

Landtag Nordrhein-Westfalen
Innenausschuss
Postfach 10 11 43
40002 Düsseldorf

Per E-Mail: anhoerung@landtag.nrw.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/663

A09, A14



Rechtswissen-
schaftliche Fakultät

Lehrstuhl für Staats- und
Verwaltungsrecht sowie
Wissenschaftsrecht und
Medienrecht

Professor Dr. Christian v. Coelln

Universität zu Köln
Telefon +49 221 470-4066
Telefax +49 221 470-1692
lehrstuhl-voncoelln@uni-koeln.de
www.coelln.uni-koeln.de

Köln, 06.06.2018

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen - Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen

Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 17/2351

Öffentliche Anhörung am 7. Juni 2018 im Innenausschuss des Landtags Nordrhein-Westfalen

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Ausschussmitglieder,

ich bedanke mich für die Einladung zur Anhörung am 7.6.2018. Zur Vorbereitung darf ich Ihnen ein paar Überlegungen zu zentralen Aspekten übermitteln. Für die kurze Vorlaufzeit bitte ich um Verständnis; sie ist (ebenso wie die Beschränkung auf bestimmte Fragen) der kurzfristigen Einladung geschuldet. Vom Aufbau her orientiert sich die Stellungnahme an der vorgesehenen Gliederung der Anhörung.

I. **Block 1: Maßnahmen zur Bekämpfung der Alltagskriminalität und OK**

1. Videobeobachtung

Die Änderung der bereits existenten Vorschrift zur Datenerhebung durch den offenen Einsatz optisch-technischer Mittel (§ 15a PolG NRW) würde die vorhandenen Einsatzmöglichkeiten der Polizei nur in moderater Form verändern. Der Anwendungsbereich der Vorschrift würde erweitert durch § 15a I 1 Nr. 2 PolG NRW-E, wonach auch Orte videoüberwacht werden dürften, an denen bislang noch keine Straftaten begangen wurden. Diese Möglichkeit ist jedoch an ebenso nachvollziehbare wie strenge Voraussetzungen geknüpft (tatsächliche Anhaltspunkte müssen die Annahme rechtfertigen, dass dort Straftaten von erheblicher Bedeutung verabredet, vorbereitet oder begangen werden). Zugleich soll die Möglichkeit der Videoüberwachung dadurch eingeschränkt

werden, dass sie nur noch zulässig ist, sofern ein unverzügliches Eingreifen der Polizei möglich ist. Damit wird die Norm stärker als bisher auf den Gedanken der effektiven Gefahrenabwehr vor Ort konzentriert. Verfassungsrechtliche Bedenken wirft die vorgesehene Änderung nicht auf.

2. Strategische Fahndung

Mit der Einführung der sog. „strategischen Fahndung“ gem. § 12a PolG NRW würde Nordrhein-Westfalen der Sache nach dem Beispiel nahezu aller Länder mit Ausnahme von Berlin und Bremen folgen, deren Polizeirecht mindestens vergleichbare, oftmals sogar eingriffsintensivere Regelungen enthält. Gemeinsam ist den bereits existenten Regelungen und der nun für das PolG NRW vorgeschlagenen Ergänzung – ungeachtet aller im Detail bestehenden Unterschiede –, dass die Befugnisse niedrighschwellig angelegt sind, also relativ geringe Anforderungen für polizeiliches Eingreifen statuieren, zugleich aber auch nur zu Maßnahmen von eher geringer Eingriffsintensität ermächtigen. Im Ländervergleich gilt dies bzgl. der hier erörterten Neuregelung umso mehr, als der nordrhein-westfälische Entwurf zwar auch verdachtsunabhängig, jedoch – anders als etwa die Befugnisnormen in Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz oder Bayern – insofern anlassbezogen ausgestaltet ist, als § 12a I 4 PolG NRW-E verlangt, dass „auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass in diesem Gebiet Straftaten der in Absatz 1 bezeichneten Art begangen werden sollen“. Auf eine derartige Einschränkung verzichten etliche Landespolizeigesetze und ermächtigen stattdessen pauschal zu entsprechenden Kontrollen etwa in öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs sowie auf Durchgangsstraßen.

§ 26 I Nr. 6 PolG BW; § 14 I Nr. 6 ThürPAG; § 9a IV POG Rh-Pf.; ähnlich, jedoch bei Durchgangsstraßen auf einen 30 km breiten Grenzstreifen beschränkt, auch Art. 13 I Nr. 5 BayPAG.

Durchgreifende Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung bestehen somit nicht.

Bzgl. der zukünftigen Normanwendung dürften gewisse Überschneidungen mit den bisher bereits nach § 12 PolG NRW zulässigen Maßnahmen zu erwarten sein. Wirkliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich aber wohl nicht. Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, dass § 12 I Nrn. 2 u. 3 PolG NRW bisher nur zu Kontrollen an konkreten verrufenen oder gefährdeten *Orten* ermächtigt, wohingegen § 12a PolG NRW-E den demgegenüber weiter gefassten Begriff der *Gebiete* verwendet. Im Gegenzug lässt § 12a PolG NRW-E auf Tatbestandsseite aber auch nicht ausreichen, dass Tatsachen die Annahme einer Verabredung, Vorbereitung oder Durchführung näher konkretisierter Straftaten rechtfertigen, sondern verlangt stets, dass Tatsachen die Annahme der Begehung einer Straftat i.S.d. § 12a I PolG NRW-E rechtfertigen.

II. Block 2: Maßnahmen zur Bekämpfung der Terrorgefahr

1. Gefahrbegriffe

Der Entwurf sieht vor, die Begriffe der drohenden Gefahr und der drohenden terroristischen Gefahr in § 8 PolG NRW aufzunehmen. Insofern würde die Schwelle für polizeiliches Eingreifen in das Vorfeld der konkreten Gefahr verlegt.

Das ist – soviel sei vorab festgestellt – kein grundlegend neues Konstrukt. Schon jetzt enthält das PolG NRW an einzelnen Stellen Befugnisse, die die Polizei bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr zu Eingriffen ermächtigen. Beispiele sind § 12 I Nrn. 2-4 PolG NRW (Identitätsfeststellung an verrufenen Orten, an gefährdeten Orten sowie an Kontrollstellen) und § 39 I Nr. 1 PolG NRW (Durchsuchung von Personen, die festgehalten werden dürfen).

Dass die nunmehr in Rede stehende Erweiterung der relevanten Gefahrbegriffe nicht dem Grunde nach verfassungswidrig ist, lässt sich – wie es die Entwurfsbegründung tut – auf die Entscheidung des BVerfG zum BKAG (BVerfG, Urteil v. 20. April 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220 ff.) stützen. In Rn. 112 dieser Entscheidung hält das Gericht explizit fest, der Gesetzgeber sei „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.“ Diese Aussage bezieht sich nicht – wie in letzter Zeit gelegentlich zu lesen war – auf die Abwehr terroristischer Gefahren. Vielmehr hält das BVerfG die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle nur zur Abwehr „hinreichend konkretisierter Gefahren“ für zulässig. Dafür verlangt es letztlich, dass bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr (!) für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen, indem sie „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“. Erst im Anschluss daran führt das BVerfG aus, in Bezug auf terroristische Straftaten könnten „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.“ Als Beispiel nennt das BVerfG die Einreise einer Person, die sich zuvor in einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland aufgehalten hat.

Daraus folgt zum einen, dass eine terroristische Gefahr nur einer von mehreren Fällen ist, in denen eine konkretisierte Gefahr vorliegen kann. Zum anderen ergibt sich daraus, dass nach der Konzeption des BVerfG von Verfassungs wegen die nochmalige Vorverlagerung der Eingriffsschwelle innerhalb der „konkretisierten Gefahr“ zulässig ist, soweit es gerade um die Abwehr terroristischer Gefahren geht.

Da die Aussagen des BVerfG grundrechtlich abgeleitet werden und sich als Zusammenfassung der eigenen Judikatur verstehen lassen, gelten sie auch für andere Sicherheitsbehörden als nur das BKA.

So zutreffend *Siems*, NWVBl. 2018, 3; *Möstl*, BayVBl. 2018, 156. S. auch das Sondervotum *Schluckebier* zur Entscheidung zum BKAG, Rn. 2: „Die vom Senat vertretenen Positionen haben zugleich erhebliche Auswirkungen auf die Landespolizeigesetze der Länder, ohne dass diese Konsequenzen im Verfahren hinreichend vertieft worden wären.“

Die Aufnahme der „drohenden (terroristischen) Gefahr“ als § 8 IV, V PolG NRW alleine verleiht bzw. verleihe der Polizei im Übrigen noch keine Eingriffsbefugnisse. Daher kann sie bei isolierter Betrachtung auch nicht verfassungswidrig sein. Die verfassungsrechtliche Beurteilung der geplanten Neuregelungen hängt vielmehr davon ab, welche Eingriffsbefugnisse im Fall einer lediglich drohenden (terroristischen) Gefahr eröffnet werden.

Darauf wird sogleich noch zurückzukommen sein. Schon jetzt sei aber vorsorglich darauf hingewiesen, dass der hier in Rede stehende Entwurf der Landesregierung die drohende Gefahr bzw. die drohende terroristische Gefahr gerade nicht zur Erweiterung des Tatbestands der polizeilichen Generalklausel heranziehen will. Darin liegt ein erheblicher Unterschied zu den jüngeren Änderungen des BayPAG: Art. 11 III BayPAG gestattet der Polizei (übrigens schon seit dem 1.8.2017 und nicht erst seit der Änderung des BayPAG im Mai 2018) bei drohender Gefahr, „die notwendigen Maßnahmen ..., um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern.“ Dagegen soll die drohende Gefahr nach dem hier zu beurteilenden Entwurf lediglich klar umrissene Standardmaßnahmen gestatten. Selbst wenn man gegen die bayerische Regelung gerade wegen der Erweiterung der Generalklausel verfassungsrechtliche Bedenken hegen sollte, ließen sich diese als solche nicht auf die nordrhein-westfälischen Änderungsvorschläge übertragen.

Ein denkbarer Ansatzpunkt für Kritik könnte allenfalls darin zu sehen sein, dass sich der Gesetzgeber nach dem vorliegenden Entwurf partiell darauf beschränken würde, Formulierungen des BVerfG zu übernehmen und sie so in den Rang eines Parlamentsgesetzes zu erheben, ohne diese näher zu konkretisieren.

In diese Richtung *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 148.

Maßstab ist bzw. wäre insofern der rechtsstaatlich radizierte Bestimmtheitsgrundsatz. Jedoch arbeitet das Polizeirecht auf der Tatbestandsseite notwendigerweise mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Wenn der Gesetzgeber diese in der vom BVerfG verwendeten Fassung übernimmt, so mag er damit seinen Gestaltungsspielraum, der ihm schon aus Gründen der Gewaltenteilung zusteht, nicht in vollem Maße ausschöpfen. Dazu ist er aber von Verfassungs wegen auch nicht verpflichtet. Mehr als die wörtliche Übernahme der Formulierungen des Gerichts kann man vom Gesetzgeber nicht verlangen.

Zutreffend *Möstl*, BayVBl. 2018, 148.

2. TKÜ und Quellen-TKÜ

Als Ergänzung der besonderen Mittel der Datenerhebung sieht der Gesetzentwurf einen neuen § 20c PolG NRW vor, der die Datenerhebung durch die Überwachung der Telekommunikation ermöglicht. Die Begründung der Landesregierung verweist insofern auf entsprechende Ermächtigungsgrundlagen im Recht des Bundes und eines Großteils der anderen Länder. Die Existenz dieser Regelungen spricht hier zugleich für die Verfassungsmäßigkeit der hier in Rede stehenden Ergänzung. Das ergibt sich aus dem folgenden Gedanken-gang: § 20c PolG NRW-E ist § 51 BKAG nachgebildet. Dessen Vorgänger, § 20I BKAG a.F., war Gegenstand der Überprüfung durch das BVerfG in der oben bereits angesprochenen Entscheidung v. 20.4.2016. Nachdem Teile der Norm durch das BVerfG für mit dem GG unvereinbar – im Gegensatz zu anderen Vorschriften des BKAG aber nicht für nichtig – erklärt worden waren, hat der Bundesgesetzgeber mit § 51 BKAG eine Neuregelung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des BVerfG getroffen. Diese Regelung, die den Anforderungen der neuesten Rechtsprechung Rechnung trägt, soll nun in das PolG NRW übernommen werden.

3. Aufenthalts- und Kontaktverbot

Ebenfalls einem Vorbild im aktuellen Bundesrecht nachgebildet ist der Vorschlag, die aufenthaltsrelevanten Befugnisse um einen § 34b PolG NRW zu ergänzen, der die Polizei zu Aufenthaltsgeboten, -verboten oder Kontaktverboten berechtigen soll. Eine Regelung mit demselben sachlichen Gehalt findet sich in § 55 BKAG. Entsprechende Vorschriften enthalten § 27b PolG BW und Art. 16 BayPAG. Im Übrigen kennt das nordrhein-westfälische Polizeirecht schon jetzt ein in § 34 II PolG NRW geregeltes Aufenthaltsverbot, dessen maximale Dauer nach § 34 II 4 PolG NRW drei Monate beträgt.

Verfassungsrechtlichen Bedenken sähe sich die Regelung ausgesetzt, wenn es sich bei einem Aufenthaltsgebot um eine Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 104 II GG handeln würde. In diesem Fall müsste eine richterliche Entscheidung unverzüglich, spätestens aber bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen ergehen (Art. 104 II 2, 3 GG); eine Nachholung nach maximal drei Tagen, wie sie § 34b II 5 PolG NRW-E derzeit vorsieht, würde dann nicht mehr ausreichen. Richtigerweise liegt hier jedoch keine Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 104 II GG vor. Grundsätzlich ist unter einer Freiheitsentziehung die stärkste Form der Freiheitsbeschränkung zu verstehen, nämlich der völlige Entzug, die Aufhebung der tatsächlich und rechtlich gegebenen körperlichen Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung im Sinne der ohne oder gegen den Willen des Betroffenen erfolgenden Einschließung auf engem Raum. Ein Beispiel ist die Einschließung in einer Zelle.

Hömig, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 7, m.w.N.

Dass ein derart intensiver Eingriff hier ersichtlich nicht in Rede steht, schließt eine Freiheitsentziehung freilich nicht aus. Vielmehr ist anerkannt, dass eine Freiheitsentziehung nicht nur anzunehmen ist, wenn der Betroffene eingeschlossen ist und mit äußeren Zwangsmitteln festgehalten wird. Um eine

Freiheitsentziehung handelt es sich vielmehr auch, wenn der Betroffene am Verlassen eines bestimmten Orts durch psychischen Zwang gehindert wird.

BVerfG (2. Kammer des 2. Senats) NStZ 1999, 570.

Auch in diesen Fällen aber muss es sich um eine massive Einschränkung der Bewegungsfreiheit in alle Richtungen handeln: Im Fall, den die Kammer des BVerfG entschieden hat, ging es um die Anordnung, sich gerade in einem bestimmten medizinischen Institut aufzuhalten.

Damit ist ein Aufenthaltsgebot, wie es § 34b PolG NRW-E ermöglichen würde, nicht vergleichbar. Nach der Norm soll es u.a. untersagt werden können, sich vom „Wohn- oder Aufenthaltsort oder aus einem bestimmten Bereich zu entfernen“. Die Begriffe „Wohn- oder Aufenthaltsort“ bzw. „bestimmter Bereich“ sind dabei – wie die Entwurfsbegründung nachvollziehbar darlegt und wie sich im Kontrast zum folgenden „Ort“, für den ein Aufenthaltsverbot angeordnet werden kann, ergibt – weit zu verstehen, etwa im Sinne des Gebiets einer gesamten Gemeinde. Das Verbot, ein Gemeindegebiet zu verlassen, hebt die Bewegungsfreiheit aber nicht in einer Weise auf, dass von einer Aufhebung der Bewegungsfreiheit in alle Richtungen gesprochen werden könnte.

Ein weiterer denkbarer Kritikpunkt liegt darin, dass § 34b tatbestandlich durch die pauschale Inbezugnahme einer „Gefahr im Sinne des § 8“ nicht nur auf die konkrete Gefahr, sondern in Zukunft auch auf die drohende (terroristische) Gefahr Bezug nehmen würde. Darin könnte man einen Widerspruch zur oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG sehen, die die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle mit Blick auf drohende Gefahren für Überwachungsmaßnahmen für zulässig erklärt hat. Deren Kennzeichen ist gerade das Fehlen von Ge- oder Verboten. Jedoch ist insofern zu berücksichtigen, dass schon der bereits existente § 34 II PolG NRW für ein Aufenthaltsverbot einen bloßen Gefahrenverdacht ausreichen lässt.

So richtig zum Terminus „Tatsachen, welche die Annahme rechtfertigen“ *Keller*, in: Schütte/Braun/Keller, PolG NRW, 2012, § 34 Rn. 14.

Ungeachtet der erheblichen Eingriffsintensität der so ermöglichten Maßnahmen bestehen auf Grund des Gewichts der Schutzgüter und angesichts der verfahrensrechtlichen Absicherungen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken gegen ihre Verfassungsmäßigkeit.

Hinzuweisen ist freilich darauf, dass die Ergänzung des PolG NRW um den vorgeschlagenen § 34b in der Fassung des Gesetzentwurfs jedenfalls in der Rechtsanwendung zu Konkurrenzproblemen und Abgrenzungsschwierigkeiten mit § 34 II PolG NRW führen dürfte, soweit es um Aufenthaltsverbote geht: Diese Rechtsfolge würde sowohl von § 34 II als auch – soweit es um die erste Anordnung geht, die später freilich verlängert werden kann – von § 34b jeweils bis zur Dauer von 3 Monaten getragen. Unter Richtervorbehalt steht bzw. stünde jedoch nur eine Maßnahme nach § 34b PolG NRW.

4. Elektronische Aufenthaltsüberwachung

Die vorgeschlagene Regelung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 34c PolG NRW-E) orientiert sich an Vorbildern im Recht des Bundes (§ 56

BKAG) und diverser anderer Länder (s. § 27c PolG BW oder Art. 34 BayPAG). Es handelt sich um eine bloße Überwachungsmaßnahme, nicht um ein eigenständiges Ge- oder Verbot.

Bei der Abwägung der für und gegen die Zulässigkeit der Regelung sprechenden Gesichtspunkte ist auf der einen Seite zu berücksichtigen, dass die Verpflichtung zum Tragen einer „Fußfessel“ o. ä. intensiv in das Privatleben eingreift, weil die Polizei jederzeit über den Aufenthaltsort informiert ist. Andererseits ist jedoch zu bedenken, dass die elektronische Aufenthaltsüberwachung nur den Ort preisgibt, statt das gesamte Verhalten zu erfassen, wie es eine dauerhafte Observation durch Einsatzkräfte täte. Insofern ist die elektronische Überwachung das mildere Mittel. Vor allem aber bietet allein die elektronische Überwachung die Möglichkeit, auch eine Zahl von Adressaten zu überwachen, deren Kontrolle durch Einsatzkräfte aus personellen Gründen nicht mehr möglich wäre. Die engen tatbestandlichen Grenzen – drohende terroristische Gefahr oder Gefahr i.S.v. § 8, die sich auf wenige gravierende, einzeln benannte Straftatbestände sowie auf § 34a PolG NRW bezieht – tragen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinreichend Rechnung. Im Übrigen enthält die vorgeschlagene Norm eine Reihe u.a. prozeduraler Absicherungen.

5. Strafvorschrift

Dass Maßnahmen nach §§ 34b, 34c PolG NRW-E strafrechtlich abgesichert werden, ist inhaltlich unproblematisch: Eventuelle verfassungsrechtliche Bedenken könnten sich allenfalls gegen die Maßnahmen selbst richten. Sofern sie aber verfassungsmäßig sind, ist die Pönalisierung von Verstößen ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Rechtsdurchsetzung, das den Einzelnen auch nicht unzumutbar belastet.

Klärungsbedürftig erscheint allein die Frage nach der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes. Das Strafrecht fällt nach Art. 74 I Nr. 1 GG in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit. Zuständigkeiten der Länder bestehen hier gem. Art. 72 I GG nur, solange und soweit der Bund von seiner Zuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Im Bereich des Strafrechts hat der Bund seine Zuständigkeit in weitem Umfang ausgenutzt. Dass dennoch Raum für strafrechtliche Normen der Länder verbleiben, gibt der Bund jedoch schon in Art. 2 ff. EGStGB zu erkennen, in denen er einen Rahmen für derartige Regelungen vorgibt.

Eine Sperrwirkung des Bundesrechts, die die Länder von der Gesetzgebung ausschließt, kann sich durch eine eigene Regelung des Bundes oder durch eine bewusste Nichtregelung bestimmter Fragen ergeben. Maßgeblich ist insofern eine Gesamtwürdigung des gesamten Normkomplexes.

Zuletzt BVerfGE 109, 190 (229).

Insofern stellt sich die Situation hier wie folgt dar: Der Bund hat in § 87 BKAG Verstöße gegen bestimmte Maßnahmen nach dem BKAG unter Strafe gestellt. Eine gezielte Nicht-Pönalisierung von Verstößen gegen inhaltlich vergleichbare Regelungen des Landespolizeirechts lässt sich dem nicht entnehmen. Das Land Nordrhein-Westfalen ist daher für den Erlass von § 34d PolG NRW-E zuständig.

III. Block 3: Freiheitsentziehung und Waffen

1. Ingewahrsamnahme

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Ergänzung von § 35 I PolG NRW um zwei zusätzliche Gründe für die Ingewahrsamnahme ist zwischen § 35 I Nr. 6 und Nr. 7 PolG NRW-E zu differenzieren:

a) § 35 I Nr. 6 PolG NRW-E dürfte der aus rechtlicher Perspektive problematischste Teil des Gesetzentwurfs sein. Die Vorschrift soll eine Ingewahrsamnahme als ultima ratio („unerlässlich“) schon zur Abwehr drohender Gefahren oder drohender terroristischer Gefahren zulassen.

Dabei handelt es sich um eine Form des präventiven Gewahrsams, die den Bereich der bloßen Überwachungsmaßnahmen weit hinter sich lässt. Insofern stellt sich einmal mehr die bereits oben im Hinblick auf Maßnahmen nach § 34b PolG NRW-E

S. II. 3.

dem Grunde nach angesprochene Frage, ob derart weitgehende Maßnahmen bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zulässig sind.

Dass die Regelung in einen Grenzbereich vorstößt, indiziert jedenfalls die Rechtsprechung des EGMR. Nach ihr hängt die Zulässigkeit präventiven Gewahrsams davon ab, dass die Voraussetzungen des Art. 5 I 2 lit. b EMRK erfüllt sind. In Betracht kommt hier allein die zweite Variante, nach der eine Freiheitsentziehung zulässig ist „zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“. Diese Bestimmung erfasst nach der Rechtsprechung des EGMR „die Fälle, in denen es gesetzlich zulässig ist, einer Person die Freiheit zu entziehen, um sie dazu zu zwingen, eine ihr obliegende spezifische und konkrete Verpflichtung zu erfüllen, der sie bisher noch nicht nachgekommen ist“. Die in Rede stehende Verpflichtung muss – so weiter der EGMR – sehr eng eingegrenzt sein. Daraus folge, „dass die hier in Rede stehende Verpflichtung, friedlich zu bleiben und eine Straftat *nicht* zu begehen, nur dann ‚als spezifisch und konkret‘ im Sinne dieser Konventionsbestimmung angesehen werden kann, wenn Ort und Zeitpunkt der bevorstehenden Begehung der Straftat sowie ihr potenzielles Opfer/ihre potenziellen Opfer hinreichend konkretisiert wurden.“

EGMR, Urteil v. 7.3.2013, Az. 15598/08, zitiert nach juris, dort Rn. 69, 93, Hervorhebung im Original.

Ob diese hinreichende Konkretisierung in den Fällen der (lediglich) drohenden Gefahr bzw. der (lediglich) drohenden terroristischen Gefahr bereits vorliegt, erscheint zumindest nicht a priori ausgemacht. Einerseits verlangt schon die drohende Gefahr nur, dass eine Straftat ihrer Art nach konkretisiert ist. Ort und Zeitpunkt der Begehung müssen demnach gerade nicht feststehen. Andererseits ist zu bedenken, dass die Entscheidung des EGMR eine Verabredung von Fußball-Hooligans zu einer Schlägerei betraf, während die Definitionen in § 8 IV, V PolG NRW-E naturgemäß eine Vielzahl von möglichen Delikten

erfassen müssen. Relevant wird dieser Gedanke insofern, als auch der EGMR nur verlangt, dass die jeweilige Straftat *hinreichend* konkretisiert wurde. Die Sichtweise, bei einer Straftat von erheblicher Bedeutung als hinreichende Konkretisierung eine „Konkretisierung zumindest ihrer Art nach“ – wie sie § 8 IV PolG NRW-E verlangt – ausreichen zu lassen, erscheint zumindest nicht von vornherein als unvertretbar. Für die Richtigkeit dieser Sichtweise lässt sich jedenfalls der Schutzzweck von Art. 5 EGMR ins Feld führen: Die Norm soll sicherstellen, dass niemandem willkürlich die Freiheit entzogen wird.

EGMR, Urteil v. 7.3.2013, Az. 15598/08, zitiert nach juris, dort Rn. 65, 66, 74, 88, 94.

— Als willkürlich aber dürfte sich eine Ingewahrsamnahme unter den Voraussetzungen der zusätzlichen Gefahrbegriffe kaum qualifizieren lassen. Führt man diesen Gedankengang konsequent fort, erscheint es auch nicht mehr zwingend, in den hier in Rede stehenden Fällen zu verlangen, dass der Betroffene vor einer Freiheitsentziehung auf die konkrete Handlung, die er zu unterlassen habe, hingewiesen wurde und sich unwillig gezeigt habe, diese zu unterlassen.

So aber EGMR, Urteil v. 7.3.2013, Az. 15598/08, zitiert nach juris, dort Rn. 94.

— Potenzielle Bedenken, die sich aus diesem Aspekt speisen sollten, ließen sich freilich durch die Statuierung einer Pflicht zu einer vorangehenden „Gefährderansprache“ ausräumen – die freilich entbehrlich sein sollte, sofern sie den Zweck der gefahrenabwehrenden Maßnahme selbst zu gefährden droht.

b) Als schon im Ansatz weniger problematisch erweist sich § 35 I Nr. 7 PolG NRW-E. Dass die Primärmaßnahmen, zu deren Durchsetzung eine Ingewahrsamnahme zulässig werden soll (Aufenthaltsanordnung, Kontaktverbot, Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung), eine „spezifische und konkrete Verpflichtung“ darstellen, lässt sich nicht sinnvoll bestreiten. Mit der jeweiligen Anordnung ist auch ein Hinweis auf die Verpflichtung erfolgt. Die Vereinbarkeit des Grundes für die Ingewahrsamnahme ließe sich daher allenfalls in Abrede stellen, wenn man die Vereinbarkeit der Primärmaßnahme mit der EMRK verneinen wollte – was sich jedoch kaum begründen lassen dürfte.

Zur Unanwendbarkeit von Art. 5 EMRK und Art. 6 EMRK auf sog. „Rayon- und Kontaktverbote“ s. Schweizer Bundesgericht, Urteil v. 31.1.2008, Az. 1C_407/2007, 1C_409/2007.

Noch einmal bedacht werden könnte freilich, warum zur Durchsetzung von Maßnahmen nach § 34b PolG NRW-E die Möglichkeit der Ingewahrsamnahme geschaffen werden soll, während die Anordnung einer elektronischen Fußfessel derzeit nicht vorgesehen ist. Bei unbefangener Betrachtung der Gesamtkonzeption erscheint es nicht unvorstellbar, dass es Konstellationen geben könnte, in denen sich die Verpflichtung zum Tragen einer Fußfessel als ebenso geeignetes, aber milderer Mittel zur Durchsetzung von Maßnahmen nach § 34b PolG NRW-E erweist, so dass sich eine Ingewahrsamnahme mit dem Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit konfrontiert sehen könnte. Der Gedanke, dass die Verpflichtung zum Tragen einer Fußfessel ein geeignetes Mittel zur Durchsetzung (oder genauer: zur Kontrolle) einer Aufenthaltsvorgabe

oder eines Kontaktverbots sein kann, legt jedenfalls § 34c III 9 Nr. 2 PolG NRW-E zugrunde, nach dem die im Wege der Aufenthaltsüberwachung erhobenen Daten zur Feststellung von Verstößen gegen Vorgaben und Verbote nach § 34b PolG NRW-E verwendet werden dürfen.

2. Dauer der Freiheitsentziehung

Mit Blick auf § 38 II PolG NRW-E ist der Hinweis veranlasst, dass die Vorschrift in ihrem einleitenden Teil jedenfalls missverständlich formuliert ist. Die in den folgenden Nummern vorgesehenen Fristen sollen die Zeit der möglichen Inge-
wahrnehmung auf der Grundlage des PolG NRW verlängern. Die richterliche Entscheidung aber muss wegen der Vorgaben des Art. 104 II 3 GG spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen erfolgen; andernfalls ist der Festgenommene freizulassen. Dass „für die richterliche Entscheidung“ Fristen von mehreren Tagen gelten sollen, drückt diesen Zusammenhang nicht korrekt aus. Gemeint ist in Wahrheit – wie sich auch aus der Begründung ergibt – die Dauer der Freiheitsentziehung, die der Richter anordnen kann. Vorzugswürdig wäre daher eine Formulierung z.B. nach dem Muster der aktuell diskutierten Neufassung von § 21 Nds. SOG (s. Nds. LT-Drs. 18/850): „In der richterlichen Entscheidung ist die höchstzulässige Dauer der Freiheitsentziehung zu bestimmen; sie darf ...“.

3. Taser als Waffe

Taser sind als Waffen der Polizei in den Ländern Bayern, Brandenburg, Bremen, Rheinland-Pfalz und Hamburg zugelassen.

Bei der Abwägung der für und gegen die Einführung von Tasern als Waffe sprechenden Gesichtspunkten ist zu bedenken, dass ihr Einsatz insbesondere dann sinnvoll und erforderlich sein kann, wenn Personen auf Grund physischer oder psychischer Ausnahmesituationen völlig irrational und in einer Weise reagieren, in der zur Gefahrenabwehr andernfalls nur ein Schusswaffengebrauch in Betracht kommen würde, weil die Personen mit einfacher körperlicher Gewalt nicht überwältigt werden können. Der Einsatz eines Tasers sollte das mit einem Schusswaffengebrauch stets verbundene Risiko für den Maßnahmedressaten, aber auch für Dritte erheblich verringern. Soweit entsprechende Tests vorliegen, deuten sie darauf hin, dass die erhofften Resultate – Überwältigung des Adressaten bei erheblich verringerter Gefahr schwerer Verletzungen oder gar des Todes des Betroffenen oder Dritter, zugleich ein verbesserter Schutz der Polizisten – durch die Zulassung von Tasern erreicht werden.

Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zulassung von Tasern bestehen nach alledem nicht.

Mit freundlichen Grüßen



(Professor Dr. Christian v. Coelln)