

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht
Ruhr-Universität Bochum
44801 Bochum

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/657

A09, A14

Stellungnahme anlässlich der Anhörung im Innenausschuss des LT NRW am 7.6.2018 zum neuen PolG (LT-Drs. 17/2351)

Zusammenfassung

[Block 1]

- Bei § 15a PolG-E (**Videobeobachtung**) bleibt unklar, wieso es in Nr. 1 heißt, dass „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, in Nr. 2 aber „tatsächliche Anhaltspunkte“.

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit könnte eine Berichtspflicht der Landesregierung gegenüber dem Landtag beitragen, in welchem Umfang es Videobeobachtungen gibt.

- Bei § 12 PolG-E (**strategische Fahndung**) stellt sich ebenfalls die Frage, ob das Merkmal „tatsächliche Anhaltspunkte“ eine unverhältnismäßige Absenkung der Voraussetzungen bewirkt. Im Blick zu behalten sind unionsrechtliche Anforderungen. Auffällig ist, dass die Entwurfsbegründung zur Frage der Erforderlichkeit der strategischen Fahndung letztlich schweigt.

[Block 2]

- Klargestellt sei, dass die **drohende Gefahr** i.S.d. § 8 Abs. 4, 5 PolG-E keine Gefahr i.S.d. übrigen Vorschriften des PolG ist. Diese Unterscheidung wird durch §§ 34b Abs. 1, 34c Abs. 2 PolG-E verwässert. Die Unterscheidung ist z.B. deutlicher in den Parallelregelungen des BayPAG.
- Gesetzestechnisch nicht überzeugend ist der Verweis in § 20c PolG-E (**TKÜ**) auf § 8 Abs. 5 PolG-E: Der Verweis führt zu einer Doppelung von Tatbestandsvoraussetzungen, die sich dann aber in Nuancen unterscheiden („übersehbarer Zeitraum“ in § 20c Abs. 1 Nr. 2, „absehbarer Zeitraum“ in § 8 Abs. 5 PolG-E). Dadurch entstehen Bedenken hinsichtlich des rechtsstaatlichen Gebots der Normenklarheit. Es gibt keine Vorgaben zum Schutz des Vertrauensverhältnisses gegenüber Rechtsanwälten oder der Presse.

- Eine gesicherte verfassungsrechtliche Rechtsprechung zu präventivpolizeilichen **Aufenthalts- und Kontaktverboten** (§ 34b PolG-E) besteht noch nicht, sodass verfassungsrechtliche Unsicherheiten bestehen, zumal es sich um massive Eingriffe in die persönliche Lebenssphäre handelt. Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit und damit der Verfassungsmäßigkeit könnten z.B. verringert werden, wenn die Polizei zur laufenden (und dokumentierten) aktiven Überprüfung des Fortbestehens der Voraussetzungen verpflichtet würde.
- Mangels gefestigter Rechtsprechung gibt es hinsichtlich der **elektronischen Fußfessel** (§ 34c PolG-E) zwangsläufig noch verfassungsrechtliche Unsicherheiten. Gesetzestechnische Bedenken treten hinzu.
- Bei der **Strafvorschrift** (§ 34d PolG-E) ist zu erwägen, dass nur das Ministerium antragsberechtigt ist.

[Block 3]

- Ohne zusätzliche Anforderungen materieller oder prozeduraler Art dürfte die Vorverlagerung der **Ingewahrsamnahme** (§ 35 PolG-E) unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig sein – zumal mit Blick auf die Dauer der Freiheitsentziehung.
- Der erhebliche Grundrechtseingriff bei einem einmonatigen Freiheitsentzug einer Person, die noch nicht einmal die Gefahrenschwelle überschritten hat, die sich zuvor nicht strafbar gemacht hat und die auch nicht (wie bei der Abschiebehaft im Aufenthaltsrecht) gegen eine gesetzlich normierte Pflicht verstößt, kann nur gerechtfertigt werden, wenn es hinreichende prozedurale Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit gibt. Die bislang vorgesehenen Vorkehrungen dürften nicht genügen, sodass die **Monatsdauer** (§ 38 PolG-E) nach jetzigem Entwurfsstand verfassungswidrig sein dürfte.

Vorzugswürdig dürfte es im Übrigen sein, die Gewahrsamsdauer nach Wochen (4) oder Tagen (28 oder 30) zu bemessen, um zufällige Unterschiede der Dauer (von 28 bis zu 31 Tagen) zu vermeiden.

- Durch § 58 PolG-E werden **Distanzelektroimpulsgeräte** dem Schlagstock gleichgestellt. Das überzeugt nicht, weil der sog. Taser eine Distanzwaffe ist, sodass schon deshalb die Gefahr von Fehltreffern größer ist als beim Schlagstock. Zumindest spezifische Vorgaben für den (ggf. Nicht-)Einsatz des Taser bei unmittelbarer Präsenz von Unbeteiligten oder gegenüber Kindern dürften nötig sein, um dem Gewicht von deren Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit Rechnung zu tragen.

Vorbemerkungen

Wie die Austarierung von Freiheit und Sicherheit erfolgt, ist keine verfassungsrechtliche, sondern eine politische Entscheidung. Der Gesetzgeber hat **große Gestaltungsspielräume** bei der Suche nach der angemessenen Balance. Dieser Spielraum findet seine verfassungsrechtlichen Grenzen im Untermaß- und im Übermaßverbot. Das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeit) betrifft zumeist weniger das „ob“ einer gesetzgeberischen Maßnahme, welche Sicherheit schaffen will und Freiheit beschneidet, sondern das „wie“. Anders ist dies in der politischen Diskussion, welche schneller zur Verwerfung des „ob“ führen kann. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit ist ferner zu differenzieren zwischen der Verhältnismäßigkeit der Gesetzesnorm und der Verhältnismäßigkeit ihrer Anwendung im Einzelfall.

Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Sicherheitsnormen, welche die Freiheit der Bürger beschränken, gelangt das BVerfG deshalb in aller Regel nicht zum Totalverdikt einer Norm. Vielfach rügt das BVerfG lediglich (immerhin) die **nicht hinreichende Bestimmtheit** (insb. bei besonders grundrechtssensiblen Maßnahmen) sowie **fehlende prozedurale Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit** im Einzelfall.

Bezogen auf den vorgelegten Gesetzentwurf der Landesregierung für das 6. PolGÄndG ist die Gefahr der **Addierung grundrechtsverkürzender Gesetzesbestimmungen** im Auge zu behalten, die für sich sinnvoll, im Ganzen jedoch intrikat werden können. Hinzu tritt der Umstand, dass die Anwendung der Gesetzesbestimmungen bei gleichbleibendem Wortlaut in der Praxis – je nach den sicherheitspolitischen Leitentscheidungen der jeweiligen Landesregierung und des Innenministeriums – zurückhaltend oder exzessiv sein kann. Zum Schutz der Bürgerfreiheiten ist deshalb bedeutsam, dass der Umfang der Maßnahmen von der Exekutive gegenüber Parlament und Öffentlichkeit verantwortet wird.

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Bestimmungen und der Bürgerfreiheiten sind deshalb **Berichtspflichten der Landesregierung gegenüber dem Landtag** bedeutsam (vgl. BVerfG, Urteil vom 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, juris Rn. 268). Das erkennt auch die Entwurfsbegründung, welche solche Berichtspflichten mehrfach – aber nicht immer – vorsieht.

Block 1: Maßnahmen zur Bekämpfung der Alltagskriminalität und OK

I. Videobeobachtung – § 15a PolG-E

Polizeiliche Videobeobachtung im öffentlichen Raum ist, seit sie eingesetzt wird, politisch und verfassungsrechtlich äußerst umstritten. In der verfassungsrechtlichen Diskussion hat sich gleichwohl die Sichtweise durchgesetzt, dass

- die Länder die Gesetzgebungsbefugnis haben, und zwar auch dann, wenn es nicht nur um Gefahrenabwehr i.e.S., sondern zugleich um Strafverfolgungsvorsorge handelt, weil es keine verdrängenden bundesrechtlichen Regelungen gibt,
- die offene Videobeobachtung zwar als erheblicher Eingriff in Grundrechte wirkt (insb. in das allgemeine Persönlichkeitsrecht), aber unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Zur

Verhältnismäßigkeit tragen auch prozedurale Vorkehrungen bei (z.B. Löschungspflichten).

§ 15a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PolG-E knüpft an die bisherige Gesetzeslage an, begrenzt die Möglichkeit der Videobeobachtung jedoch um ein neues Tatbestandsmerkmal („ein unverzügliches Eingreifen der Polizei möglich ist“), sodass insoweit keine neuen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgelöst und bisherige abgemildert werden.

§ 15a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PolG-E erweitert hingegen die Möglichkeiten der Videobeobachtung, in dem auch Orte erfasst werden, wo Straftaten verabredet oder vorbereitet werden. Damit werden auch Orte erfasst, die als solche nicht kriminalitätsbelastet sind, an denen keine Straftaten begangen werden. Das ist eine erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der Videobeobachtung. Diese Erweiterung findet immerhin zwei Grenzen: (1) Es muss sich um Straftaten von erheblicher Bedeutung handeln (dazu § 8 Abs. 2 PolG), (2) Weiterhin dürfen (wie auch bei Nr. 1 und bisher) nur „einzelne Orte“ Gegenstand einer Videobeobachtung sein.

Unklar bleibt, wieso es in Nr. 1 heißt, dass „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, in Nr. 2 aber „tatsächliche Anhaltspunkte“. Die Entwurfsbegründung schweigt zu dieser Differenzierung. Ist das nur eine gesetzestechnische Unsauberkeit oder sollen durch die Formulierung der Nr. 2 die Anforderungen an die Tatsachengrundlage abgesenkt werden, sodass womöglich nur diffuse Lageerkenntnisse die Videobeobachtung veranlassen könnten? Letzteres würde wohl zur Unverhältnismäßigkeit der Nr. 2 führen (vgl. LVerfG LSA, Urteil vom 11.11.2014 – LVG 9/13, juris Rn. 163 ff.; OVG Hamb., Urteil vom 13.5.2015 – 4 Bf 226/12, juris Ls. 1a). Die Bedenken würden verringert, wenn es auch bei Nr. 2 hieße, dass Tatsachen die Annahmen rechtfertigen.

Siehe auch unten Block 1, II. 2. b).

Als weitere prozedurale Vorkehrung zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist eine **Berichtspflicht der Landesregierung** gegenüber dem Landtag zu erwägen, in welchem Ausmaße es polizeiliche Videobeobachtungen gibt.

II. Strategische Fahndung – § 12a PolG-E

Die Kontrollen im Rahmen einer strategischen Fahndung stellen sich durchaus als erhebliche Grundrechtseingriffe dar. Auf das Gewicht der Grundrechtseingriffe weist etwa die strafprozessuale Regelung des § 111 StPO hin, wonach die Anordnung, Kontrollstellen einzurichten, grundsätzlich durch einen Richter zu treffen ist (§ 111 Abs. 2 StPO). Allerdings ermächtigt § 111 StPO – anders als § 12a Abs. 1 PolG-E – nicht nur zur Identitätsfeststellung und Inaugenscheinnahme, sondern auch zur Durchsuchung. Das erhebliche Gewicht der Grundrechtseingriffe ergibt sich im Übrigen aus der großen Zahl potentiell Betroffener.

1. *Keine Ausführungen in der Entwurfsbegründung zur Erforderlichkeit von § 12 PolG-E (= zentraler Maßstab der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit)*

Die Entwurfsbegründung sieht das erhebliche Gewicht der Grundrechtseingriffe und bietet wohl deshalb sehr umfangreiche Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit, die freilich in einem entscheidenden Punkt dünn und inhaltsleer ausfallen: Ist die Neuregelung überhaupt erforderlich? Genügen die bisherigen Maßnahmen nicht? Hier beschränkt sich die Entwurfsbegründung auf die bloße Behauptung der Erforderlichkeit ohne jede inhaltliche Begründung. Das überzeugt nicht.

2. *Bedenken hinsichtlich Bestimmtheit (Normenklarheit) und Verhältnismäßigkeit*

a) Was heißt „grenzüberschreitende Kriminalität“?

Die Entwurfsbegründung äußert sich zu einem Bestimmtheitsproblem, und zwar zum unbestimmten Rechtsbegriff „grenzüberschreitende Kriminalität“ und will dessen Konkretisierung der Rechtsprechung überlassen.

Gesetzesmethodisch löst das Bedenken aus: Konsequenz ist, dass die Konkretisierung dann zunächst durch die Polizeibehörden erfolgt, die infolge der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit der behördlichen Auslegung das Risiko der fehlerhaften Konkretisierung trägt. **Der Gesetzgeber lässt die Polizei dadurch in gewisser Weise „im Regen stehen“.** Konsequenz des unbestimmten Rechtsbegriffs ist vor allem, dass die spätere Konkretisierung auf dem Rücken des Bürgers erfolgt, der Adressat einer Maßnahme nach § 12a PolG-E wird und sich dagegen gerichtlich zu Wehr setzen muss.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte der Gesetzgeber deshalb zur Konturierung des (auch in anderen Landespolizeigesetzen verwendeten, z.B. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG, § 12 Abs. 1 Nr. 6 PolG Bbg., § 14 Abs 3 SOG LSA) unbestimmten Rechtsbegriffs beitragen, zumindest in den Gesetzesmaterialien, und z.B. verdeutlichen, dass die Auslegung insb. unionsrechtliche Wertungen berücksichtigen muss (unten 3.).

b) Was ist mit „auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte“ gemeint?

Auf die unterschiedlichen Formulierungen „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ und „tatsächliche Anhaltspunkte“ wurden schon hingewiesen (oben I.). Auch bei § 12a PolG-E bleibt unklar, ob der Gesetzentwurf, wenn er tatsächliche Anhaltspunkte verlangt, die geforderte Tatsachenbasis absenken will.

Im bisherigen PolG NRW werden beide Termini verwendet, die tatsächlichen Anhaltspunkte bislang, soweit ersichtlich, immer dann, wenn es um den Schutz des Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung geht. Wenn es tatsächliche Anhaltspunkte gibt, dass dieser Kernbereich betroffen ist, müssen bestimmte Maßnahmen unterbleiben bzw. abgebrochen werden (z.B. § 15c Abs. 5, § 16 Abs. 1, § 18 Abs. 3 PolG). Dies deutet darauf hin, dass die Schwelle bei „tatsächliche Anhaltspunkte“ eher niedrig sein muss, um den Kernbereich zu schützen.

Soll bei § 12a PolG-E ebenfalls eine niedrige Schwelle hinsichtlich der Tatsachenbasis genügen? Sollen womöglich diffuse Lageerkenntnisse genügen? Dies würde wohl zur Unverhältnismäßigkeit führen. Die Bedenken würden verringert, wenn es hieße: „auf Grund von Tatsachen“.

c) Prozedurale Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit

Der Gesetzentwurf sieht in Abs. 2 bereits einige prozedurale Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit vor (anders als § 111 StPO aber keinen Richtervorbehalt). Zumindest auf dem ersten Blick nicht konsistent ist es, dass bei § 12a Abs. 2 PolG-E die Anordnung durch die Behördenleitung erfolgt, während § 12 Abs. 1 Nr. 4 PolG bei der Einrichtung einer Kontrollstelle sogar die Zustimmung des Innenministeriums verlangt (oder einer beauftragten Stelle; diese ist das auch in § 12a Abs. 2 genannte Landesamt).

3. Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Nach Art. 67 Abs. 2 AEUV werden Personen an den Binnengrenzen nicht kontrolliert. Gem. Art. 23 VO (EU) 2016/399 vom 9.3.2016 (Schengener Grenzkodex) dürfen Kontrollen innerhalb eines Mitgliedstaates nicht die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen erzielen. Damit das nicht geschieht, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein: Sie dürfen (i) keine Grenzkontrollen zum Ziel haben; müssen (ii.) auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen; (iii) in einer Weise konzipiert sind und durchgeführt werden, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheidet; (iv) auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden,

Die Entwurfsbegründung geht davon aus, dass § 12a PolG-E nicht die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen erzeugt. Einige „Indizien“ (so die Terminologie und Methodik des EuGH) für die gleiche Wirkung gibt es jedoch, etwa die Hinweise in der Gesetzesbegründung, dass NRW ein Transitland mit erheblichem grenzüberschreitenden Verkehr ist. Wenn es solche Indizien gibt, verlangt der EuGH die Schaffung eines Rechtsrahmens, der die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen verhindert und dazu insb. Vorgaben zur Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen (siehe näher EuGH, Urteil vom 21.6.2017 – C-9/16, juris Ls. 2; VGH BW, Urteil vom 13.2.2018 – 1 S 1468/17, juris Rn. 83).

§ 12a PolG-E könnte insb. Lücken hinsichtlich der Selektivität aufweisen. Allein die Normierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in § 2 PolG dürfte nicht genügen (vgl. Michl, DÖV 2018, 50/57).

Block 2: Maßnahmen zur Bekämpfung der Terrorgefahr

I. Gefahrbegriffe (drohende Gefahr) – § 8 IV, V PolG-E

§ 8 Abs. 4 und 5 PolG-E führt den Begriff „drohende (terroristische) Gefahr“ ein und bietet dazu eine Begriffsbestimmung. Insoweit ist zu unterscheiden zwischen

- Einführung und Bestimmung des Begriffs der drohenden Gefahr,
- der gesetzlichen Schaffung von Tatbeständen für polizeiliche Maßnahmen, deren Einsatz tatbestandlich nicht – wie sonst im Polizeirecht traditionell üblich – das Bestehen einer konkreten Gefahr verlangt, sondern schon bei drohender Gefahr zulässig sein kann,
- und dem Einsatz dieser Maßnahmen im Einzelfall.

Die verfassungsrechtlich zentrale Frage der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen stellt sich weniger mit Blick auf den *Begriff* als solchen, sondern zuvörderst mit Blick auf die *Eingriffstatbestände*, welche das Merkmal der drohenden (terroristischen) Gefahr enthalten, sowie mit Blick auf die konkreten Einzelmaßnahmen.

Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Begriffs der drohenden Gefahr sei im Übrigen Folgendes bemerkt: Schon das Grundgesetz kennt diesen Begriff (z.B. Art. 11 Abs. 2 oder Art. 91 Abs. 2 GG). Dort wird er jedoch im dem Sinne verstanden, dass eine Gefahr bereits besteht, d.h. nicht nur droht, sondern schon vorliegt (vgl. etwa *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand.: Sept. 2017, Art. 91 Rn. 9; *Bäumerich/Schneider*, NVwZ 2017, 189/192).

§ 8 Abs. 4, 5 PolG-E sehen ein anderes Verständnis der drohenden Gefahr vor: Hier besteht die konkrete Gefahr noch nicht, vielmehr genügt bereits ein vorgelagertes Stadium, das zur Gefahr zu werden droht. Die Begriffsdefinitionen in Abs. 4 und 5 verwenden mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe, sodass sich die Frage der Bestimmtheit stellt. Immerhin lehnen sich die Begriffsdefinitionen eng an das Urteil des BVerfG vom 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 (dort Rn. 112) an, sodass vieles für die hinreichende Bestimmtheit sprechen dürfte.

Klargestellt sei, dass die drohende Gefahr keine Gefahr i.S.d. übrigen Vorschriften des PolG ist. Diese Unterscheidung wird durch §§ 34b Abs. 1, 34c Abs. 2 PolG-E verwässert.

II. TKÜ und Quellen-TKÜ – § 20c PolG-E

Die Telekommunikationsüberwachung bewirkt ganz erhebliche Eingriffe in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich. Ähnliche Maßnahmen wie in § 20c PolG-E vorgesehen sind in § 100a StPO geregelt (dort repressivpolizeilich) und finden sich auch in anderen Landespolizeigesetzen, teils auch im Vorfeld der eigentlichen Gefahrenabwehr, also in Konstellationen, in denen noch keine Gefahr besteht (z.B. § 31 POG RP).

Derartige Maßnahmen – einschließlich der sog. Quellen-TKÜ i.S.d. § 20c Abs. 2 PolG-E – sind grundsätzlich verfassungsrechtlich rechtfertigungsfähig (vgl. BVerfG, Urteil vom 20.4.2016 –

1 BvR 966/09, juris Rn. 229), wenn – insb. – die Gebote der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit gewahrt sind.

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten besonders sensibel ist die Überwachung von Personen, die noch nicht die Gefahrenschwelle überschritten haben, also keine Störer i.S.d. Polizeirechts sind. Das betrifft § 20c Abs. 1 Nr. 2 PolG-E. Der Gesetzentwurf formuliert eine Reihe von Tatbestandsvoraussetzungen, die erkennbar der Wahrung der Verhältnismäßigkeit dienen sollen. **Gesetzestechisch nicht überzeugend** ist dabei der – für sich betrachtet nicht zu beanstandende – Verweis auf § 8 Abs. 5 PolG-E: Der Verweis führt zu einer Doppelung von Tatbestandsvoraussetzungen, die sich dann aber in Nuancen unterscheiden („übersehbarer Zeitraum“ in § 20c Abs. 1 Nr. 2, „absehbarer Zeitraum“ in § 8 Abs. 5 PolG-E). Dadurch entstehen **Bedenken hinsichtlich des rechtsstaatlichen Gebots der Normenklarheit**.

Das BVerfG hat zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit prozedurale Anforderungen aufgestellt (BVerfG, Urteil vom 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, juris Rn. 216 ff.). Der Gesetzentwurf bemüht sich ersichtlich um Umsetzung dieser Anforderungen, sieht aber z.B. keine Vorkehrungen zum Schutz von Berufs- und anderen Personengruppen vor (Rechtsanwälte, Presse), deren Tätigkeit von Verfassungen wegen einer besonderen Vertraulichkeit ihrer Kommunikation voraussetzt (BVerfG, aaO, Rn. 255 ff.). Das könnte **Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit** auslösen.

Der Gesetzentwurf enthält den verfassungsrechtlich gebotenen Richtervorbehalt und erklärt das Amtsgericht für zuständig (§ 20c Abs. 4 PolG-E). Anders z.B. Rheinland-Pfalz: Dort ist das Oberverwaltungsgericht zuständig (§ 31 Abs. 5 POG RP).

III. Aufenthalts- und Kontaktverbote – § 34b PolG-E

1. Präventivpolizeiliches Neuland und deshalb verfassungsrechtliche Unsicherheiten

Aufenthalts- und Kontaktverbote gibt es bereits im Rahmen von Weisungen an Verurteilte für die Dauer der Bewährungszeit (§ 56c StGB) oder der Führungsaufsicht (§ 68b StGB). Die Dauer der Führungsaufsicht beträgt gem. § 68c Abs. 1 StGB mindestens zwei Jahre. Präventivpolizeiliche Aufenthalts- und Kontaktverbote gibt es seit relativ kurzer Zeit in § 55 BKAG und in § 20y BPolG sowie in einigen Landespolizeigesetzen (z.B. Art. 16 BayPAG, § 27b PolG BW § 67b SOG MV).

§ 34b PolG-E verlangt „eine Gefahr im Sinne des § 8“. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll damit gleichermaßen die konkrete Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 1 PolG wie die drohende Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 4 PolG-E umfasst sein (LT-Drs. 17/2351, S. 39). Aufenthalts- und Kontaktverbote sollen also schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr angeordnet werden können, sofern bestimmte – durchaus strenge – Voraussetzungen greifen. Auch die vorstehend genannten Regelungen im Polizeirecht des Bundes und anderer Länder kennen derartige Verbote an Personen, die noch keine Störer, sondern lediglich Gefährder sind.

Eine gesicherte verfassungsrechtliche Rechtsprechung hierzu besteht noch nicht, sodass **verfassungsrechtliche Unsicherheiten** bestehen, zumal es sich um massive Eingriffe in die persönliche Lebenssphäre handelt.

2. *Verwässerung des polizeirechtlichen Gefahr- und Störerbegriffs*

Die **Gesetzestchnik in § 34b Abs. 1 PolG überzeugt jedoch nicht** (dasselbe gilt für die Paralleltechnik in § 34c PolG-E). Wenn durch das Merkmal „Gefahr im Sinne des § 8“ nicht nur die konkrete, sondern auch die drohende Gefahr einbezogen wird, wird der **grundlegende Unterschied zur konkreten Gefahr verwässert**: Bei der drohenden Gefahr liegt eben noch keine Gefahr vor, diese droht nur. Will der Gesetzgeber beide Konstellationen unter § 34b PolG fassen, ist eine Formulierung ähnlich Art. 16 Abs. 1 BayPAG klarer und vorzugswürdig („[1.] einer Gefahr oder [2.] einer drohenden Gefahr...“).

Gesetzessystematisch nicht überzeugend ist die Formulierung „dafür verantwortliche Person“. Verantwortliche Personen werden in §§ 4 – 6 PolG geregelt, die aber an das Vorliegen einer konkreten Gefahr anknüpfen, sodass insoweit eine drohende Gefahr gerade nicht genügt. Auch der tradierte **polizeirechtliche Störerbegriff wird damit verwässert**.

3. *Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, insb. Verhältnismäßigkeit*

Das Aufenthaltsver- oder -gebot wirkt ebenso wie das Kontaktverbot als erheblicher Eingriff in die private Lebenssphäre und hinsichtlich von Aufenthaltsge- und -verboten in das Grundrecht der Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG.

Zu beachten ist deshalb der qualifizierte Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG. Art. 11 Abs. 2 GG enthält selbst das Merkmal „drohende Gefahr für den Bestand oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes“; die „drohende Gefahr“ i.S.d. Art. 11 Abs. 2 GG verlangt jedoch eine bestehende Gefahr. Wenn polizeirechtlich nur eine drohende Gefahr vorliegt (also gerade keine konkrete Gefahr besteht), kommt als Rechtfertigungsgrund die ebenfalls in Art. 11 Abs. 2 GG genannte Vorbeugung strafbarer Handlungen in Betracht.

Die Eingriffstiefe der Aufenthalts- und Kontaktverbote ist beträchtlich, nicht zuletzt wegen der damit verbundenen Gewahrsamsandrohung (§ 35 Abs. 1 Nr. 7 PolG-E) und Strafandrohung (§ 34d PolG-E). Die vorgesehene Dauer von bis zu drei Monaten (verlängerbar) gleicht den Regelungen anderer Polizeigesetze des Bundes und der Länder. Die Geltungsdauer entsprechender Anordnungen auf Grundlage von §§ 56c, 68b StGB ist deutlich länger. Dort richtet sich die Maßnahme aber gegen bereits Verurteilte, während § 34b Abs. 1 PolG-E u.U. Personen belastet, die noch nicht einmal die Gefahrenschwelle überschritten haben.

Auf Wahrung der Verhältnismäßigkeit sind einige Vorkehrungen in § 34b PolG gerichtet (u.a. Richtervorbehalt sowie die Pflicht zur unverzüglichen Beendigung der Maßnahme, wenn die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen).

Dennoch verbleiben Unsicherheiten, ob diese Vorkehrungen zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit genügen. Diese **Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit** und damit der

Verfassungsmäßigkeit könnten z.B. verringert werden, wenn die Polizei zur laufenden (und dokumentierten) aktiven Überprüfung des Fortbestehens der Voraussetzungen verpflichtet würde.

IV. Elektronische Aufenthaltsüberwachung (elektronische Fußfessel) – § 34c PolG-E

1. *Noch keine grundlegende verfassungsgerichtliche Klärung der Zulässigkeit der elektronischen Fußfessel*

Im Rahmen der Führungsaufsicht nach einer Strafverurteilung gibt es Regelungen zur elektronischen Fußfessel in § 68b Abs. 1 Nr. 12 StGB (i.V.m. § 463a StPO). Das BVerfG hat im Rahmen einer einstweiligen Anordnung die Nachteile der elektronischen Fußfessel für den Betroffenen nicht für gewichtiger gehalten als die Vorteile für die Allgemeinheit (BVerfG, Entscheidung vom 7.12.2017 – 2BvR 2640/17, juris Rn. 7 ff.). Eine Hauptsacheentscheidung steht freilich noch aus, sodass die Verfassungskonformität unsicher bleibt, vielleicht weniger hinsichtlich des „ob“, sondern mehr hinsichtlich des „wie“ (näher *Guckelberger*, DVBl. 2017, 1121ff.).

Noch größer sind die **verfassungsrechtlichen Unsicherheiten** im präventiven Bereich, namentlich dann, wenn die elektronische Fußfessel bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr gesetzgeberisch ermöglicht und polizeilich eingesetzt wird.

Präventivpolizeilich ist die elektronische Fußfessel in § 56 Abs. 1 BKAG vorgesehen, und zwar bereits für Gefährder, d.h. im Vorfeld einer konkreten Gefahr. Ähnliche Regelungen finden sich im Landespolizeirecht (z.B. § 27c Abs. 1 PolG BW, § 67a Abs. 1 SOG MV, § 34a Abs. 1 NdsSOG). Deutlich formuliert Art. 32a Abs. 1 BayPAG, dass die elektronische Fußfessel sowohl bei einer (schon konkreten) *Gefahr* als auch bei einer (nur) *drohenden Gefahr* zulässig ist. Diese Regelung ist bereits Gegenstand eines Gerichtsverfahrens gewesen. Das OLG München (Beschluss vom 14.2.2018 – 34 Wx 34/18, juris Rn. 17) hält im konkreten Fall die beeinträchtigten Individualbelange nicht für gewichtiger als die geschützten Gemeinwohl- und Drittbelange.

2. *Gesetzestechische Bedenken*

§ 34c Abs. 1 und 2 PolG-E verlangt eine „Gefahr im Sinne des § 8“. Wie bei § 34b PolG-E will der Entwurf damit sowohl die konkrete Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 1 PolG als auch die drohende Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 4 PolG-E einschließen.

Dieser Verweis löst das mit Blick auf den polizeilichen Gefahrbegriff und Störerbegriff **erhebliche gesetzesmethodische Bedenken** aus (siehe vorstehend zu § 34b PolG-E). Hinzu kommt Folgendes: Die Gesetzesbegründung will als Eingriffsvoraussetzung genügen lassen, dass das individuelle Verhalten der Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie in absehbarer Zeit terroristische Straftaten begehen wird – was den Formulierungen zur drohenden

terroristischen Gefahr im neuen § 8 Abs. 5 S. 2 PolG-E erinnert, der in § 34c Abs. 1 PolG-E jedoch gerade nicht in Bezug genommen wird (es wird nur auf § 8 Abs. 5 S. 1 PolG verwiesen). Erneut empfiehlt sich eine Orientierung an der insoweit klarer formulierten Parallelregelung in Art. 32a BayPAG („Gefahr oder drohende Gefahr“).

3. *Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit; dennoch verbleibende Unsicherheiten hinsichtlich Verhältnismäßigkeit und Verfassungskonformität*

Im Übrigen werden im Gesetzentwurf einige materielle und prozedurale Vorkehrungen getroffen, welche die Verhältnismäßigkeit wahren sollen. Ob diese in vollem Umfang einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung Stand halten könnten, bleibt dennoch unsicher.

V. Strafvorschrift – § 34d PolG-E

Die Entwurfsbegründung zu § 34d PolG-E äußert sich ausführlich zur Landeskompetenz, eine Strafnorm zu schaffen, und führt als Beleg für die fehlende Sperrwirkung vorhandener bundesrechtlicher Strafnormen insb. wiederholte Äußerungen des Bundesministers des Innern an. Äußerungen des Ministers können freilich allenfalls Indizwirkung für den Willen des Bundesgesetzgebers entfalten. Im Ergebnis ist die konkurrierende Landeskompetenz gleichwohl zu bejahen.

Parallelregelungen gibt es in § 87 BKAG sowie in einigen anderen Landespolizeigesetzen (z.B. § 84b PolG BW, § 67d SOG MV). Der Strafraum der Parallelnormen reicht bis zu drei (§ 87 BKAG) oder – wie in § 34c PolG-E NRW – bis zu zwei Jahren (§ 84b PolG BW, § 67d SOG MV).

Das Antragserfordernis wird in der Entwurfsbegründung als Instrument zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit beschrieben (ebenso z.B. BT-Drs. 18/11163, S. 135, zu § 87 BKAG), um eine Einschränkung der Anwendung der Norm auf bedeutsame Zuwiderhandlungen zu erreichen. Antragsberechtigt soll (wie im Bund und in anderen Ländern) die betroffene Polizeibehörde sein. Eine etwaige Mäßigungswirkung könnte wohl verstärkt werden, wenn nicht die handelnde Behörde, sondern nur das Innenministerium antragsbefugt wäre.

C. Freiheitsentziehungen und Waffen

I. Ingewahrsamnahme – § 35 PolG-E

Die Ingewahrsamnahme ist eines der schärfsten Schwerter des Polizeirechts.

1. *Enorme Vorverlagerung der Gewahrsamsbefugnisse*

Schon jetzt kann sie dazu dienen, Straftaten zu verhindern, aber nur dann, wenn diese unmittelbar bevorsteht (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG). Die Möglichkeit einer Ingewahrsamnahme wird durch § 35 Abs. 1 Nrn. 6, 7 PolG-E weit nach vorne verlagert, nämlich schon dann, wenn eine Gefahr droht (also noch nicht besteht, geschweige denn, dass wie bislang die Begehung der Straftat unmittelbar bevorstehen muss).

Diese enorme Lockerung der Ingewahrsamnahme wird im Gegenzug nur zum Teil dadurch aufgefangen, dass nicht mehr jede Straftat genügt, sondern dass es mindestens eine Straftat von erheblicher Bedeutung sein muss. Dennoch bleibt im Koordinatensystem aus Freiheit und Sicherheit eine erhebliche Verschiebung zu Lasten der Freiheit zu registrieren.

2. *Fehlende zusätzliche materielle und prozedurale Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei einer Ingewahrsamnahme im Vorfeld einer Gefahr*

Umso wichtiger sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit. Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass schon mit Blick auf die herkömmliche Ingewahrsamnahme nach § 35 Abs. 2 Nr. 2 PolG in der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR eine sehr strikte Kontrolle der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall erfolgte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.4.2017 – 2 BvR 1754/14, juris Rn. 46 ff.; EGMR, Urteil vom 1.12.2011 – 8080/08, NVwZ 2012).

Wegen des hohen Gewichts der persönlichen Freiheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG müssen jedoch durch den Gesetzgeber selbst Vorgaben zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit formuliert werden:

- In materieller Hinsicht schreibt § 35 Abs. 1 Nrn. 6 und 7 PolG-E Unerlässlichkeit vor. Das ist streng – aber diese strenge Voraussetzung gilt schon für § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG. Es fehlen also *zusätzliche* materielle Vorgaben zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit des Gewahrsams im Vorfeld einer Gefahr.
- In prozeduraler Hinsicht greifen die allgemeinen Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit (z.B. § 36 PolG: Richtervorbehalt, § 36 Abs. 3 PolG: gesonderte Unterbringung). Es fehlen jedoch erneut *zusätzliche* prozedurale Vorkehrungen für diese besonders grundrechtssensible Gewahrsamskonstellation im Vorfeld der Gefahrenabwehr.

Ohne zusätzliche Anforderungen in materieller oder prozeduraler Art dürfte die Vorverlagerung der Gewahrsamnahmemöglichkeiten **unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig** sein – zumal mit Blick auf die Dauer der Freiheitsentziehung (dazu sogleich).

II. **Dauer der Freiheitsentziehung (ein Monat) – § 38 PolG-E**

Die Dauer der Ingewahrsamnahme wird durch § 38 Abs. 2 PolG-E deutlich verlängert, und dies gestuft in Abhängigkeit vom Grund des Gewahrsams. Die längstmögliche Dauer beträgt einen

Monat, sofern es um eine drohende terroristische Gefahr geht. Eine Verlängerungsmöglichkeit soll es augenscheinlich nicht geben. In Niedersachsen ist eine Verlängerungsmöglichkeit geplant (max. 30 Tage + 30 Tage + 14 Tage; LT-Drs. 18/850 vom 8.5.2018, S. 7).

Verfassungsrechtliche Bedenken löst aus, dass (anders als in Niedersachsen) eine Monatsfrist und nicht wie z.B. in § 12a Abs. 2 PolG-E) eine Frist von 28 Tagen (oder von 30 Tagen wie in Niedersachsen) verwendet wird. Je nach Beginn der Ingewahrsamnahme kann die Dauer also von 28 bis zu 31 Tagen dauern: Das ist eine Schwankung der Eingriffstiefe von immerhin 10 Prozent bei einem der höchstwertigen Grundrechte, welche nicht durch das Ausmaß der im Einzelfall drohenden Gefahr, sondern durch den Zufall des Monats bestimmt ist. Näher läge deshalb die Verwendung einer nach Tagen oder Wochen bemessenen Frist.

Der erhebliche Grundrechtseingriff bei einem einmonatigen Freiheitsentzug einer Person, die noch nicht einmal die Gefahrenschwelle überschritten hat, die sich zuvor nicht strafbar gemacht hat und die auch nicht (wie bei der Abschiebehaft im Aufenthaltsrecht) gegen eine gesetzlich normierte Pflicht verstößt, kann nur gerechtfertigt werden, wenn es hinreichende prozedurale Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit gibt. Die bislang vorgesehenen Vorkehrungen dürften nicht genügen (siehe oben 3. Block I.), sodass die **Monatsdauer nach jetzigem Entwurfsstand verfassungswidrig** sein dürfte.

III. Distanzelektroimpulsgeräte (Taser) als Waffen – § 58 PolG-E

Soll der Taser als polizeiliche Waffe eingeführt werden, sollte der Gesetzgeber sich drei Umstände vergegenwärtigen:

- dass UN-Committee against Torture den Einsatz von Taser-Waffen bei der portugiesischen Polizei als verbotene Folter gewertet hat (CAT/C/PRT/CO/4 vom 19.2.2008). Diese Einordnung dürfte allerdings nicht überzeugen: Ein Taser kann zwar zur Folter eingesetzt werden, sein Einsatz stellt aber nicht zwangsläufig Folter dar (in diesem Sinne auch VO [EG] Nr. 1236/2005, Anhang III).
- Immer wieder wird berichtet, dass der Einsatz von Taser-Waffen zu zahlreichen Todesfällen geführt haben soll. Allerdings gibt es hierzu keine gesicherten Erkenntnisse (Fieseler u.a., Rechtsmedizin 2011, 535/540).
- Manche befürchten schließlich, dass der Taser – als vermeintlich nichtletale Waffe – leichtfertig eingesetzt werden könnte.

§ 58 PolG-E stuft Distanzelektroimpulsgeräte als Waffe, nicht aber als Schusswaffe ein. Damit greift er eine waffenrechtliche Einstufung auf. Gesetzssystematische Konsequenz ist dann aber, dass die prozeduralen Vorgaben für Schusswaffen in §§ 63-65 PolG nicht greifen, es vielmehr – jenseits der allgemeinen Voraussetzungen für unmittelbaren Zwang und des Verhältnismäßigkeitsprinzips – keinerlei gesetzliche Restriktionen gibt.

Damit ist der Taser dem Schlagstock gleichgestellt. Das überzeugt nicht, weil der Taser eine Distanzwaffe ist, sodass schon deshalb die Gefahr von Fehltreffern größer ist als beim

Schlagstock. Zumindest spezifische Vorgaben für den (ggf. Nicht-)Einsatz des Taser bei unmittelbarer Präsenz von Unbeteiligten oder gegenüber Kindern dürften nötig sein, um dem Gewicht von deren Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit Rechnung zu tragen.

Bochum/Witten, den 5.6.2018

J. E. - wlat