

An den
Präsidenten des Landtags Nordrhein-Westfalen
Postfach 10 11 43

40002 Düsseldorf

**Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen
Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur
Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen
Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 17/2351**

I. Anhörungsgegenstand

Anhörungsgegenstand ist der Gesetzentwurf der Landesregierung (Drs. 17/2351) zum Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen. Die Anhörung soll in drei thematischen Blöcken erfolgen (Block 1: Maßnahmen zur Bekämpfung der Alltagskriminalität und OK, Block 2: Maßnahmen zur Bekämpfung der Terrorgefahr, Block 3: Freiheitsentziehungen und Waffen).

II. Allgemeines

Sicherheitsverwaltungsrecht ist Sicherheitsgestaltungsrecht. Dem einfachen Gesetzgeber steht in diesem Regelungsfeld ein vergleichsweise weiter Spielraum zur Verfügung, dessen Rahmen die Verfassungsnormen spannen, namentlich die Regelungen des Grundgesetzes und der nordrhein-westfälischen Landesverfassung. Insbesondere liegt es im politischen Ermessen, ob den Polizeivollzugsbehörden eher weiterreichende Eingriffsbefugnisse an die Hand gegeben werden, oder ob das Maßnahmeninstrumentarium bewusst überschaubarer gehalten wird. Betrachtet der Gesetzgeber eine „Verschärfung“ des Sicherheitsrechts für angesichts der aktuellen Gefährdungslage und auf der Basis von Erkenntnissen aus der Praxis als erforderlich und schafft „neuartige“ Eingriffsermächtigungen, hat er neben der Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben für die Fassung des Tatbestands – wie sich aus einem detaillierten und differenzierten Rechtsprechungsbestand ergibt – ausgleichende Bestimmungen zu schaffen, die z. B. Anordnungskompetenzen, „Richtervorbehalte“, Vorschriften zum Umgang mit Daten, Unterrichtungspflichten usw. enthalten. Ist die Beachtung der jeweiligen verfassungsrechtlichen Direktiven gewährleistet, sind die entsprechenden einfachgesetzlichen Vorschriften rechtlich nicht zu beanstanden. Maßstab für die rechtliche Bewertung sind mithin allein die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben, nicht aber abweichende politische Bewertungen, Stellungnahmen in Presse und Öffentlichkeit oder Einschätzungen und Befindlichkeiten in Teilen der Bevölkerung. Die

gesetzgeberische Tätigkeit sollte allerdings durch flankierende Informationsmaßnahmen begleitet werden, um Besorgnissen in der Öffentlichkeit angemessen zu begegnen.

Nach der Einschätzung des Unterzeichners bewegen sich die neuen Regelungen des Gesetzentwurfs jedenfalls grundsätzlich im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen und im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren politisch Gestaltbaren. Im Detail besteht allerdings Klarstellungsbedarf hinsichtlich des Normtextes.

Im Folgenden wird – geordnet nach den drei für die Anhörung vorgesehenen Blöcken – zu verschiedenen Einzelaspekten Stellung genommen.

III. Themenkomplex 1: Maßnahmen zur Bekämpfung der Alltagskriminalität und OK

1. Videobeobachtung

Die Absenkung der tatbestandlichen Anforderungen an die Datenerhebung durch den offenen Einsatz optisch-technischer Mittel in § 15a PolG NRW ist ausdrücklich zu begrüßen. Die bisherige Fassung hat kaum überwindbare Hürden errichtet, so dass die Maßnahme nur ganz vereinzelt angewendet wurde.

§ 15a Abs. 1 S. 1 des Entwurfs enthält nunmehr zwei tatbestandliche Varianten. Nach Nr. 1 ist – ähnlich wie in der geltenden Fassung – erforderlich, dass an dem zu überwachenden Ort wiederholt Straftaten begangen wurden, dass die Beschaffenheit des Ortes die Begehung von Straftaten begünstigt, und dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass an diesem Ort weitere Straftaten begangen werden. Ein wesentlicher Unterschied zu der geltenden Fassung ist dabei nicht zu erkennen; die Begründung des Gesetzentwurfs (S. 35) erklärt aber, es entfielen die „zuvor explizit im Gesetz genannten Vorgaben der konkret nachweisbaren Wiederholungsgefahr sowie die Darlegungspflicht, dass der Ort auch von seiner Beschaffenheit geeignet sein muss, Kriminalität zu begünstigen“. Woraus sich im Vergleich der geltenden Vorschrift mit Abs. 1 des Entwurfs der Wegfall dieser Anforderungen ergeben soll, erschließt sich aus dem Wortlaut nicht. Überdies bleibt nach wie vor unklar, was mit der „wiederholten“ Begehung von Straftaten gemeint ist. Die Anforderung, dass die Beschaffenheit des Ortes die Begehung begünstigen muss, sollte zudem als überflüssig gestrichen werden. Wenn an einem bestimmten Ort wiederholt Straftaten begangen worden sind und weitere Straftaten drohen, kann es doch für den sachgerechten Einsatz von Überwachungstechnik entweder nicht auf eine „Begünstigungsbeschaffenheit“ ankommen, oder aber diese wird durch die wiederholte Straftatenbegehung schlichtweg indiziert.

Die Aufnahme einer zweiten Tatbestandsvariante in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ist zu begrüßen; verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht. Es handelt sich um Anforderungen, die denjenigen der Identitätsfeststellung an einem „gefährlichen Ort“ (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) PolG NRW) entsprechen. Die offene Videobeobachtung und -aufzeichnung ist mit Blick auf ihre Eingriffsintensität zudem eine „niedrigschwellige“ Maßnahme, so dass die tatbestandlichen Voraussetzungen sachgerecht erscheinen.

Die gelegentlich vorgetragene Gefahr einer flächendeckenden Überwachung besteht nicht. Dies gewährleistet auch die tatbestandliche Anforderung, dass „jeweils ein unverzügliches

Eingreifen der Polizei möglich“ sein müsse. Dies erfordert technische und personelle Vorkehrungen; eine bloße Aufzeichnung ohne parallele Beobachtung durch Beamtinnen und Beamte, die ein Einschreiten veranlassen können, ist damit unzulässig.

Unklar ist allerdings, weshalb Satz 2 des § 15a Abs. 1 der geltenden Fassung gestrichen wurde. Der Vorschrift zufolge ist die Beobachtung, falls nicht offenkundig, durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen. Da es sich um eine „offene“ Maßnahme handeln soll, müsste dieser Satz wieder aufgenommen werden.

2. Strategische Fahndung

Die in § 12a des Entwurfs enthaltenen Regelungen zur polizeilichen Anhalte- und Sichtkontrolle („Strategische Fahndung“) begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es besteht eine inhaltliche Nähe zur Identitätsfeststellung nach § 12 PolG NRW, deren Anwendungsbereich mit § 12a des Entwurfs erweitert wird. Die aus der Rechtsprechung zu entnehmenden Vorgaben sind, soweit ersichtlich, eingehalten. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur Anordnungskompetenz und zu den Durchführungsbestimmungen.

Der Begriff der „Inaugenscheinnahme“ als Rechtsfolge erscheint zunächst unklar und möglicherweise nicht hinreichend gegenüber der Durchsuchung abgrenzbar (bezüglich derer § 12a Abs. 1 S. 3 des Entwurfs auf die §§ 39, 40 PolG NRW verweist). Zu einer vergleichbaren Ermächtigungsnorm in Hamburg hat das OVG Hamburg ausgeführt, dass schon der Gesetzeswortlaut deutlich mache, „dass hiervon (nur) ein Betrachten sowohl des Äußeren als auch des Inneren mitgeführter Sachen erfasst“ sei. Es dürften mitgeführte Sachen „lediglich genauer betrachtet“ werden, „ohne tiefer in die Privatsphäre einzudringen“. Ferner sei jedes „körperliche Einwirken, und sei es auch nur zu dem Zweck, in mitgeführten Sachen befindliche Gegenstände näher betrachten zu können“, gehe über eine Inaugenscheinnahme hinaus, weil diese sonst von einer Durchsuchung nicht hinreichend abgegrenzt werden könne (OVG Hamburg, Urt. v. 13.5.2015, 4 Bf 226/12, Rn. 83 - juris). Diese Kriterien lassen sich zur hinreichend klaren Konturierung der Inaugenscheinnahme heranziehen; vor diesem Hintergrund bestehen auch gegen die Formulierung in § 12a des Entwurfs keine durchgreifenden Bedenken.

In der Norm finden sich allerdings einige sprachliche Unschärfen, die aus Gründen der Rechtssicherheit und Normenklarheit beseitigt werden sollten. In Abs. 1 S. 2 ist die Rede von „mitgeführten Fahrzeugen und Sachen“. Im Hinblick auf Fahrzeuge ist der Begriff „mitgeführt“ ungebräuchlich, und im folgenden Satz wird für die Durchsuchung von „Personen, mitgeführten Sachen und Fahrzeugen“ auf §§ 39, 40 PolG NRW verwiesen. Hier wäre klarzustellen, ob es sich Fahrzeuge generell, oder nur um „mitgeführte“ (geführte?) Fahrzeuge handeln soll.

Absatz 2 S. 1 fordert, dass die Maßnahme „schriftlich zu beantragen“ sei. Hier bleibt unklar, an wen der Antrag zu richten ist.

IV. Themenkomplex 2: Maßnahmen zur Bekämpfung der Terrorgefahr

1. Gefahrbegriffe

a) § 8 Abs. 4 des Entwurfs führt die Gefahrenkategorie der „drohenden Gefahr“ in das Gesetz ein, Absatz 5 der Vorschrift den qualifizierten Begriff der „drohenden terroristischen Gefahr“. Die Einführung dieser „Eingriffsschwellen“ für verschiedene Eingriffsmaßnahmen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber könnte darüber hinaus die Gelegenheit nutzen, die Gefahrenkategorien der „gegenwärtigen“, „erheblichen“ und „dringenden“ Gefahr im Gesetz zu definieren; im Entwurf ist dies noch nicht vorgesehen.

b) Die Kategorie der „drohenden Gefahr“ ist jedenfalls in der Sache durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt worden und kann damit ohne weiteres als verfassungsrechtlich „belastbar“ qualifiziert werden. Das Gericht hat den Gedanken einer drohenden Gefahr und damit verbundener abgesenkter Anforderungen an die Vorhersehbarkeit von Kausalverläufen bereits in früheren Entscheidungen dargelegt; die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich am diesbezüglich jüngsten und prominentesten Urteil zum BKAG a. F. vom 20. April 2016 (1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09). Die Entscheidung bietet allerdings keine explizite Legaldefinition der „drohenden Gefahr“, das Gericht präzisiert vielmehr die Anforderungen an eine „hinreichend konkretisierte Gefahr“ (Rn. 112):

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen (...). Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.“

Es muss eine „hinreichend konkretisierte Gefahr“ vorliegen, „dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen“ (Rn. 112). Und weiter: „Eine hinreichend konkretisierte Gefahr (...) kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender

Wahrscheinlichkeit vorhersagen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen“ (Rn. 112). Maßgebend ist damit eigentlich der Begriff der „hinreichend konkretisierten Gefahr“, deren Anforderungen das Gericht weiter konturiert. Im Grunde ist damit auch keine eigenständige Gefahrenkategorie entwickelt worden; das Gericht präzisiert vielmehr die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit der Kausalverläufe, mithin die Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe im Rahmen der polizeilichen Prognoseentscheidung. Sofern die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kriterien gesetzlich niedergelegt sind, mag man aber den Begriff der „drohenden Gefahr“ verwenden.

Vor diesem Hintergrund erscheint der im Gesetzentwurf genutzte Begriff der „drohenden (terroristischen) Gefahr“ jedenfalls aus rechtsdogmatischer Sicht aber immerhin nicht ganz glücklich gewählt, suggeriert er doch, dass noch keinerlei Gefahrenlage besteht. Der daraus resultierende Eindruck der „Vorverlagerung“ polizeilicher Eingriffsbefugnisse, die mit nicht unerheblichen Grundrechtseingriffen einhergehen, trägt sicherlich entscheidend zur Verunsicherung in der Öffentlichkeit bei. Im Sinne einer solchen „Vorverlagerung“ ist die Funktion der „neuen“ Gefahrenkategorien allerdings gerade nicht zu verstehen. Zwar lesen sich auch die Ausführungen des Gerichts wie eine Anknüpfung an eine „Gefahr der Gefahr“; derart „zweistufig“ sind sie aber nicht zu verstehen. Denn das Gericht spricht, wie gezeigt, mehrfach von einer „hinreichend konkretisierten Gefahr“, so dass eine Zuordnung der „drohenden Gefahr“ zum Gefahrenvorfeld als nicht zutreffend erscheint.

c) Da angesichts der im Entwurf vorgesehenen Legaldefinitionen davon auszugehen ist, dass der Landesgesetzgeber die Kategorien der „drohenden Gefahr“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“ entsprechend den Begriffsprägungen des Bundesverfassungsgerichts verstehen möchte, ist die Gefahr von Maßnahmen „ins Blaue hinein“ auf der Grundlage von Ermächtigungsnormen, die tatbestandlich an eine drohende (terroristische) Gefahr anknüpfen, rechtlich ausgeschlossen. Vielmehr bedarf es im Rahmen der (im präventiven Handlungsfeld ohnehin jeweils anzustellenden) Prognose tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass eine konkretisierbare Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird. Damit müssen sowohl die Person(en) des/der Gefahrenverursacher(s) als auch die Art der Straftat von erheblicher Bedeutung (im Sinne von § 8 Abs. 3 PolG NRW) bereits anhand von Tatsachen feststellbar sein. Auch wenn das Merkmal des „absehbaren Zeitraums“ einen im Einzelfall der Auslegung bedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, führt dies nicht zu durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Kategorie der „drohenden Gefahr“, etwa mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot. Denn dass normative Merkmale im Anwendungsfall der Auslegung bedürfen, ist ein gängiges Phänomen der Rechtsordnung. Das Konzept der „drohenden Gefahr“ ist mithin keine „Vorverlagerung“ zeitlicher Eingriffsbefugnisse, sondern – wie das Gericht selbst betont – eine Reduzierung der „Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs“. Dies entspricht der anerkannten sog. „Je-desto“-Formel: Je hochrangiger die potenziell gefährdeten Rechtsgüter sind, desto niedriger können die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit gesetzt werden.

d) Soweit gelegentlich vorgebracht wird, die „drohende Gefahr“ sei vom Bundesverfassungsgericht lediglich für Maßnahmen zur Bekämpfung terroristischer

Bedrohungslagen konzipiert worden, lässt sich diese „Verengung“ anhand der Entscheidung des Gerichts zum BKA-Gesetz gerade nicht belegen. Zwar ging es in der Entscheidung vom 20. April 2016 vorrangig um die Bestimmungen des BKAG a. F. zur Bekämpfung des Terrorismus, die Ausführungen des Gerichts beschränken sich aber ersichtlich nicht auf diesen Bereich. Es finden sich in Rn. 112 zunächst allgemeine Erörterungen zu den Anforderungen an eine „hinreichend konkretisierte Gefahr“. Erst die sich anschließenden Erwägungen beziehen sich auf terroristische Straftaten:

„In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“

Dies verdeutlicht, dass die diesem Passus vorausgehenden Darlegungen in Rn. 112 unabhängig von der Art und Weise der zu erwartenden Straftaten sind, das Gericht die Gefahrenkategorie der „drohenden Gefahr“ mithin nicht allein für Maßnahmen entwickelt hat, die der Bekämpfung terroristischer Bedrohungslagen dienen. Die im nordrhein-westfälischen Gesetzentwurf vorgenommene Unterscheidung zwischen „drohender“ und „drohender terroristischer“ Gefahr folgt diesen Differenzierungen des Gerichts.

e) Ebenso beschränkt das Bundesverfassungsgericht das Anwendungsfeld der „drohenden Gefahr“ als Eingriffsschwelle nicht explizit auf (verdeckte) Datenerhebungsmaßnahmen, wie gelegentlich vorgetragen wird. Zwar könnte man angesichts der vom Gericht formulierten Definition annehmen, es handele sich bei den angesprochenen Fallkonstellationen um Situationen, die denjenigen des sog. „Gefahrenverdachts“ entsprechen. Dessen dogmatische Einordnung ist zwar umstritten, Einigkeit herrscht aber dahingehend, dass die Sicherheitsbehörden bei einem solchen Gefahrenverdacht (lediglich) zur Vornahme von Gefahrerforschungsmaßnahmen berechtigt sein sollen, also namentlich zu Maßnahmen der Informationsgewinnung. Das Bundesverfassungsgericht verwendet aber den Begriff des Gefahrenverdachts in seiner Entscheidung zum BKAG gerade nicht, sondern fordert – wie bereits dargestellt – eine „hinreichend konkretisierte Gefahr“. Eine Beschränkung auf Gefahrerforschungsmaßnahmen will es nicht vornehmen.

Darüber hinaus stehen die Ausführungen in Rn. 112 zwar im Kontext von Erwägungen zur Erhebung von Daten durch heimliche Überwachungsmaßnahmen (Rn. 109), die Darlegungen sind aber schon sprachlich so allgemein gehalten, dass sie sich ersichtlich nicht auf solche Maßnahmen beschränken können. Das Gericht spricht davon, dass der Gesetzgeber „nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung“ auf die Anknüpfung an eine konkrete Gefahr beschränkt sei. Er könne die Grenzen „für bestimmte Bereiche mit dem Ziel der schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert“. Das Gericht bezieht sich mithin nicht allein auf heimliche Überwachungsmaßnahmen, sondern auf den gesamten präventiven Bereich der Straftatverhütung. Zwar schließt es im Verlauf der weiteren Ausführungen wieder den Bogen,

indem es fordert, dass über die Identität der beteiligten Personen „zumindest so viel bekannt“ sein müsse, „dass die Überwachungsmaßnahmen gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden könne“. Auch der folgende Abschnitt über die terroristischen Straftaten bezieht sich auf die Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass das Gericht gewissermaßen zwei Ebenen der Argumentation nutzt: Eine allgemeine Ebene über die Anforderungen an die „hinreichend konkretisierte Gefahr“ bzw. „drohende Gefahr“ und eine – auf den zu entscheidenden Sachverhalt bezogene – spezielle Ebene mit Ausführungen zu den Überwachungsmaßnahmen, die den Streitgegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens gebildet haben.

f) Die in § 8 Abs. 4 und 5 des Entwurfs vorgesehenen Definitionen der „drohenden Gefahr“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“ entsprechen in ihren materiellen Anforderungen den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine vollständige Kongruenz besteht allerdings nicht. Hinsichtlich der Anforderung des Gerichts bezüglich des Adressaten bestehen keine Bedenken, weil die Vorschriften an eine konkrete Person anknüpfen; diese muss also bereits hinreichend bestimmt sein.

§ 8 Abs. 4 des Entwurfs verlangt Anhaltspunkte für die zu erwartende Begehung einer (ihrer Art nach konkretisierte) „Straftat von erheblicher Bedeutung“, während das Gericht von einer „im Einzelfall drohenden Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut“ spricht. Der Entwurf verengt dies auf die Straftatverhütung, so dass abzugleichen ist, ob eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ stets ein „überragend wichtiges Rechtsgut“ gefährdet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind „überragend wichtige Rechtsgüter“ Leib, Leben, Freiheit der Person sowie Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Bezüglich der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ enthält § 8 Abs. 3 PolG NRW sog. „Regelbeispiele“. Erfasst sind u. a. alle Verbrechen; es bedürfte einer eingehenden Untersuchung, ob jedes Verbrechen zwangsläufig zugleich ein überragend wichtiges Rechtsgut gefährdet. Im Einzelfall wäre § 8 Abs. 4 des Entwurfs dahingehend restriktiv auszulegen.

§ 8 Abs. 5 S. 1 des Entwurfs definiert eine qualifizierte drohende Gefahr, die „drohende terroristische Gefahr“. Die Norm knüpft an die gängige strafrechtliche Terrorismus-Definition an, wie sie etwa in den Tatbeständen der terroristischen Straftat (§ 278c StGB) bzw. der Bildung terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB) zum Ausdruck kommt, und ist tatbestandlich unbedenklich. Die Formulierung in Satz 2, der zufolge es unter den Voraussetzungen der Definition für da Vorliegen einer drohenden terroristischen Gefahr ausreichen soll, „wenn lediglich das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass die Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird“, entspricht weitestgehend den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zum BKAG a. F. (Rn. 112). Das Gericht spricht zwar von „überschaubarer Zukunft“, das Merkmal „innerhalb eines absehbaren Zeitraums“ dürfte dem aber entsprechen.

g) Nach alledem sind die (vermeintlich) „neuen“ Gefahrenkategorien grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Im Folgenden wird bezüglich einzelner Eingriffsmaßnahmen allerdings jeweils zu erörtern sein, ob die „drohende (terroristische) Gefahr“ als Eingriffsschwelle für die jeweilige Maßnahme zulässig ist.

2. TKÜ und Quellen-TKÜ

Die vorgesehenen Regelungen zur Datenerhebung durch die Überwachung der Telekommunikation (TKÜ, Quellen-TKÜ) erscheinen in der vorgeschlagenen Ausgestaltung verfassungsrechtlich unbedenklich. Im Interesse einer sachgerechten Modernisierung und Anpassung des polizeilichen Eingriffsinstrumentariums an den technischen Fortschritt sind derartige Ermächtigungsnormen unerlässlich.

Der Begriff der „Telekommunikation“ bleibt im Normtext unklar; dies ist mit Blick auf die erforderliche Bestimmtheit der Rechtsfolge bedenklich. Denkbar wäre ein Verweis auf § 3 Nr. 22 TKG.

3. Aufenthalts- und Kontaktverbot

Die Erweiterung des gesetzlichen Maßnahmeninstrumentariums um Aufenthaltsgebote und -verbote und Kontaktverbote in § 34b des Entwurfs ist sachgerecht und entspricht den Anforderungen der polizeilichen Praxis. Gegebenenfalls sollte die amtliche Überschrift der Norm um das Aufenthaltsgebot ergänzt werden (Abs. 1 Nr. 1).

Die tatbestandlichen Voraussetzungen begegnen keinen Bedenken. Ob es erforderlich ist, hinter dem Wort „Gefahr“ die Worte „im Sinne des § 8“ zu setzen, ist zweifelhaft, enthält doch § 8 Abs. 1 PolG NRW eine Legaldefinition der „Gefahr“ im Sinne der in §§ 9 ff. PolG NRW normierte Standardermächtigungen. Soll der Zusatz verdeutlichen, dass die Maßnahmen auch bei einer drohenden Gefahr i.S.v. § 8 Abs. 4 des Entwurfs bzw. bei einer drohenden terroristischen Gefahr i.S.v. § 8 Abs. 5 des Entwurfs zulässig sein sollen, wäre es sachgerechter, den Tatbestand entsprechend klar zu formulieren. Der Verweis auf § 8 allein könnte insoweit als nicht hinreichend klar zu bewerten sein.

Die Regelungen zur Anordnungscompetenz, zu den Durchführungsbestimmungen und zur Dauer der Maßnahmen entsprechen den verfassungsrechtlichen Vorgaben für derartige Eingriffsbefugnisse.

4. Elektronische Aufenthaltsüberwachung

Die Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung als Mittel zur Verhinderung von Straftaten ist grundsätzlich als Ergänzung des polizeilichen Handlungsinstrumentariums zu begrüßen. Die Zielsetzung der Maßnahme wird in § 34c Abs. 1 des Entwurfs hinreichend klar herausgestellt – es geht darum, eine Person mithilfe eines technischen Mittels, mit dem ihr Aufenthaltsort ständig überwacht werden kann, permanent zu überwachen und die dabei gewonnenen Daten über den Aufenthaltsort auf gesetzlich klar begrenzte Art und Weise zu nutzen. Diese – einer „Dauerobservation“ bzw. dauerhaften Begleitung vergleichbare – Maßnahme soll abschreckende Wirkung entfalten. Eingriffscharakter entfaltet sie zum einen im Hinblick auf die ununterbrochene Anbringung des technischen Mittels „am Körper“, zum anderen aufgrund der Datenerhebung und -verwendung.

Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Nutzung der „Fußfessel“ (oder anderer technische Vorrichtungen) bestehen im Ergebnis nicht. § 34c Abs. 1 des Entwurfs beschränkt den Anwendungsbereich auf drohende terroristische Gefahren i.S.v. § 8 Abs. 5 S. 1 Nrn. 1 – 3 des Entwurfs, so dass der Anwendungsbereich sehr überschaubar bleibt und hohe Hürden für die Maßnahme gesetzt sind. Die mit der Anordnung verbundenen Grundrechtseingriffe sind im Falle einer drohenden terroristischen Gefahr grundsätzlich gerechtfertigt.

Allerdings wirft die Konzeption der elektronischen Aufenthaltsüberwachung in §§ 34c f. des Entwurfs insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung des Eingriffstatbestands in § 34c Abs. 1 verschiedene Fragen auf.

Wie auch § 34b des Entwurfs fordert die Norm eine „Gefahr im Sinne des § 8“ – auch hier ist unklar, ob sich der Verweis (nur) auf § 8 Abs. 1 oder (auch) auf die beiden weiteren Gefahrenkategorien in § 8 Abs. 4 und 5 des Entwurfs beziehen sollen. Da § 34c Abs. 1 des Entwurfs zudem das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 5 S. 1 Nrn. 1 – 3 des Entwurfs verlangt, sind unterschiedliche Auslegungen denkbar: Soll eine schon konkrete Gefahr vorliegen müssen, bei der zusätzlich die Anforderungen des § 8 Abs. 5 S. 1 Nrn. 1 – 3 des Entwurfs gegeben sein müssen? Oder genügt die „drohende terroristische Gefahr“? In letzterem Falle wäre es einfacher gewesen, wie folgt zu formulieren: „Zur Abwehr einer drohenden terroristischen Gefahr im Sinne des § 8 Abs. 5 S. 1 (...)“. Die tatbestandliche Variante in Absatz 2 bräuchte dann auch nicht auf das Fehlen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 5 S. 1 Nrn. 1 – 3 des Entwurfs Bezug nehmen, sondern könnte lediglich an das Vorliegen einer Gefahr anknüpfen, die die in der Norm genannten weiteren Anforderungen erfüllt.

§ 34c des Entwurfs konzipiert die Maßnahme als Anordnung zur Anbringung und zum Funktionsfähighalten eines technischen Mittels, also als Verwaltungsakt mit einer Handlungs- und Unterlassungsanordnung (keine Vornahme funktionsbeeinträchtigender Handlungen). Die Formulierung „am Körper bei sich zu führen“ erfordert nicht zwangsläufig ein fest am Körper angebrachtes technisches Mittel. Zudem ist zweifelhaft, welche Konsequenzen ein Zuwiderhandeln gegen die Anordnung haben soll. Eine zwangsweise Anbringung unter Anwendung unmittelbaren Zwangs wäre zwar denkbar, allerdings wird man in Fällen erheblichen Widerstands auch damit zu rechnen zu haben, dass die Anordnung zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit missachtet werden wird. Die im Entwurf vorgesehene Strafvorschrift begegnet Bedenken (s. u. 5.). Gleiches gilt für die im Entwurf vorgesehene Variante der Ingewahrsamnahme zur Durchsetzung einer Anordnung nach § 34c des Entwurfs (s. u. V. 1.). Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel an der praktischen Anwendungstauglichkeit der vorgesehenen Maßnahme.

5. Strafvorschrift

Die Aufnahme einer Strafvorschrift in das PolG NRW erscheint schon ganz grundsätzlich als „Fremdkörper“. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen zunächst im Hinblick auf die Legislativkompetenz des Landes. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fällt das „Strafrecht“ zwar in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, so dass dem Land gemäß Art. 72

Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung zukommt, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“. Allerdings ist anerkannt, dass sich die Kompetenz des Bundes auch auf strafrechtliche Normen erstreckt, welche an landesrechtlich geregelte Rechtsverstöße anknüpfen. Da bundesrechtliche Strafvorschriften bei Verstößen gegen die landesrechtlich vorgesehene Anordnung des Anlegens von Mitteln der technischen Aufenthaltsüberwachung fehlen (§ 87 BKAG erfasst nur Anordnungen des Bundeskriminalamtes nach dem BKAG und kann daher nicht als abschließende Regelung, aber auch nicht als Indiz für ein „absichtsvolles Unterlassen“ des Bundesgesetzgebers gewertet werden), wird man eine Zuständigkeit des Landes im Ergebnis annehmen können. Im Übrigen bestehen aber bereits gegen die Regelungen zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung grundlegende strukturelle Bedenken, die auch auf die Strafvorschrift in § 34d des Entwurfs „durchschlagen“.

V. Themenkomplex 3: Freiheitsentziehungen und Waffen

1. Ingewahrsamnahme

a) Der Entwurf sieht die Aufnahme weiterer Tatbestandsvarianten für die Ingewahrsamnahme vor. Eine neue Nr. 6 in § 35 Abs. 1 PolG NRW soll eine Ingewahrsamnahme ermöglichen, wenn diese unerlässlich ist, „um eine drohende Gefahr nach § 8 Absatz 4 oder eine drohende terroristische Gefahr nach § 8 Absatz 5 abzuwehren“. Im Ergebnis bestehen hiergegen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Grundrechtseingriff der Freiheitsentziehung ist zwar schwerwiegend, mit Blick auf die Schutzziele der Maßnahme bei Vorliegen der spezifischen Gefahrenlagen aber gerechtfertigt.

b) Wie bereits dargestellt, ermöglichen die Eingriffsschwellen der „drohenden“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“ gerade keine Maßnahmen auf bloßer Verdachtsbasis oder „ins Blaue hinein“; vielmehr werden an die Prognoseentscheidung der handelnden Beamtinnen und Beamten anspruchsvolle Anforderungen gestellt. Darüber hinaus sichert der Richtervorbehalt eine unabhängige Überprüfung der Ingewahrsamnahme, so dass einer zu extensiven Anwendung auch durch Verfahrensregelungen strikte Grenzen gesetzt sind. Das Anwendungsfeld der Kategorien der „drohenden (terroristischen) Gefahr“ ist nach hier vertretener Auffassung und Auslegung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz auch nicht auf (verdeckte) Überwachungsmaßnahmen beschränkt (s. o. 1.), so dass die Maßnahme der Ingewahrsamnahme zulässigerweise an sie anknüpfen darf. Es geht auch bei drohenden (terroristischen) Gefahren nicht allein um Maßnahmen der weiteren Informationsgewinnung, sondern um Gefahrenabwehr in Gestalt der Straftatenverhütung. Als „ultima ratio“ kommt dann unter strenger Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch die Ingewahrsamnahme in Betracht, die ohnehin zeitlich begrenzt ist und daher durch weitere Maßnahmen flankiert werden muss.

c) Grundlegendere Bedenken bestehen gegenüber der geplanten Aufnahme eines § 35 Abs. 1 Nr. 7 des Entwurfs. Dieser Ermächtigungsnorm zufolge kann eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn es „unerlässlich ist, um eine Aufenthaltsanordnung oder ein Kontaktverbot nach § 34b oder die Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung

nach § 34c durchzusetzen“. Das Durchsetzen von Aufenthaltsanordnung und Kontaktverbot im Wege einer Ingewahrsamnahme ist dabei unproblematisch; einige der Varianten des § 35 Abs. 1 PolG NRW dienen gerade dazu, Verwaltungsakte durchzusetzen, die den Aufenthaltsort des Adressaten regeln, und die dieser nicht befolgt. So können Platzverweise und Wohnungsverweisungen mit Rückkehrverboten im Wege des Gewahrsams durchgesetzt werden. Ziel ist dabei aber jeweils nicht nur, den Verwaltungsakt zu vollstrecken, sondern auch die Gewährleistung der Zweckerreichung der Grundanordnung – bei einem Rückkehrverbot etwa der Schutz der in der Wohnung verbleibenden Person. Bei Aufenthaltsanordnungen und Kontaktverboten ist dies ebenfalls der Hintergrund einer Ingewahrsamnahme.

Bei der Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung stellt sich aber die Frage, welchen Zweck die Ingewahrsamnahme erfüllen soll. Nach § 34c Abs. 1 des Entwurfs kann der Adressat verpflichtet werden, „ein technisches Mittel, mit dem der Aufenthaltsort dieser Person elektronisch überwacht werden kann, ständig in betriebsbereitem Zustand am Körper bei sich zu führen und dessen Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen“. Ziel ist es, diese Person „durch die Überwachung und die Datenverwendung von der Begehung“ bestimmter „Straftaten abzuhalten“.

Anders als bei den Maßnahmen zur „Aufenthaltsbestimmung“ geht es also bei der Anordnung der „elektronischen Fußfessel“ gerade nicht um eine Festlegung eines örtlichen Bereichs, in dem sich der Adressat aufzuhalten oder dem er fernzubleiben hat. Vor diesem Hintergrund kann eine Ingewahrsamnahme auch die Erfüllung der Anordnung nicht durchsetzen, will man sie nicht im Sinne einer „Erzwingungshaft“ verstehen, die wiederum den präventivpolizeilichen Gewahrsamsvarianten fremd ist. Die Ingewahrsamnahme kann also lediglich dazu dienen, den Adressaten, der der Anordnung zur Anlegung des technischen Mittels nicht nachkommt oder dieses anordnungswidrig entfernt usw., durch die Ingewahrsamnahme von der Begehung derjenigen Straftaten abzuhalten, deren drohende Begehung Ursache der Anordnung nach § 34c Abs. 1 des Entwurfs gewesen ist. Dann aber kann und sollte auf eine der anderen Ermächtigungsgrundlagen für die Ingewahrsamnahme zurückgegriffen werden. Für eine solche lediglich auf die Missachtung der Anordnung abzustellen, erscheint mit Blick auf die Eingriffsintensität der Freiheitsentziehung verfassungsrechtlich sehr bedenklich. Die Variante im geplanten § 35 Abs. 1 Nr. 7 des Entwurfs, die sich auf die Anordnung nach § 34c Abs. 1 des Entwurfs bezieht, sollte vor diesem Hintergrund ersatzlos gestrichen werden. Besteht eine unmittelbare Gefahrenlage hinsichtlich der Begehung von Straftaten von erheblicher Bedeutung und damit das Bedürfnis, den Adressaten örtlich zu „fixieren“, kommen andere Varianten des Gewahrsams in Betracht. Besteht sie nicht, muss ein „Erzwingungsgewahrsam“ allein zur Durchsetzung der Anordnung wohl als verfassungswidrig qualifiziert werden.

Die Aufnahme der Variante ist ersichtlich von dem Bestreben des Gesetzgebers getragen, der Anordnung im Rahmen der elektronischen Aufenthaltsüberwachung gewissermaßen „Nachdruck“ zu verleihen. Dies zeigt sich auch an der Strafvorschrift in § 34d des Entwurfs. Sachgerechter erschiene es, sich darüber Gedanken zu machen, auf welche Weise man Verstößen gegen die Anordnung begegnen könnte. Unmittelbarer Zwang, etwa in Form einer zwangsweisen Anbringung, wird bei bestehender „Non-Compliance“ kaum zu einer dauerhaften Betriebsfähigkeit des eingesetzten technischen Geräts beitragen können. Denkbar wäre es etwa gewesen, statt einer Strafvorschrift einen Ordnungswidrigkeitentatbestand

aufzunehmen. Aber auch diesbezüglich ist in der Praxis bei widerspenstigen Adressaten wenig zu erwarten. Meist aber wird man weitere Maßnahmen auf der Grundlage anderer Ermächtigungsnormen ergreifen können. Die Erkenntnis, dass die Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung letztlich ein „zahnloser Tiger“ bleiben könnte, ist ernüchternd, aber letztlich hinzunehmen.

2. Dauer der Freiheitsentziehung

§ 38 Abs. 2 in der Entwurfsfassung sieht differenzierte Regelungen für die Dauer der Freiheitsentziehung bei verschiedenen Varianten der Ingewahrsamnahme vor. Auch diesbezüglich bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Art. 104 GG enthält keine Vorgaben hinsichtlich der absoluten Dauer einer präventiven Freiheitsentziehung; die Höchstdauer von einem Monat nach Nr. 1 erscheint insgesamt nicht zu lang, auch nicht vor dem Hintergrund möglicher Bedenken gegen die im Entwurf vorgesehene weitere Variante der Ingewahrsamnahme bei drohender (terroristischer) Gefahr (s. o. 1.).

Allerdings fordert Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG, dass bei der jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen ist. Nach Satz 3 darf die Polizei aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben führen dazu, dass man die „Fristenregelungen“ in Absatz 2 des Entwurfs wie folgt verstehen muss: Die Polizei darf eine Person in Gewahrsam nehmen, muss aber dennoch unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeiführen. Dem Richter wird dann vorzutragen sein, welche Dauer der Ingewahrsamnahme für die Durchführung der polizeilichen Maßnahme benötigt wird; dieser trifft auf dieser Basis seine Entscheidung. Die Fristen in Absatz 2 des Entwurfs sind also nicht etwa so zu verstehen, dass erst nach mehreren Tagen oder gar einem Monat die richterliche Entscheidung herbeizuführen wäre. Insoweit ist die Formulierung eingangs des Absatzes 2 („gilt für die richterliche Entscheidung eine (...) abweichende Frist“) zumindest missverständlich. § 38 Abs. 1 Nr. 3 in der Entwurfsfassung stellt allerdings klar, dass die in Gewahrsam genommene Person spätestens bis zum Tag nach dem Ergreifen zu entlassen ist, wenn die Fortdauer der Freiheitsentziehung nicht richterlich angeordnet ist, z. B. auf der Grundlage der Fristenregelungen in Absatz 2. Damit schieben die Fristen in Absatz 2 nicht die richterliche Entscheidung auf, sondern ermöglichen es auch dem Richter, aufgrund präventiver Eingriffsermächtigungen zur Ingewahrsamnahme aus dem PolG NRW eine längere Freiheitsentziehung anzuordnen. Dies könnte durch eine entsprechend modifizierte Formulierung des Absatz 2 des Entwurfs klarer herausgestellt werden.

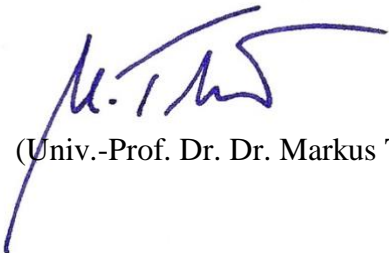
Sprachlich unglücklich ist zudem die Formulierung in Nr. 5 S. 2: „Sofern die Tatsachen die Annahme begründen, dass die Identitätsfeststellung innerhalb der Frist nach Satz 1 vorsätzlich verhindert worden ist (...)“. Dies liest sich so, als müsse die Verhinderungshandlung innerhalb der genannten Frist vorgenommen worden sein. Es geht aber darum, dass die Identitätsfeststellung nicht innerhalb der Frist erfolgen konnte, weil eine Verhinderungshandlung erfolgt ist. Etwas klarer wäre: „Sofern die Tatsachen die Annahme begründen, dass vorsätzlich eine

Identitätsfeststellung innerhalb der Frist nach Satz 1 verhindert worden ist (...)“. Im Übrigen ist auch diese Erweiterung der polizeilichen Handlungsfrist bei der Identitätsfeststellung als polizeipraktischer Sicht sachgerecht und nicht zu beanstanden. Auch die Variante der Ingewahrsamnahme bei vorsätzlich verhinderter Identitätsfeststellung, bei der die richterliche Entscheidung nicht schon nach spätestens 12 Stunden, sondern erst bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen ergehen muss, bewegt sich im von Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG vorgegebenen Rahmen.

3. Taser als Waffe

Die Aufnahme von Distanzelektroimpulsgeräten („Taser“) in den Kreis der zulässigen polizeilichen Einsatzmittel ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sie entspricht den aus der Praxis gemeldeten Bedürfnissen einer Ergänzung der bereits zulässigen Waffen und Hilfsmittel. Die Ausgestaltung als „Pilotversuch“ bzw. Erprobung mit wissenschaftliche Begleitung und Evaluierung erscheint geeignet, die bestehenden Bedenken hinsichtlich der Handhabung, der erforderlichen Einweisung und Schulung usw. auszuräumen.

Münster, den 30. Mai 2018



(Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel)