheit nahezu allein die Überwachung der Telekommunikation bei laufender Geiselnahme genannt worden (s. dazu §20c Abs. 1 Nr. 1 E-PolG).

Der vorgelegte Entwurf formuliert die Voraussetzungen geringfügig enger als § 20 I BKAG. Ganz systemwidrig ist in Abs. 1 Nr. 2 der Hinweis auf § 129a StGB: Hier läge ein Verweis auf den schon jetzt geltenden § 8 Abs. 3 NRWPolG oder – wenn man sich auf den Boden des Entwurfs stellt - § 8 Abs. 4 E-PolG näher.

Bei Abs. 1 Nr. 4; Abs. 5 fehlt ein Hinweis auf die verfassungskonforme Interpretation des BVerfG für sog. „Informationsmittler“, wonach die Zulässigkeit der Anord-

⁶ BVerfGE 113, 348.

nung „eigene ... darzulegende Anhaltspunkte voraussetzt, dass der Nachrichtemittler von der Zielperson in die Tatdurchführung eingebunden wird und somit eine besondere Tat- und Gefahrennähe“ aufweisen muss (BVerfGE 141, 220, 311).

Abs. 2 ermöglicht die Informationserhebung nicht allein hinsichtlich stattfindender Kommunikation, sondern erweitert diese auch auf die sog., „Quellen-TKÜ“, also „von der betroffenen Person genutzte informationstechnische Systeme“. Dies können insbesondere PCs, Laptops oder Smartphones mit ihren Informationsbeständen sein. Damit nähert sich der Eingriff tendenziell den sog. „online-Durchsuchung“ an, die nur unter ganz eingeschränkten Voraussetzungen zulässig ist.⁷ Der Wortlaut des Entwurfs bemüht sich hier um eine klare Abgrenzung, da „ausschließlich laufende TK überwacht und aufgezeichnet werden“ darf (Abs. 2 Nr. 1). Ob eine Trennung der Informationsbestände in dem Endgerät technisch sauber möglich ist, können lediglich Informatiker klären. Nimmt man die hier versuchte Eingrenzung ernst, so kann es hier nur um die Umgehung von Verschlüsselungstechniken gehen. Insoweit wäre am ehesten ein Eingriff in das sog. „IT-Grundrecht“ (Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme) oder gar Art. 10 GG einschlägig. Er wäre dann gesetzlich zulässig unter den Voraussetzungen des Abs. 1 iVm Abs. 2 des Entwurfs. Die Eingriffsschranken sind als hoch anzusehen, die verfahrensrechtlichen Regelungen immerhin weitgehend (s. so gleich) zureichend.

Damit hängt die **Einschätzung der Quellen-TKÜ** im wesentlichen davon ab, wie man das Recht auf Verschlüsselung einschätzt:

- Ist dieses ein in der Menschenwürde angelehntes Recht auf Selbstschutz des Kernbereichs der Privatsphäre? Gilt das auch dann, wenn nach der Rechtsprechung des BVerfG Gespräche über geplanten Straftaten nicht zu diesem Kernbereich zählen? Und wie soll im Einzelfall im vorhinein festgestellt werden, ob der Kernbereich einschlägig sein kann oder nicht, wenn dies vom Inhalt der zu führenden Gespräche abhängt?
- Oder ist sie primär ein Instrument zur unzulässigen Ausweitung der eigenen Privatheit in Richtung eines Missbrauchs privatsphärebezogener Grundrechte, namentlich zur Tarnung krimineller Vorhaben von Störern, Gefährdern oder Straftätern?

Viel spricht dafür, dass beides zutreffen kann. Ebenso viel spricht aber auch dafür, dass die grundsätzliche, äußerst kontroverse Diskussion sich eher auf weitgehend flächendeckende nachrichtendienstliche Überwachung als auf Einzelmaßnahmen der Polizei bezieht.

Einzelfallbezogene Anordnungen mit dem Ziel der Terrorismusabwehr hat das BVerfG nicht grundsätzlich für unzulässig erklärt.⁸ Darüber geht der vorliegende Entwurf jedoch in Einzelfällen hinaus, und zwar namentlich im Hinblick auf Nach-

⁷ BVerfGE 120, 274 (online-Durchsuchung).

⁸ BVerfGE 141, 220, 310 ff (Rn 234 ff).

richtenmittler und Kontaktpersonen (Abs. 1 Nr. 3), welche vom Abs.2 nicht ausgenommen sind. Die Zulässigkeit einer derartig weitreichenden Überwachung ist vom BVerfG für die Quellen-TKÜ nicht beurteilt worden.⁹

Für den Antrag an das zuständige Gericht soll eine „Begründung“ vorgeschrieben werden, die auf den Einzelfall Bezug nehmen muss: Letzteres fehlt in Abs. 5 Nr. 6.

Wenig klar ist auch das Verhältnis des – ersichtlich aus § 20 I Abs. 6 BKAG übernommenen - § 20 c Abs. 8 E-PolG zu § 16 PolG, welcher (schon jetzt) dasselbe regelt. Dies sollte harmonisiert werden, zumal für eine Sonderregelung an dieser Stelle kein Bedarf besteht.

Nur informationshalber sei darauf hingewiesen: Der vorgelegte Entwurf lässt allein die Überwachung, nicht hingegen die Unterbrechung der Telekommunikationsverbindungen zu.

Die Übernahme des Bundes- in das Landesrecht – wenn man dies wegen des engen Anwendungsbereichs überhaupt für notwendig erachtet - bedarf also noch der Einpassung in das Regelungssystem, des NRWPolG.

4. Aufenthalts-, Kontaktverbote und „elektronische Fußfessel“ (§§ 34 b, c E-PolG)

Mit dem Bestimmungen betritt das NRW-Polizeirecht z.T. Neuland: Vergleichbare Ermächtigungen hat es in der Vergangenheit hier kaum gegeben. Die Vorschrift geht über § 20 y des BKAG hinaus und ist wenig bestimmt. I.E.:

a) Aufenthaltsgebot

Das neue **Aufenthaltsgebot** (§ 34b Abs.1; in § 34b Abs. 4 Nr. 2 a: Aufenthaltsanordnung; in der Überschrift fehlt das Instrument ganz) greift im NRW-Polizeirecht erstmals in Art. 11 GG - allerdings im Rahmen der Voraussetzungen des Art 11 Abs. 2 GG - ein. Es bezieht sich auf den „Wohn- oder Aufenthaltsort“, in (Abs. 4 nur noch „Ort“). Die Verwendung des Ortsbegriffs ist hier im Kontext des schon geltenden § 34 PolG jedenfalls systematisch zu befragen („Ort“, „örtlicher Bereich“, „Wohnort“, „Aufenthaltsort“). Das gilt auch für die beiden in Zukunft nebeneinander stehenden Aufenthaltsverbote.

⁹ Anders als für die TKÜ selbst; s. ebd., S. 310 Rn 229.

Das Gebot ermöglicht erstmals auch gegenüber Inländern eine Wohnsitzauflage als „**Residenzpflicht**“. Eine solche gilt bislang nur für bestimmte Ausländergruppen in Deutschland; sie stellt einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar. Das gilt erst recht, wenn das Gebot als Grundlage für weitere Überwachungsmaßnahmen genommen (wie Meldeauflagen, elektronische Überwachung u.a. als sog. „kumulativer Grundrechtseingriff“) wird. Zudem ist die Ausnahmebestimmung („**Erlaubnis der zuständigen Polizeibehörde**“) **in keiner Weise näher geregelt** oder gar spezifiziert. Angesichts der Schwere des Eingriffs, der nur schwach konturierten Eingriffsvoraussetzungen (s.o.), der möglichen langen Dauer der Maßnahme (Abs. 5), der neuen strafrechtlichen Sanktion (§ 34 d Abs. 1 Nr. 1 E-PolG) und der Zulässigkeit des Gewahrsams bis zu 1 Monat (§ 38 Abs. 2 Nr. 1 E-PolG (hier allerdings unter sehr engen Voraussetzungen) bestehen angesichts Schrankenbestimmung des Art. 11 Abs. 2 GG bestehen hier grundrechtliche Risiken.

b) Aufenthaltsverbot

Neu entsteht zum **Aufenthaltsverbot** die Abgrenzungsfrage zu § 34 Abs. 2 NRWPolG, dem „großen Platzverweis“, in anderen Ländern und der Rechtsdogmatik schon traditionell sog. „**Aufenthaltsverbot**“. Hier ist die **Formulierung der schon geltenden Norm der neuen überlegen**. Denn im Entwurf fehlt jeder Hinweis darauf, dass die Anwesenheit an einem bestimmten Ort die Gefahr begründet oder erhöht und der Verweis von diesen Orten die Gefahr mindert oder ausschließt (und nicht bloß verlagert).

c) Kontaktverbot

Das polizeirechtlich in NRW neue **Kontaktverbot** geht über das bislang geltende des (Bundes)-GewaltschutzG hinaus und bezieht sich insoweit auf Personengruppen und Kontakte ohne Bezug zu einer Wohnung. Hier sind in der Vergangenheit auch im Kontext der Stalking-Verbote einzelne Regelungslücken jedenfalls benannt worden. § 34b E-PolG geht über die Stalking-Fragen hinaus. Zugleich ist § 238 StGB (Stalking) keine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ und insoweit vom Anwendungsbereich nicht erfasst. Auch finden sich hier (anders als bei den Aufenthaltsregelungen) keine Ausnahmen (etwa für Familienangehörige u.ä.).

Möglicher Vorschlag:

Insgesamt nimmt der § 34b einige rechtspolitischen Anliegen auf, geht aber über diese weit hinaus und verlässt die Regelungssystematik des NRWPolG („Ort“). Hier ist das BKAG konsistenter und möglicherweise auch „verfassungsfester“ als der Regelungsvorschlag der Landesregierung. Näherliegender und zielführender könnte es sein, die Voraussetzungen des § 34c E-PolG stärker an den Inhalten des § 34d E-PolG auszurichten und den § 238 StGB hier einzubeziehen.

d) Aufenthaltsüberwachung („elektronische Fußfessel“)

Die Überwachungsregelung des § 34c E-PolG („elektronische Fußfessel“) ist in ihrem Anwendungsbereich relativ eng umgrenzt (Abs. 1, 2). Entgegen Abs. 1 letzter Hs. ist jedoch festzuhalten: Die in der Vergangenheit in Deutschland nur äußerst selten eingesetzte **Fußfessel wirkt nicht gefahrenabwehrend, sondern ermöglicht allein Überwachungsmaßnahmen**. Hier gilt letztlich genau wie für die Videoüberwachung: Die Maßnahme ist so effektiv wie die zu ihrer Durchsetzung von der Polizei vorgehaltenen Überwachungskapazitäten. Die Maßnahme wird auch in Zukunft einen sehr engen Anwendungsbereich behalten.

Eine Evaluation der Nutzung dieser Regelung und ihrer Wirkung ist dringend erwünscht.

5. Polizeigewahrsam und richterliche Entscheidung (§§ 35, 38 E-PolG)

Der Entwurf ändert 2 Regelungskomplexe zum Polizeigewahrsam: Dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen und dessen Dauer.

a) Voraussetzungen des Gewahrsams (§ 35 E-PolG)

Die Zulässigkeit des Gewahrsams wird um weitere 2 Varianten erweitert: Die Durchsetzung des Aufenthaltsanordnung u.a. (s.o. 4.) in Nr. 7 ist insofern systemkonform, als sie die geltenden Regelungen zum Platzverweis (§ 35 Nr. 3, 4 PolG) ergänzt.

Eine klare Ausweitung ist demgegenüber Nr. 6: Sie lässt **Gewahrsam auch gegen Gefährder in beiden Varianten** (§ 8 Abs. 4, 5 E-PolG, dazu o. 1) zu und geht insoweit über die bisherige Nr. 2 klar hinaus. Dieser verlangt eine „unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat“. Eine solche liegt bei Gefährder noch gar nicht vor, da hier die Gefahr einer Straftat ja noch gar nicht feststeht, sondern erst weitem aufgeklärt werden kann und ggf. muss. Hier tritt also die Gefahrenabwehr neben die weitere Aufklärung. Diese Ausweitung erlangt Rückwirkungen

- auf den Grad der Zuverlässigkeit der Prognose: Je weitere die Gefahr noch entfernt ist (zur Erinnerung: „drohende Gefahr“ ist noch keine Gefahr);

- auf die Art der zu verhindernden Straftat: Diese ist jedoch nicht groß, da terroristische Straftaten regelmäßig auch solche von „erheblicher Bedeutung“ sind. Daher nimmt § 8 Abs. 3 E-PolG auch auf § 8 Abs. 3 NRW-PolG Bezug.

- auf die mögliche Dauer des Gewahrsams: Je weniger unmittelbar die Straftat bevorsteht, desto länger kann der Gewahrsam dauern, wenn er dieses verhindern soll.

Ein derart schwerwiegender Grundrechtseingriff, wie er in der Freiheitsentziehung liegt, kann allein aus der **Höhe und der Bedeutung des möglicherweise gefährdeten Schutzguts** gerechtfertigt werden. Er ist namentlich zulässig zum Schutz der Allgemeinheit im Strafrecht und Strafverfahrensrecht.¹⁰

Angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs stellt sich daneben jedoch die Frage, ob zusätzlich zu der hohen Bedeutung des Schutzguts auch ein gewisser Grad an Prognosesicherheit kommen muss. Auffällig ist, dass an dieser Stelle der NRW-Entwurf über das BKAG hinausgeht. Dort ist Gewahrsam allein zulässig, um „die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung von Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 zu verhindern“. Dessen Regelungssystematik passt also besser zu dem bislang geltenden § 35 Nr. 2 NRWPolG als zum vorliegenden Entwurf.

Eindeutige Rechtsprechung des BVerfG zur Materie, die sich ganz überwiegend mit Strafrecht und Untersuchungshaft befasst, gibt es bislang nicht. Einerseits lässt das Gericht zu, „Sicherheitsmaßnahmen“ nicht bloß auf die Gefahrenabwehr zu beschränken (BVerfGE 141, 220, 291). Andererseits befasst es sich im BKAG-Urteil allein mit Gefahrenaufklärung (BVerfGE 141, 220, 270). Welche Sicherheitsmaßnahmen daneben oder darüber hinaus auch gegen Gefährder zulässig sein können, darüber sagt das Gericht nichts. Erst recht sagt es nichts dazu, ob derart schwerwiegende Maßnahmen wie der Gewahrsam zulässig sein können.

Die Regelungen zum Abschiebegewahrsam, wo die gefährderbezogenen Vorschriften eher, eine Qualifikation des geltenden Rechts als eine völlige Neuregelung waren, lassen sich hier nicht als Vorbild anführen. Auch die Tatsache, dass Gewahrsam stets vom Richter angeordnet werden muss, kann also Korrektiv nicht ausreichen: Dieser bedarf vielmehr der hinreichend bestimmten Rechtsgrundlagen, um polizeiliche Maßnahmen für zulässig oder für unzulässig qualifizieren zu können.

Hier bleiben **erhebliche verfassungsrechtliche Unsicherheiten**, ob neben aufklärenden Maßnahmen und solchen der Aufenthaltsverbote und -überwachung des Entwurfs auch der Gewahrsam als weitere Eingriffsform in Betracht kommt. Nach klassischer Verfassungsauslegung wäre dies gewiss zu verneinen. Ob hier die Dynamisierung des Gefahr- und Gefährderbegriffs eine neue Beurteilung rechtfertigen kann, ist durchaus offen. Doch ist festzuhalten: Die symbolische

¹⁰ BVerfGE 22, 219; 45, 223; 58, 224 f.

Überhöhung der potentiellen Bedrohung durch die Bezeichnung „Gefährder“ kann und darf über die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle und die damit einhergehende Verlängerung der Dauer der Maßnahme nicht hinwegtäuschen.

M.E. spricht viel dafür, hier der Regelungssystematik des § 20p BKAG zu folgen und die Norm so zu fassen: **„um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung von Straftaten gemäß (§ 8 Abs. 4, 5 PolG) zu verhindern“.**

Wer dies nicht möchte, sollte stattdessen über geeignete materiell- oder verfahrensrechtliche Sicherungen gegen eine Ausweitung der Maßnahme gegen „unerwünschte“ Personen nachdenken.

b) Dauer der Freiheitsentziehung (§ 38 E-PolG)

Sie ist bislang nach dem Polizeigesetz auf max. 2 Tage begrenzt und kann darüber hinaus nur aufgrund anderer Gesetze verlängert werden (namentlich nach der StPO, dem AufenthG und dem PsychKG). Damit ist NRW ein Land mit der kürzesten Dauer polizeirechtlicher Freiheitsentziehungen. Der durchschnittliche Trend im Bund und anderen Ländern hat sich auf 4, seltener 7 Tage entwickelt; nur vereinzelt gelten Höchstdauern darüber hinaus. Zugleich ist nicht gesichert, dass die kurze Dauer in NRW bislang zu Unzuträglichkeiten geführt hätte. Dem lässt sich auch kaum entgegenhalten, dass mit der Gefährderproblematik eine neue, bislang gesetzlich nicht berücksichtigte Dimension der Sicherheitsbedürfnisse aufgetaucht sei. Denn der Entwurf verlängert die Höchstdauer nicht nur für Gefährder, sondern auch für andere Personen.

Diese zulässige Höchstdauer soll nun erheblich ausgeweitet und je nach Gewahrsamsgrund differenziert werden. Da das Polizeirecht Freiheitsentziehungen vor allen dann betrifft, wenn eine Person nicht schon wegen begangener Straftaten in Haft genommen werden darf, ist an die **Grundaussage des BVerfG** zu erinnern.

Danach kann der Staat auf **„Gefahrsituationen“ mit bis zu 14tätigem Gewahrsam reagieren**. „Dagegen wäre eine längerfristige Verwahrung eines psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Bürgers zum Zweck der Abwehr einer von ihm ausgehenden Gefahr der Begehung von Straftaten mit dem GG nicht vereinbar.“¹¹

Dies würde jedenfalls dem neuen § 38 Abs. 2 Nr. 1 E-PolG entgegenstehen, der die Höchstdauer von einem Monat vorsieht. Die übrigen unterschiedlichen

¹¹ BVerfGE 109, 190, 220.

Höchstdauern bleiben zwar unter der Höchstgrenze von 14 Tagen. Am ehesten sachlich geboten sein kann hier die Nr. 3, welche die (Höchst)Dauer des Gewahrsams an die Höchstdauer des Wohnungsverweises knüpft.

Die Nrn. 2 und 4 richten sich am ehesten gegen gewerbsmäßige Betätigungen: So kann Nr. 2 einen 7-tätigen Gewahrsam namentlich gegen Kleindealer ermöglichen, auch wenn noch kein hinreichender Verdacht einer begangenen Straftat besteht. Und Nr. 4 weitet dies sogar noch aus, wenn noch gar keine Gefahr, sondern nur ein Gefahrverdacht besteht. Diese Nr. 4 ist besonders anfällig für rechtlich kaum steuerbare Ausweitungen und teilt – als bislang einzige Bezugnahme auf Nr., § 8 Nr. 4 – dessen immanente Schwäche (s. o. 1).

Die Ausweitung des **Gewahrsams zum Zwecke der Identitätsfeststellung auf bis zu 7 Tage**, (§ 38 Abs. 2 Nr. 5 E-PolG), ohne dass betroffene Personen einer begangenen Straftat verdächtig sind, **ist mit dem Übermaßverbot schlichterdingens unvereinbar**. Weder gibt es eine Rechtspflicht, sich stets nur mit gekläarter Identität in der Öffentlichkeit zu bewegen. Noch gibt es eine Rechtspflicht, an der Klärung der eigenen Identität mitzuwirken. Zudem sind die Vorschriften der Identitätsfeststellung selbst sehr weit (§ 12 NRWPolG). Dies wird mit der Geringfügigkeit des Eingriffs (Ausweiskontrolle) begründet. Diese Geringfügigkeit entfällt allerdings völlig, wenn an die Unmöglichkeit der Identitätsfeststellung ein bis zu 7-tägiger Gewahrsam anknüpfen kann (bislang: max. 12 Stunden). Bislang ist die Mitnahme zur Wache zu Zwecke der Identitätsfeststellung ein niedrigschwelliger Eingriff – nicht zuletzt zum Zweck der Deeskalation. Dies ist – allein wegen der Identitätsfeststellung – nicht einmal in der StPO bei bestehendem Tatverdacht zulässig. Und an eine ungeklärte Identität als solche knüpft die Rechtsordnung auch keine weitergehenden Folgerungen – sondern erst dann, wenn eine Norm innerhalb oder außerhalb des NRWPolG identitätsabhängige Rechtsfolgen begründen soll. Kurz: § 38 Abs. 2 Nr. 5 E-PolG ist in dieser Form mit dem GG unvereinbar.

Das gilt übrigens noch in einer weiteren Dimension: Die Einschaltung eines Richters hat gem. Art. 104 Abs. 2 GG „unverzüglich“ zu erfolgen. Dazu reicht es nicht aus, wenn eine Vorschrift lediglich sichert, dass die Entscheidung bis zum Ablauf der Höchstfrist „herbeigeführt“ wird. Erforderlich ist normalerweise eine etwa 2 (-3)-stündige Frist.

§ 38 Abs. 5 E-PolG erscheint daher in mehrfacher Hinsicht mit dem GG unvereinbar.

6. Weitere Einzelfragen: Verfassungsrechtliche Risiken aus verbesserungsfähiger Rechtssetzungstechnik

§§ 34 b, c E-PolG nennen eine „Gefahr, die sich auf eine Straftat von erheblicher Bedeutung bezieht.“ Diese Regelungstechnik gibt Rätsel auf: Ist sie etwas anderes als die „Gefahr einer Straftat von erheblicher Bedeutung“?

Die unterschiedlichen Ortsbegriffe sind bereits nebeneinander gestellt worden (s.o. 4). Sie sollten aufeinander abgestimmt werden.

Und § 38 Abs. 2 regelt nicht eine „Frist für die richterliche Entscheidung“ (das klingt nach der Frist, wann die Entscheidung erheben soll; diese ist aber grundgesetzlich festgelegt), sondern den Inhalt der Entscheidung, nämlich die Dauer der zuzulassenden Freiheitsentziehung. Es geht als um die „Höchstdauer des Polizeigewahrsams“. Das sollte klargestellt werden.

In § 58 Abs. 4 E-PolG ist sind die sog. „Taser“ – wenn man ihre Zulässigkeit überhaupt für notwendig erachtet - entsprechend der Systematik des WaffG hinter den Worten „als Schusswaffen“ (und nicht davor) einzureihen. Der Unterschied besteht namentlich darin, dass so die Anwendung der - ohnehin einzuhaltenden – Regelungen über Schusswaffen (§ 63 ff PolG) eindeutiger angeordnet ist.

7. Zusammenfassung¹²

Der vorgelegte Entwurf ist angekündigt als Vorgriff auf eine „grundsätzliche Überarbeitung des PolG NRW“ (S. 1). Er ist also als „kleine“ Lösung aktueller Probleme im Vorgriff auf weitere Änderungsvorhaben zu verstehen. Neben „kleinen“ Einzelregelungen enthält er auch einzelne grundsätzliche Bestimmungen, welche spätere Anpassungen vorbereiten oder ermöglichen. Sie gehen damit über den „kleinen“ Ansatz hinaus.

Die „Lösungen“ bestehen in weitgehender Orientierung an jüngeren Änderungen des BKAG; allerdings ganz überwiegend solchen, die noch nicht Gegenstand der grundlegenden BKAG-Urteils des BVerfG¹³ waren. Vereinzelt gehen die Neuentwürfe auch darüber hinaus.

¹² S. schon o. O.

¹³ BVerfGE 141, 220.

Dabei finden sich nahezu allein Regelungen mit dem Ziel der Erhöhung von Sicherheitsstandards; vergleichbare kompensierende Bestimmungen zum Schutz der Freiheit finden sich demgegenüber nicht.

Nicht bei allen Vorschriften ist ein wirklicher Bedarf nachgewiesen, der mit Sicherheitsaspekten hinreichend begründet wäre. § 8 Abs. 4 E-PolG sollte überdacht werden.

Das neue Aufenthaltsverbot ist mit dem geltenden (§ 34 Abs.2 NRWPoIG) nicht abgestimmt und wahrscheinlich überflüssig.

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 E-PolG betritt rechtliches Neuland und enthält erhebliche verfassungsrechtliche Risiken.

§ 38 Abs. 2 Nr. 5 E-PolG ist mit dem GG in der bisherigen verfassungsgerichtlichen Auslegung unvereinbar.

An anderen Stellen (auch zum sog. „Taser“) finden sich z.T. handwerkliche Mängel, welche die Bestimmtheit der betroffenen Normen in Frage stellen können und verfassungsrechtliche Risiken begründen.