

Bundesweite Verschärfungen des Polizeirechts: Erodiert der Rechtsstaat?

von Falco Böhlje



Falco Böhlje ist Rechtsanwalt und stellvertretender Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen NRW. Er lebt in Datteln.

Die Demonstrationen gegen das neue Polizeigesetz in Bayern sowie gegen die avisierten Änderungen in NRW haben das Polizeirecht bundesweit in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt. Nachdem man jahrelang »nur« das Straf(prozess)recht verschärft hat, steht nun das allgemeine Polizeirecht im Fokus der Sicherheitsbehörden und der Politik. Dies gilt sowohl für das Bundesrecht, also namentlich Bundespolizeigesetz und BKA-Gesetz, aber insbesondere auch für das Polizeirecht der Bundesländer. »Drohende Gefahr«, »Gefährder«, »Unterbindungsgewahrsam« und »Quellen-TKÜ« sind einige der dabei maßgeblichen Begriffe. Führen verschärfte Gesetze zu mehr Sicherheit oder nur zu einer weiteren Erosion des Rechtsstaats? Der folgende Beitrag geht auf ausgewählte Beispiele der Änderungen ein und zeigt insbesondere am Beispiel des (Unterbindungs-) Gewahrsams auf, wie mit Ängsten der Bürgerinnen und Bürgern nach Terroranschlägen Politik gemacht und dabei massiv gegen Grundlagen unseres Rechtsstaats verstoßen wird.

I. Ausgangslage

Seit vielen Jahren bzw. Jahrzehnten erleben wir ständige Ausweitungen bzw. Erweiterungen des materiellen Strafrechts, der StPO, der Befugnisse der Geheimdienste und des BKA. Der Terrorismus der RAF, der 11. September 2001, der Terror des so genannten IS und viele andere Ereignisse waren »Gründe«, um den Strafverfolgungsbehörden und den Geheimdiensten immer mehr Mittel an die Hand zu geben. § 89 a StGB, die permanenten Änderungen der StPO, zuletzt im Jahr 2017 die Quellen-TKÜ (auch als »Bundes-/Staatstrojaner« bezeichnet, § 100 a I 2, 3 StPO n.F., § 51 BKA-Gesetz n.F.) und die Online-Durchsuchung¹ (§ 100 b StPO n.F., § 49 BKA-Gesetz n.F.) seien nur als Beispiele genannt. Das allgemeine (Landes-) Polizeirecht schien bisher von dieser Entwicklung ausgenommen gewesen zu sein. Spätestens seit dem grausamen Massenmord auf dem Berliner Breitscheidplatz im Dezember 2016 (»Amri-Attentat«), Messerattacken in S-Bahnen und verhinderten bzw. fehlgeschlagenen Anschlägen mit Rucksackbomben durch so genannte »Gefährder«, haben Innenpoli-

tikerInnen und Sicherheitsbehörden das allgemeine Polizeirecht entdeckt. Aktuell besonders strittig sind die Einführung des Begriffes der »drohenden Gefahr« und die Ausweitung des Anwendungsbereichs und der Dauer des (Unterbindungs-) Gewahrsams nach den jeweiligen Polizeigesetzen der Bundesländer.

II. Historische Herleitung des Polizeirechtes als Gefahrenabwehrrecht und die konkrete Gefahr

Nachdem bereits das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR) eine Beschränkung auf die »Abwendung der ... bevorstehenden Gefahr«² enthielt, formulierte erstmalig das preußische OVG im Jahr 1882 im »Kreuzberg-Urteil« maßgeblich die rechtsstaatlichen Vorgaben für das Polizeirecht³. Mit diesem Urteil erfolgte die Beschränkung der polizeilichen Gewalt auf die Gefahrenabwehr⁴. Weder die Bundes- bzw. Landeslegislative noch die Judikative haben dies bisher in Frage gestellt. Im Gegenteil: Seit 1949 ist die Ge-

fahrenabwehr Charakteristikum des bundesdeutschen Polizeirechtes. So heißt es beispielsweise in § 1 I 1 PolG NRW:

»Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren.«

In Lehre und Rechtsprechung ist nun allgemein anerkannt, dass die konkrete Gefahr Voraussetzung für den Erlass von polizeirechtlichen Einzelfallmaßnahmen nach der jeweiligen Generalklausel ist. Das BVerfG⁵ wiederum hat die (konkrete) Gefahr wie folgt definiert:

»Eine (konkrete) Gefahr liegt vor, wenn eine Sachlage, ein Zustand oder ein Verhalten aus einer ex-ante Betrachtung bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in überschaubarer Zukunft den Eintritt eines nicht unerheblichen Schadens für die polizeilichen Schutzgüter (der öffentlichen Sicherheit und/oder Ordnung) zur Folge hat.«

Gefahr ist
hinreichende Wahrscheinlichkeit
eines Schadenseintritts

Verkürzt: Gefahr ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit (Prognose) eines Schadenseintritts⁶, also ein drohender Schaden.

Die meisten Polizeigesetze der Länder beinhalten Legaldefinitionen der Gefahr⁷, welche alle der vorgenannten Definition ähneln. In den Polizeigesetzen der Bundesländer ist die konkrete Gefahr zudem teilweise auch kodifiziert⁸. Ein Eingriff durch die Polizei ist nur dann möglich, wenn die Gefahr ein hohes Maß an Konkretion gewonnen hat und mehr ist als nur eine irgendwie geartete Möglichkeit. Sich dieser rechtswissenschaftlichen Grunddogmatik zu erinnern, ist wichtig, um die aktuelle Diskussion um das Polizeirecht nachvollziehen und bewerten zu können.

III. Drohende Gefahr

Angeblich aufgrund von Vorgaben des BVerfG im Urteil zum BKA-Gesetz vom 20.04.2016⁹ fühlen sich derzeit zahlreiche Landesgesetzgeber berufen, in die

jeweiligen Polizeigesetze den Begriff der »drohenden Gefahr« aufzunehmen, sei es als Ergänzung der Generalklausel oder an anderer Stelle. In unterschiedlichen Varianten findet man in den Polizeigesetzen bzw. den Entwürfen für geplante Änderungen folgende Formulierung, welche dem aktuellen Entwurf¹⁰ zur Änderung des PolG NRW entnommen ist:

»Ein drohende Gefahr liegt vor, wenn im Einzelfall hinsichtlich einer Person bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person innerhalb eines absehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird¹¹.«

Eine solche drohende Gefahr soll z. B. in NRW nicht nur ausreichen, um Maßnahmen der Gefahraufklärung bzw. Gefahrforschung, sondern sogar Standardmaßnahmen durchführen zu können. Damit wird von den o.g. Grundsätzen massiv abgewichen. Schließen sich die Begriffe »drohend« und »Gefahr« aber nicht bereits semantisch aus? Wenn eine Gefahr ein drohender Schaden ist (s.o.), ist eine drohende Gefahr dann ein drohender Schaden¹²? Aufgrund der Unschärfe und Unbestimmtheit dieses neuen Begriffes sind Unsicherheiten in der täglichen Rechtsanwendung und Rechtsstreitigkeiten vorprogrammiert.

Gestützt wird die Einführung des »drohenden drohenden Schadens« insbesondere auf die o.g. Entscheidung des BVerfG vom 20.04.2016. Landes- und Bundesgesetzgeber haben reihenweise ganze Passagen des Urteils abgeschrieben (allerdings aus dem Kontext gerissen) bzw. mit »copy« und »paste« übernommen. Bevor ich auf die maßgeblichen Stellen des Urteils näher eingehe, soll der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt kurz dargestellt werden¹³. Auch dies ist wichtig, um die aktuelle rechtspolitische Diskussion besser nachvollziehen zu können.

Die Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen neue Befugnisse, die im Jahr 2009 in das BKA-Gesetz eingefügt wurden (»Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt ...«). Sie ermächtigten das BKA zu verdeckten Maßnahmen wie längerfristige Observation, akustische

wie optische Wohnraumüberwachung, Onlinedurchsuchung und Telekommunikationsüberwachung sowie zur zweckändernden Verwendung vorhandener Daten und zu ihrer Übermittlung an andere Behörden und ins Ausland. Damit hat der Bundesgesetzgeber dem BKA über die bisherigen Aufgaben der Strafverfolgung hinaus die bis dahin den Ländern vorbehaltenen Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus übertragen, dem BKA also ein weiteres Aufgabenfeld zugewiesen. Das BVerfG entschied, dass diese Ermächtigung des BKA zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus zwar im Grundsatz mit den Grundrechten vereinbar sei, die damalige Ausgestaltung von Befugnissen aber in verschiedener Hinsicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht genüge.

Der Gesetzgeber kann
die Grenzen der
Straftatenverhütung
weiter ziehen

Die nun immer wieder zitierten Passagen des Urteils (Randziffer 112) lauten:

»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.«

»sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr«

Ferner:

»können ...maßnahmen 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.«

Hat das BVerfG damit eine Erweiterung des allgemeinen polizeirechtlichen Gefahrbegriffes vorgegeben, wie es z. B. im Gesetzentwurf der Landesregierung NRW zu den geplanten Änderungen des PolG NRW steht¹⁴?

Hat das BVerfG eine Erweiterung des polizeirechtlichen Gefahrbegriffs vorgegeben?

Wie immer, wenn es um die Auslegung von gerichtlichen Entscheidungen geht, muss man den Gesamtkontext beachten und auch die vollständigen Entscheidungsgründe lesen: Dort findet man neben den o. g. auch die folgenden Formulierungen¹⁵:

»Verfassungsrechtlich ausreichend sind hierfür zunächst die Anforderungen zur **Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren** gegenüber polizeipflichtigen Personen nach den Maßgaben des allgemeinen Sicherheitsrechts für die hier relevanten Schutzgüter ...

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. 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 Tatsa-

chen 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. **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. **Denkbar** ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für **Terroristen** im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.«

Das BVerfG hat sich also mit dem Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter, der Verhinderung terroristischer Straftaten und Überwachungsmaßnahmen durch das BKA befasst. Mehr nicht. Wenn nun von Landesregierungen und teilweise auch im Schrifttum¹⁶ behauptet wird, Karlsruhe habe Verschärfungen im allgemeinen Polizeirecht der Länder, Erweiterungen der polizeirechtlichen Generalklausel (die zu mehr ermächtigt als Überwachungsmaßnahmen) vorgegeben und man setze als Landesgesetzgeber nur den Willen des BVerfG um, ist diese Auslegung zumindest fragwürdig: Das BKA hat andere Aufgaben als die 16 Landespolizeibehörden. Eine Überwachungsmaßnahme ist zudem wesentlich weniger als eine Standardmaßnahme (wie z. B. die Ingewahrsamnahme) und eine reine Beschränkung des Anwendungsbereiches der drohenden Gefahr auf Terrorismusabwehr findet sich in den vorliegenden Gesetzen bzw. Gesetzesentwürfen ebenfalls nicht. Auch die These, niemand könne ernstlich vom Gesetzgeber (der Passagen des Urteils einfach abgeschrieben hat!) verlangen, dass er klüger sei als das BVerfG¹⁷, lässt eine andere Passage des BKA-Urteils außen vor. Das BVerfG¹⁸ hat klar ausgeführt, dass Prognoseentscheidungen hinreichend bestimmt auszugestalten sind:

»Die diesbezüglichen Anforderungen sind normenklar zu regeln.«

Es ist nicht Aufgabe des BVerfG, sondern der Legislative, den Rahmen, den das BVerfG vorgegeben hat, durch hinreichend klar und verständlich formulierte Tatbestandsmerkmale auszufüllen¹⁹. Nach der hier vertretenen Auffassung kann das BKA-Urteil also nicht als Begründung bzw. Rechtfertigung für die bundesweiten Verschärfungen herangezogen werden.

Es ist Aufgabe der Legislative, den vom BVerfG gegebenen Rahmen auszufüllen

Im Übrigen ermöglichen es bereits die aktuellen polizeirechtlichen Generalklauseln und der Begriff der konkreten Gefahr, dass die Polizei vor Begehung einer Straftat einschreiten und eine drohende Rechtsgutsverletzung verhindern kann²⁰. Rechtsgut ist auch die öffentliche Sicherheit. Die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung gehört dazu²¹, dafür benötigt man nicht mal einen strafprozessualen Anfangsverdacht. Beispielsweise ist bei abstrakten Gefährdungsdelikten ein sehr frühes polizeiliches Einschreiten auch schon aufgrund des bisherigen Polizeirechtes möglich (siehe dazu unten V., die Beispiele zum Gewahrsam).

Bezüglich des Tatbestandsmerkmals »Straftat von erheblicher Bedeutung« wird auf die nachfolgenden Ausführungen zum Gefährder verwiesen.

IV. Gefährder

Nicht erst seit der umstrittenen Abschiebung des mutmaßlichen ehemaligen Leibwächters von Osama bin Laden, Sami A., am 13.07.2018 nach Tunesien und der massiven Kritik des VG Gelsenkirchen²² an der Abschiebung trotz bestehenden Abschiebeverbots ist der Begriff des »Gefährders« Teil der Diskussion über die innere Sicherheit. In der Presse, Stellungnahmen von Behörden und Politik, aber auch in offiziellen Pressemitteilungen z. B. des BVerfG taucht immer wieder der Begriff auf, der fester Bestandteil der Rechtssprache zu sein scheint. Was ist nun

ein Gefährder? Rein semantisch betrachtet könnte eine große Nähe zum klassischen Gefahrenbegriff bestehen. Tatsächlich gibt es jedoch keine gesetzliche oder durch Gerichte vorgegebene Definition; die aktuell von den Sicherheitsbehörden benutzte lautet: »Ein Gefährder ist eine Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100 a StPO begehen wird.«²³.

Gefährder ist eine Person, die voraussichtlich politische Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird

Im allgemeinen Polizeirecht ist die Gefährderansprache bekannt, welche meistens auf die Generalklausel gestützt wird. In Niedersachsen ist aktuell eine gesetzliche Regelung zur Gefährderansprache geplant, die zumindest in Konturen auch den Gefährder definiert, wobei sich diese von der o.g. »Bundesdefinition« unterscheidet. In das NPOG soll folgender § 12a aufgenommen werden:

»Gefährderansprache...

Verursacht eine Person eine Gefahr oder rechtfertigen bestimmte Tatsachen die Annahme, dass eine Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat begehen wird, so kann die Polizei die Person an ihrer Wohnung ansprechen (Gefährderansprache) ...«

Diese Definition ist also weiter und umfassender. Die Tatbestandsmerkmale »politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung« und der Verweis auf § 100a StPO fehlen.

Zu beachten ist, dass der niedersächsische Gesetzgeber in § 2 NPOG-Entwurf verschiedene Arten von Gefahren definiert. Solange im Gesetz »Gefahr« steht, wie in dem Entwurf des § 12a, ist gemäß § 2a Nr. 1 immer eine konkrete Gefahr gemeint.

Bei der »Gefährderansprache« kann es zwar auch um islamistische Gefährder gehen, genauso aber auch um Fußball-Hooligans. Der Begriff des Gefähr-

ders ist also, anders als man angesichts des inflationären Gebrauchs dieses terminus vermuten könnte, unscharf und muss immer im jeweiligen Kontext gesehen werden.

Vergleicht man jedoch die o.g. Definition, die politisch motivierte Straftaten etc. beinhaltet, mit dem neuen Begriff der drohenden Gefahr, wird die Nähe deutlich. Bei der Formulierung der drohenden Gefahr haben die Ministerien offensichtlich an die o.g. Gefährder gedacht. Zugleich wird jedoch auch deutlich, wieso der Begriff der »drohenden Gefahr« so problematisch ist. Das Tatbestandsmerkmal der »politisch motivierten Straftat« fehlt, es wird – zumindest ist es aktuell so in NRW geplant – pauschal auf eine Straftat von erheblicher Bedeutung abgestellt. Diese wird in § 8 III PolG NW definiert, nicht abschließend (»insbesondere«), es fehlt aber z. B. der § 89a StGB (der in § 100a II StPO expressis verbis genannt wird), gleichzeitig sind Eigentumsdelikte wie §§ 243, 244, 260, 261, 263 bis 264a StGB und sogar der 283 StGB aufgeführt, bei gewerbs- bzw. bandenmäßiger Begehung. Drei GmbH-Geschäftsführer (Bande), die im Verdacht stehen, Buchführungsdelikte zu planen (§ 283 StGB), könnten also mit polizeirechtlichen Standardmaßnahmen überzogen werden. Auch ein bandenmäßiger Betrug ist doch etwas ganz anderes als eine politisch motivierte Straftat wie ein islamistischer Mordanschlag. Daran ändert ebenfalls nichts, dass z. B. § 8 V PolG NRW-Entwurf die drohende terroristische Gefahr definiert. Der Verweis auf die Straftaten von erheblicher Bedeutung bleibt auch dort unverändert bestehen.

Halten wir fest: Bereits der klassische Gefährbegriff fußt auf einer Prognose. Beim »Gefährder« kommt eine weitere Prognose hinzu, mithin die »Prognose einer Prognose²⁴.« Der Begriff ist nicht abschließend definiert und wird aktuell überwiegend für politische Auseinandersetzungen genutzt. Auf Bundes- und Landesebene versteht man unter einem Gefährder oftmals etwas völlig anderes. Eine bundeseinheitliche Definition wäre wünschenswert und würde den Sicherheitsbehörden und der Justiz die Arbeit erleichtern.

V. (Unterbindungs-) Gewahrsam

Ein weiteres der neuesten Mittel der Gefahrenabwehr soll die Ausweitung des Anwendungsbereichs sowie die Verlängerung des »Unterbindungsgewahrsams« sein. In NRW z. B. ist die Dauer des Gewahrsams derzeit auf »bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen« beschränkt.

In NRW ist
Gewahrsam derzeit auf
zwei Tage beschränkt

Diese Formulierung kennt man aus Artikel 104 II 3 GG. Aktuell (Stand Juli 2017) plant die Landesregierung von NRW²⁵ eine Ausweitung auf bis zu 1 Monat (Staffelung: 12 Stunden, 2 Tage, 7 Tage, 10 Tage, Höchstgrenze 1 Monat bei drohender bzw. drohender terroristischer Gefahr). Auch hier begegnet man dem Begriff der drohenden Gefahr. Eine solche drohende Gefahr soll nach dem aktuellen Entwurf für eine Ingewahrsamnahme ausreichend sein. Das geht weit über die bisherige Rechtslage hinaus. Angesichts der o.g. Kritik an diesem unbestimmten Rechtsbegriff und der Tatsache, dass das Polizeirecht auf alle Bürgerinnen und Bürger anwendbar ist (und eben nicht nur für islamistische Gefährder mit langen Bärten und Pluderhosen gilt – um die Klischees der Talkshows zu bedienen), steht zu befürchten, dass zukünftig jedes von der sozialen Norm abweichende Verhalten ohne jedweden Bezug zu einer Gefahr oder einem rechtswidrigen Verhalten zum Anknüpfungspunkt für massive Grundrechtseingriffe wird. In Bayern²⁶ wurden bereits im Jahr 2017 die Regelungen zur Dauer des Gewahrsams massiv ausgeweitet, über 3-Monatsschritte ist theoretisch eine zeitlich unbegrenzte Ingewahrsamnahme möglich, die von den Medien (rechtsdogmatisch schief, da es ja gerade keine Haft ist) oftmals als »Unendlichkeitshaft« bezeichnet wird.

Klassisches Praxisbeispiel für die Ingewahrsamnahme nach der bisherigen polizeirechtlichen Dogmatik sind die Trinker-Fälle: Menschen (meistens Männer) trinken zu viel, prügeln sich durch die Kneipen und die Polizei nimmt den Trunken- und Raufbold in Gewahrsam. Der Delinquent wird also über Nacht

in eine Zelle im Polizeirevier verbracht und darf dort seinen Rausch ausschlafen. Dafür sind die Polizeigebäude auch ausgestattet.

Für längeren Unterbindungsgewahrsam sind Gewahrsamszellen nicht ausgestattet

Ganz anders sieht es beim zeitlich verlängerten Unterbindungsgewahrsam²⁷ aus. Angesichts der vielen »Gefährder« (s.o.), die namentlich laut manchen Innenpolitikern (m/w) und aufgeregter, medialer Begleitung (Talkshows) durch unsere Städte vagabundieren, soll die Polizei diese Personen nach dem Polizeirecht länger festsetzen können. Manche Politiker, Journalisten und Internet-Trolle tragen seit 2016 ständig das Mantra vor sich her, dass man im Polizeirecht statt der konkreten Gefahr nun auch die »drohende« Gefahr (s.o.) als Grundlage für polizeiliches Handeln benötige sowie die zeitlich stark verlängerte (In-)Gewahrsamnahme, um der vielen »Gefährder« Herr zu werden. In der nach dem Amri-Attentat stark emotional aufgeheizten Debatte hieß es öfters: »Mit dem Unterbindungsgewahrsam hätte man den Anschlag verhindern können«²⁸.

Gerade angesichts des Anschlages auf dem Berliner Weihnachtsmarkt sollte man sich aber nicht täuschen lassen. In Literatur und Rechtsprechung wurde sehr plausibel aufgezeigt, dass man die bereits vorhandenen Normen des Straf(prozess)rechts und namentlich des Ausländerrechts nur hätte anwenden müssen. Insbesondere das AufenthaltsgG bietet – zumindest bei ausländischen²⁹ »Gefährdern« – ausreichend juristische Grundlagen, vgl. nur §§ 58a, 62 AufenthaltsgG und die entsprechenden Beschlüsse des BVerwG³⁰. Wörtlich führt das BVerwG zur Anwendbarkeit des § 58a aus:

»Die vom Ausländer ausgehende Bedrohung muss aber nicht bereits die Schwelle einer konkreten Gefahr im Sinne des polizeilichen Gefahrenabwehrrechtes überschreiten ...

Eine Abschiebungsanordnung ist (...) schon dann möglich, wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte ein beachtliches Risiko dafür besteht, dass sich eine terroristische

sche Gefahr und/oder eine dem gleichzustellende Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik in der Person des Ausländers jederzeit aktualisieren kann, sofern nicht eingeschritten wird.«

Auch das Straf(prozess)recht ist bereits bestens juristisch präpariert. Wer ein Terrorcamp im Ausland besucht hat und nun Anschläge in Deutschland plant (§ 89a StGB), kann nach § 112a StPO für unbestimmte Zeit wegen Wiederholungsgefahr in Haft (»Sicherungshaft«) genommen werden. Anders als die übrigen Haftgründe der StPO dient der Haftgrund der Wiederholungsgefahr nicht der Verfahrenssicherung, sondern dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren erheblichen Straftaten.

Die bestehenden Gesetze sind also ausreichend, um der Gefährder, namentlich der islamistischen, Herr zu werden. Bei dem Mörder Amri haben sowohl Strafverfolgungsbehörden als auch die Ausländerbehörden das gesetzliche Instrumentarium schlichtweg nicht angewandt.

Folgt nun aus dieser Untätigkeit (oder Unfähigkeit?) rechtsstaatlich zwingend eine Verschärfung des Polizeirechtes? Ist es noch Teil der Gefahrenabwehr, wenn man Personen länger in polizeilichen Gewahrsam nimmt, nur weil man sie für gefährlich hält? Oder wird aus dem Gefahrenabwehrrecht so ein Gefährderabwehrrecht³¹?

Vergleicht man den Gang eines üblichen Strafverfahrens mit dem Gewahrsam nach den Landes-Polizeigesetzen, wird der Unterschied sehr schnell deutlich. Vor der Straf-Haft ist eine strafrechtliche Hauptverhandlung durchzuführen. Das ist ein wesentlicher Kern des deutschen Straf(prozess)rechts. Das Gericht muss sich in der Hauptverhandlung ein eigenes Bild der Tat machen. Bei bestimmten Tatvorwürfen ist dem Beschuldigten/ Angeklagten zwingend ein Pflichtverteidiger beizuordnen. Die Polizeigesetze der Länder³² sehen im Falle des Gewahrsams eine richterliche Entscheidung vor (Richtervorbehalt), verweisen bzgl. des Verfahrens auf das 7. Buch des FamFG, »Verfahren in Freiheitsentziehungssachen«. Eine Hauptverhandlung findet

dort gerade nicht statt, lediglich eine Anhörung.

Ggf. ist ein Verfahrenspfleger (bzw. ein Rechtsanwalt³³) beizuordnen, anders als nach der StPO gibt es jedoch keinen Katalog von Tatvorwürfen, bei denen ein »Pflichtverteidiger« bestellt wird. Wenn nun die Landesgesetzgeber die Dauer des Gewahrsams deutlich ausdehnen (in Bayern theoretisch zeitlich unbegrenzt) und manche Gesetzesentwürfe sogar die drohende Gefahr für eine Ingewahrsamnahme ausreichen lassen wollen³⁴, ist es verfassungsrechtlich geboten, auch in das FamFG eine dem Pflichtverteidiger aus der StPO entsprechende Regelung einzufügen: Wer aufgrund einer Prognose für gefährlich erachtet und vom Richter ohne Hauptverhandlung, nur nach bloßer Anhörung, für längere Zeit eingesperrt werden soll, benötigt zwingend anwaltlichen Beistand.

Es ist verfassungsrechtlich geboten, bei längerem Unterbindungsgewahrsam einen Pflichtverteidiger vorzusehen

Auch hier lohnt erneut ein Vergleich mit der StPO: Durch Strafbefehl darf zwar eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr festgesetzt werden, aber nur bei Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung und nur wenn der Angeschuldigte einen Verteidiger hat (§ 407 II 2 StPO). Ein Betroffener wird im Polizeirecht schlechter behandelt als ein Beschuldigter nach der StPO, gegen den zumindest ein Anfangsverdacht besteht. Durch die Ingewahrsamnahme wird massiv in das Recht auf Freiheit der Person gemäß Artikel 2 II 2 GG eingegriffen. Träger dieses Grundrechts ist jede natürliche Person³⁵, dies gilt also sogar³⁶ für Salafisten, Islamisten, Reichsbürger und ähnliche »sympathische Zeitgenossen«.

Im Übrigen sind die Ausweitungen der Dauer des Unterbindungsgewahrsams angesichts Artikel 5 EMRK und der Rechtsprechung des BVerfG höchst bedenklich. Namentlich die in NRW geplante Regelung, wonach sogar die drohende Gefahr bzw. drohende terroristische Gefahr für den Unterbindungsgewahrsam ausreichen sollen, dürfte gegen die EMRK³⁷ und

deutsches Verfassungsrecht³⁸ verstoßen. Alles, was über 14 Tage Gewahrsam hinausgeht, ist allein nach der Entscheidung des BVerfG zur Sicherungsverwahrung mit dem GG nicht mehr vereinbar³⁹.

Der Richter muss auch
im Eilverfahren selbst Tatsachen
feststellen

Hinzu kommen rein praktische Fragestellungen:

Ein Richtervorbehalt in den Polizeigesetzen könnte zunächst für ein rechtsstaatliches Verfahren sprechen. De facto lässt die Legislative die Judikative hier jedoch ziemlich allein. Bei zeitlich derart verlängerten (In-) Gewahrsamnahmen muss das Gericht Kriterien erhalten, mit denen es arbeiten kann. Zur Erinnerung: Nach der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 104 II 1 GG (Freiheitsentziehung, der Gewahrsam ist eine solche freiheitsentziehende Maßnahme) darf sich das Gericht bei der Anordnung der Freiheitsentziehung nicht auf die Plausibilitätskontrolle einer vorherigen Entscheidung der Exekutive beschränken, vielmehr muss das Gericht selbst die Tatsachen feststellen, auch in Eilverfahren⁴⁰:

»Den Anforderungen des Art. 104 GG ist auch in Eilfällen nicht genügt, wenn sich der Richter in Anwendung des § 12 FGG bei seiner Ermittlungstätigkeit lediglich auf die Prüfung beschränkt, ob die von der Polizei vorgebrachten Gründe für eine Freiheitsentziehung plausibel erscheinen. Der Richter hat nach Art. 104 Abs. 2 GG über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung selbst zu entscheiden und die Verantwortung dafür zu übernehmen, daß der Gewahrsam unerlässlich ist, um den Betroffenen an der unmittelbar bevorstehenden Begehung einer rechtswidrigen Tat zu hindern ... Die richterliche Entscheidung wirkt konstitutiv und enthält nicht nur eine Genehmigung oder Bestätigung einer vorgängigen Verwaltungsentscheidung ... Der Richter muß deshalb selbst die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen. Die Schwere des Grundrechtseingriffs gebietet insbesondere eine eingehende Prüfung der Erforderlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme. Als Mittel eigener richterlicher Sachaufklärung stehen bei eilbedürftigen Entscheidungen insbesondere die Akten, die sichergestellten Sachen, die Aussagen der be-

teiligten Beamten und die persönliche Anhörung des Betroffenen zur Verfügung.

Wenn nun nach manchen Polizeigesetzen auch eine drohende Gefahr (»Prognose einer Prognose«, »drohender drohender Schaden«) einen Gewahrsam rechtfertigen kann, stellt sich die Frage, wie das Gericht dies feststellen soll. Hier zeigt sich erneut das Problem der Unschärfe der »drohenden Gefahr«.

Weitere Fragen, zu denen man in den jeweiligen Gesetzesbegründungen nicht mal ansatzweise eine Antwort findet: Wie will eine Richterin/ein Richter feststellen, dass dann, wenn jemand ggf. mehrere Monate in Gewahrsam war, keine Gefahr mehr von dieser Person ausgeht⁴¹? Ist ein überzeugter Salafist nach 1 Monat Gewahrsam weniger gefährlich⁴²? Nach drei Monaten? Bietet der Gewahrsam nicht gerade erst die Möglichkeit, in Ruhe Anschläge zu planen? Wie wird die Verhältnismäßigkeit gewahrt? Wo werden die »Gefährder« untergebracht? U-Haft und Strafhaftanstalten scheiden allein angesichts der Vorgaben des BVerfG aus. Wer jemals eine Polizeizelle gesehen hat, wird keine Zweifel haben, dass dort niemand für längere Zeit untergebracht werden kann.

All dies sind völlig offene, unbeantwortete Fragen.

Im Ergebnis scheint es daher auch bei der Verlängerung des Gewahrsams und der Verknüpfung desselben mit dem neuen Begriff der drohenden Gefahr darum zu gehen, einer, aufgrund ständig wiederholter Warnungen vor Gefährdern, zutiefst verunsicherten Öffentlichkeit durch gesetzgeberischen Aktionismus Sicherheit vorzugaukeln.

VI. Quellen-TKÜ

Im BKA-Gesetz, der StPO und auch in einigen Polizeigesetzen der Länder finden sich, bzw. sollen eingeführt werden, Normen zur Quellen-TKÜ. Bei dieser wird heimlich eine Spionagesoftware (Trojaner) auf Mobiltelefonen, Computern und anderen elektronischen zur Kommunikation bestimmten Geräten installiert, um die Verschlüsselung von sogenannten Messenger-Diensten, also

»WhatsApp«, »Facebook-Messenger« etc. zu umgehen⁴³. Da auch Terroristen und andere Straftäter solche Messenger-Dienste nutzen, klingt der gesetzgeberische Ansatz zunächst plausibel. Nach derzeitiger Rechtslage ist jedoch bei jeder Vorbereitung eines Anschlages durch eine Gruppe von mutmaßlichen Terroristen bereits ein Anfangsverdacht für eine Straftat gegeben, so dass Ermittlungsmaßnahmen nach der StPO möglich sind. Eine weitere Vorverlagerung der Eingriffsmöglichkeiten auf Länderebene, also jenseits der strafrechtlichen Normen, ist weder nötig noch verhältnismäßig.

Quellen-TKÜ erfordert
technisch sichere Begrenzung
der Überwachung auf laufende
Telekommunikation

Grundsätzlich bestehen folgende Probleme: In der bereits zitierten Entscheidung des BVerfG zum BKA-Gesetz hat sich das Gericht auch mit der Quellen-TKÜ beschäftigt. Wörtlich führt das Gericht⁴⁴ aus:

»Das Gesetz lässt jedenfalls keinen Zweifel, dass eine Quellen-TKÜ nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung auf die laufende Telekommunikation erlaubt ist.«

Kann dies nicht sichergestellt werden, gilt die Maßnahme als Online-Überwachung und unterliegt strengeren Voraussetzungen. IT-seitig ist es jedoch anscheinend so, dass die Spionagesoftware nicht sauber zwischen Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung unterscheiden kann. Roggan⁴⁵ fasst das so zusammen:

»Die eingesetzten Trojaner können mehr, als sie bei der Quellen-TKÜ dürfen.«

Rein faktisch wird das Gericht, das die Maßnahme anzuordnen hat (»Richtervorbehalt«), nicht überprüfen können, ob die Vorgaben des BVerfG eingehalten werden, da dem Gericht das technische Fachwissen fehlt und Behörden notwendige Angaben verweigern werden. In einem verkehrsrechtlichen OWiG-Verfahren wird der Beschuldigte regelmäßig freigesprochen, wenn Zertifikate zur Validierung der Messung fehlen⁴⁶. Bei der Quellen-TKÜ soll das Gericht »blind« seine

Zustimmung erteilen. Genügt dies noch den Anforderungen an einen Rechtsstaat?

VII. Zusammenfassung

Derzeit erleben wir eine massive Vorverlagerung bzw. Herabsetzung der Eingriffsschwellen für polizeiliches Handeln⁴⁷ sowie zeitliche Ausdehnungen des Unterbindungsgewahrsams. Damit wird einer der Grundsätze des Polizeirechtes, wonach der Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis unzulässig ist, aufgegeben⁴⁸. Eine ältere, gleichwohl immer noch lesenswerte Entscheidung des BVerwG⁴⁹ aus den 1960er Jahren fasst zusammen, worum es im Polizeirecht geht und was bei aller aktuellen medialen Aufgeregtheit und der Hysterie in den »sozialen« Netzwerken Wesen unseres Rechtsstaates ist:

»Ausgangspunkt hat die Feststellung zu sein, daß nach dem Menschenbild des GG die Polizeibehörde nicht jedermann als potentiellen Rechtsbrecher betrachten und auch nicht jeden, der sich irgendwie verdächtig gemacht hat (>aufgefallen ist<) oder bei der Polizei angezeigt worden ist, ohne weiteres »erkennungsdienstlich behandeln« darf. Eine derart weitgehende Registrierung der Bürger aus dem Bestreben nach möglichst großer Effektivität der Polizeigewalt und Erleichterung der polizeilichen Überwachung der Bevölkerung widerspräche den Prinzipien des freiheitlichen Rechtsstaates«.

Siehe auch das Gutachten des Wiss. Dienstes des Bundestages: https://www.bundestag.de/blob/565890/82827_a91f4913f9d73f42c0e-5209dba1/wd-3-226-18-pdf-data.pdf (Anmerkung der Red.) ■

Anmerkungen

- 1 Zu den Unterschieden zwischen TKÜ und Online-Durchsuchung: Roggan, in: Grundrechte-Report 2018, 38 ff.
- 2 § 10 II. Teil 17. Titel ALR.
- 3 Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich nicht mit dem allgemeinen Ordnungsrecht, das in einigen Bundesländern, wie z. B. NRW, aufgrund des Trennungsprinzips (auch Ordnungsbehördensystem genannt) separat geregelt ist.
- 4 Vgl. nur Wolfgang/Hendricks/Merz, Polizei- und Ordnungsrecht NRW.
- 5 BVerwGE 45, 51, siehe auch beispielsweise OVG Münster, NWVBl. 1990, 159.
- 6 Prognose, siehe beispielsweise BVerwG a. a. O.
- 7 Vgl. z. B. § 2 Nds. SOG; § 3 SOG LSA.
- 8 Vgl. § 8 I PolG NW.
- 9 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.
- 10 Entwurf: 6. Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes NRW (LT-Drs. 17/2351) vom 11.04.2018.
- 11 Vgl. Entwurf § 8 IV PolG NW.
- 12 Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) vom 21.06.2018 zum »Gesetzentwurf der Landesregierung – Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen«, Seite 12.
- 13 Siehe auch die entsprechenden Pressemitteilungen des BVerfG, www.bundesverfassungsgericht.de: 41/2015, 43/2015, 19/2016.
- 14 Landtag NRW, Landtagsdrucksache 17/2351, Seite 1, Seite 30.
- 15 Quelle: www.bundesverfassungsgericht.de, Randziffern 111 und 112; die Hervorhebungen stammen vom Verfasser.
- 16 Möstl, BayVBl. 2018, 156 ff.
- 17 Möstl, a. a. O., Seite 159.
- 18 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Randziffer 164.
- 19 Gazeas, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses am 07.06.2018 zum Gesetzentwurf der Landesregierung – Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (LT-Drs. 17/2351), Seite 16; Stellungnahme des DAV, Seite 13.
- 20 Vgl. hierzu: Gazeas, a. a. O., S. 9.
- 21 Gazeas, a. a. O.
- 22 Pressemitteilung des VG Gelsenkirchen vom 13.07.2017 zum Aktenzeichen 8 L 1315/18.
- 23 So Antwort der Bundesregierung auf eine schriftliche Anfrage des MdB Nešković, Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/3570, Seite 6; zudem Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Fraktion der Linken, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/13422, Seite 1.
- 24 Vgl. Mangold, in: Grundrechte-Report 2018, 170, 173.

- 25 § 38 II Nr. 1–5 PolG NRW-Entwurf.
- 26 Artikel 20 Nr. 3 PAG.
- 27 Teilweise auch Präventivgewahrsam genannt.
- 28 So forderte der damalige Oppositionsführer und heutige NRW-Ministerpräsident Armin Laschet als Konsequenz aus dem »Amri«-Anschlag noch zu Weihnachten 2016, also im Landtagswahlkampf NRW, die Dauer des Unterbindungsgewahrsams in NRW auf bis zu 14 Tage auszuweiten, FAZ vom 24.12.2016. Die »Rheinische Post« zitierte Laschet, ebenfalls zu Weihnachten 2016: »Damit können Gefährder, von denen die Begehung einer Straftat erwartet wird, festgesetzt werden«.
- 29 Anwendungsbereich: § 1 AufenthaltsgG mit den Ausnahmen des § 1 II (Unionsbürger etc.).
- 30 1 VR 1.17 und 1 VR 2.17, 1 VR 3.17 und 1 VR 4.17, bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 24.07.2017, 2 BvR 1487/17.
- 31 Mangold a. a. O.
- 32 Vgl. z. B. § 36 II 2 PolG NRW.
- 33 §§ 10, 78 II FamFG, vgl. BGH V ZB 121/12.
- 34 So der Entwurf des neuen PolG NRW, § 38 II Nr. 1 PolG-E NRW, womit NRW sogar über das PAG Bayern hinaus geht!
- 35 Vgl. Jarass, in Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Artikel 2 GG, Rz 60 (m. w. N.).
- 36 Auch wenn es manchem schwer fällt, dies zu akzeptieren.
- 37 Löffelmann, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung – Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen«, Landtag Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/2351 Seite 12 (m. w. N.); Gazeas, a. a. O., S. 27 f.
- 38 Gusy, Stellungnahme zum Gesetzentwurf 6. Änderungsgesetz des PolG NRW (Lt-Drs. 17/2351), Seite 12.
- 39 BVerfGE 109, 190, 220.
- 40 Vgl. nur BVerfGE 83,24, 33 f.
- 41 Vgl. Sachverständigenanhörung in der 72. Sitzung des Ausschusses für kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtages am 17.05.2017, Sachverständige Stockinger.
- 42 Vgl. Gazeas, a. a. O., S. 23.
- 43 Roggan a. a. O.
- 44 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rz 234.
- 45 A. a. O.
- 46 Gazeas, a. a. O.: Seite 19.
- 47 Arzt, Anhörung zur 6. Novelle PolG NW am 07.06.2018 im Landtag NRW, Seite 24.
- 48 Vgl. Heidebach, Der Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Wider rechtsstaatliche Kernsätze des Polizeirechts, BayRVR, 13.03.2017.
- 49 BVerwGE 26, 169 (170) = NJW 1967, 1192.