

Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Deutsche Hochschule der Polizei
Fachgebiet III.4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/944

A09, A14

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

40002 Düsseldorf

Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen am 13. November 2018

Änderungsantrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP, Drucksache 17/3865, zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 17/2351, Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen

I. Anhörungsgegenstand

Anhörungsgegenstand ist der Änderungsantrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP (Drs. 17/3865) vom 10. Oktober 2018 zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein „Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen“ (Drs. 17/2351).

Diese Stellungnahme beschränkt sich auf eine Würdigung der im Änderungsantrag vorgeschlagenen Änderungen. Auf Inhalte des Gesetzentwurfs der Landesregierung für das Sechste Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen wird lediglich dann ergänzend Bezug genommen, wenn dies zur Veranschaulichung erforderlich ist.

II. Allgemeines

Der Änderungsantrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP schlägt durchweg verfassungsrechtlich unbedenkliche, praxisgerechte, sicherheitspolitisch sinnvolle und gegenüber den teilweise deutlich in die Kritik geratenen Regelungen des Gesetzentwurfs für das Sechste Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen präziserte, „handwerklich“ optimierte und insgesamt sachgerechtere Änderungen vor. Es handelt sich aus verfassungs- und polizeirechtlicher Sicht um eine geglückte Anpassung des ursprünglichen Gesetzentwurfs unter Berücksichtigung der fachwissenschaftlichen Einwände und der teilweise gravierenden Bedenken in der Öffentlichkeit und damit um ein gelungenes Beispiel für den sachorientierten Umgang mit Kontroversen im demokratischen Austrag.

Der Unterzeichner hat bereits zu dem ursprünglichen Gesetzentwurf die Auffassung vertreten, die Regelungen bewegten sich (bei verschiedenen Monita hinsichtlich inhaltlicher Details und normativer Formulierungen) im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen. Zugleich hat er darauf hingewiesen, dass dem einfachen Gesetzgeber ein vergleichsweise weiter Spielraum für die Ausgestaltung des Polizeirechts zur Verfügung stehe (Stellungnahme des Unterzeichners vom 30. Mai 2018, Stellungnahme 17/651, S. 1). Vor diesem Hintergrund besteht auch jeweils die Möglichkeit zu einer Optimierung.

Angesichts der gegenüber einzelnen Bestimmungen des ursprünglichen Gesetzentwurfs, insbesondere hinsichtlich der Aufnahme der „drohenden (terroristischen) Gefahr“ in das Gesetz, in der fachwissenschaftlichen Öffentlichkeit vorgebrachten Kritik war es sachgerecht, entsprechende Korrekturen im vorliegenden Änderungsantrag vorzunehmen. Auch diese sind aus Sicht des Unterzeichners verfassungsrechtlich unbedenklich und halten sich innerhalb des zulässigen Spielraums. Darüber hinaus stellen sie nach Einschätzung des Unterzeichners eine deutliche Verbesserung gegenüber dem ursprünglichen Entwurf dar, weil sie Unklarheiten und Ansatzpunkte für Rechtsunsicherheiten (etwa die undifferenzierten und teilweise inkonsequent vorgenommenen Verweise auf § 8 PolG NRW) beseitigen und insgesamt einen ausgewogeneren Ausgleich zwischen den Sicherheitsinteressen, die eben nicht nur staatliche, sondern auch gesellschaftliche sind, und einer angemessenen Beachtung der grundrechtlichen Begrenzungen sicherheitsbehördlichen Eingriffshandelns schaffen.

III. Zu den Änderungen im Einzelnen

1. Nummer 1 – Anpassung der Inhaltsübersicht

Hierbei handelt es sich lediglich um die Anpassung der gesetzlichen Inhaltsübersicht, die in der Sache den weiteren Änderungsvorschlägen folgt.

2. Nummer 2 – Änderungen des § 8 PolG NRW

a) Der Änderungsantrag sieht vor, die im Gesetzentwurf vorgesehenen Legaldefinitionen der „drohenden Gefahr“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“ entfallen zu lassen. Diese Begriffe (gelegentlich auch als – neue – „Gefahrenkategorien“ verstanden) werden durch die Änderungsfassung vollständig aus dem Gesetzentwurf verabschiedet. Stattdessen werden entsprechende tatbestandliche „Eingriffsschwellen“ in die jeweiligen Ermächtigungsnormen aufgenommen, insbesondere eine Anknüpfung an die aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwartende Begehung „terroristischer Straftaten“. Der nach dem Änderungsantrag in § 8 PolG NRW zu ergänzende Absatz 4 definiert dementsprechend den Begriff der „terroristischen Straftaten“ (dazu sogleich unter b)).

Dass der Änderungsantrag die Begriffe der „drohenden“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“ nicht (mehr) verwendet, erscheint als sinnvolle Lösung der letztlich ungeklärten rechtsdogmatischen und sicherheitsrechtspolitischen Kontroverse um diese Formulierungen.

Zwar ist der Begriff der „drohenden Gefahr“ durch das Bundesverfassungsgericht zwar gewissermaßen selbst geprägt und damit legitimiert worden (insbesondere in seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016, 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09, Rn. 112), allerdings sind die entsprechenden Ausführungen des Gerichts ihrerseits mit erheblichen sprachlichen und systematischen Unsicherheiten und Unklarheiten belastet. Dies zeigt auch die unterschiedliche Handhabung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ im Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz) und im ursprünglichen nordrhein-westfälischen Gesetzentwurf.

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum finden sich erheblich divergierende Auffassungen zur Auslegung und zur Deutung von Terminus und Konzeption der „drohenden Gefahr“, wie schon die Anhörung im Innenausschuss am 13. September 2018 und die ergänzenden Stellungnahmen der angehörten Expertinnen und Experten verdeutlicht haben (s. ferner *F. Shirvani*, DVBl. 2018, 1393 ff.; *B. Pieroth*, GSZ 2018, 133 ff.; *A. Leisner-Egensperger*, DÖV 2018, 677 ff.; *K. Waechter*, NVwZ 2018, 458 ff.). Unabhängig davon, welche Position man zur „drohenden Gefahr“ bezieht (zur Sichtweise des Unterzeichners vgl. die Stellungnahme vom 30. Mai 2018, Stellungnahme 17/651, S. 4 ff.), erscheint es sinnvoll, auf ihre Verwendung in gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliche Maßnahmen mit ja durchaus vergleichsweise hoher Eingriffsintensität zu verzichten (jedenfalls so lange, bis das Bundesverfassungsgericht seine Ausführungen diesbezüglich präzisiert hat).

Insofern ist es auch ein Gewinn für die Rechtssicherheit, wenn der Änderungsantrag statt eines „Vorziehens“ der beiden Gefahrenbegriffe „vor die Klammer“, also einer Normierung in § 8 PolG NRW, für die betroffenen Ermächtigungsnormen jeweils individuell zugeschnittene tatbestandliche Voraussetzungen formuliert und vorrangig auf die Rechtsfigur der „terroristischen Straftat“ zurückgreift. Schließlich dürfte es erheblich zur Akzeptanz der Polizeigesetznovelle in der Bevölkerung und damit zur Gewährleistung des Rechtsfriedens beitragen, dass der Änderungsantrag nicht mehr mit der „drohenden“ und der „drohenden terroristischen Gefahr“ operiert. Abstriche hinsichtlich des polizeilichen Eingriffsinstrumentariums sind damit jedenfalls nach Auffassung des Unterzeichners aufgrund der konsequenten Ausgestaltung der vom Änderungsentwurf vorgeschlagenen übrigen Anpassungen praktisch nicht zu erwarten.

b) Die im Änderungsantrag vorgeschlagene Ergänzung des § 8 PolG NRW um einen Absatz 4, der eine Legaldefinition der „terroristischen Straftaten“ enthält, ist ebenfalls zu begrüßen. Die Fassung der Vorschrift erscheint zwar sehr umfangreich und komplex, kann aber im Ergebnis ohne weiteres als sachgerecht bewertet werden. Die Kombination aus einem objektiven Abstellen auf das Vorliegen einer der im Katalog aufgeführten Straftaten und zusätzlichen Anforderungen an die Zielrichtung der Straftat ist sachgerecht und entspricht dem gesetzgeberischen Vorgehen in anderen Zusammenhängen, z. B. in § 129a StGB; sie folgt auch der europarechtlichen Definition der „terroristischen Straftaten“ (s. etwa die Rahmenbeschlüsse des Rates 2002/475/JI vom 13. Juni 2002 und 2008/919/JI vom 28. November 2008 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. EG Nr. L 164, S. 3 ff., ABl. EG Nr. L 330/21).

Zwei Aspekte sollten allerdings erwogen werden:

aa) Die Aufzählung der Straftaten, insbesondere derjenigen des StGB in Nummer 1 des Absatzes 4, ist als abschließend konzipiert. Der Katalog unterscheidet sich mithin von demjenigen des § 8 Abs. 3 PolG NRW, in dem die (nicht abschließende) Aufzählung lediglich der Benennung von Regelbeispielen für die „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ dient. Die Enumeration in Absatz 4 sollte auch abschließend sein und bleiben; es wäre jedoch zu erwägen, ob nicht weitere Straftaten aufgenommen werden sollten. So sind auch andere Straftaten denkbar, die mit der qualifizierten Zielrichtung („bestimmt sind“) begangen werden können und sodann als „terroristische Straftaten“ eingeordnet werden könnten – dies gilt namentlich für die weiteren Straftatbestände des Dritten Titels des Ersten Abschnitts im Besonderen Teil des StGB („Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates“), z. B. für § 88 StGB (verfassungsfeindliche Sabotage).

bb) Der in der Aufzählung der Straftaten jeweils enthaltene Verweis auf Erlassdatum, Fundstelle und letzte Änderung der in Bezug genommenen Gesetze (mit Ausnahme des StGB) trägt nicht zur Übersichtlichkeit der Bestimmungen bei. Darüber hinaus würde eine Änderung der zitierten Gesetze durch den zuständigen Bundesgesetzgeber dazu führen, dass die Verweise in § 8 Abs. 4 PolG NRW auf eine (dann) alte Fassung gerichtet sind. Dies würde jeweils auch eine nachgelagerte Anpassung des PolG NRW erfordern und führte bis zu einer solchen Anpassung zu Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung. Die im Änderungsantrag vorgeschlagene „statische“ Verweisung dient vermutlich dazu, aus Kompetenzerwägungen Veränderungen im Begriffsbestand des PolG NRW durch eine gesetzgeberische Tätigkeit des Bundesgesetzgebers zu verhindern; dem Unterzeichner erscheint diese „Gefahr“ aber in der Abwägung gegenüber den aus der statischen Verweisung möglicherweise resultierenden Rechtsunsicherheit als geringer. Die Streichung der Fassungs- und Änderungsangaben nebst den Fundstellen aus dem Bundesgesetzblatt sollte also aus Praktikabilitätsgründen erwogen werden.

3. Nummern 3, 4 – Polizeiliche Anhalte- und Sichtkontrolle (strategische Fahndung), § 12a PolG NRW

Gegenüber der teilweise missverständlichen Formulierung des § 12a PolG NRW im ursprünglichen Gesetzentwurf schafft die Fassung des Änderungsantrags wohlthuende Klarheit. Die Aufnahme der Verhütung von terroristischen Straftaten gemäß § 8 Abs. 4 PolG NRW in die tatbestandliche Variante des Absatzes 1 Nr. 1 ist folgerichtig. Die Neufassung des Absatz 1 Sätze 2 und 3 klärt die in der Ursprungsfassung bestehenden sprachlichen Ungeheimheiten hinsichtlich der Zuordnung des Adjektivs „mitgeführt“ und stellt das Verhältnis zu den Ermächtigungsgrundlagen für die Durchsuchung von Personen und Sachen (§§ 39, 40 PolG NRW) klar.

Die geänderte Formulierung der tatbestandlichen Voraussetzungen in Absatz 1 Satz 4 („wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ statt „wenn auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist“) erscheint sprachlich sachgerechter. Die Aufnahme des § 12a PolG NRW in § 14 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW stellt schließlich klar, dass auch im Anschluss an

versuchte und erfolglos gebliebene Identitätsfeststellungen im Zusammenhang mit polizeilichen Anhalte- und Sichtkontrollen nachgelagerte erkennungsdienstliche Maßnahmen zulässig sein sollen; dies ist praxisgerecht und auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

4. Nummer 5 – Datenerhebung durch den offenen Einsatz optisch-technischer Mittel, § 15a PolG NRW

Die geänderte Formulierung in Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 stellt lediglich eine sprachlich-stilistische Optimierung dar.

Der Unterzeichner hat schon in seiner Stellungnahme zum ursprünglichen Gesetzentwurf (Stellungnahme des Unterzeichners vom 30. Mai 2018, Stellungnahme 17/651, S. 3) angemerkt, dass die in der geltenden Fassung des § 15a PolG NRW enthaltene Bestimmung des Absatz 1 Satz 2 nicht mehr enthalten ist. Die geltende Fassung lautet: „Die Beobachtung ist, falls nicht offenkundig, durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen“. Es ist anzuraten, diesen Satz wieder in die Entwurfsfassung aufzunehmen. Zwar wird aus der amtlichen Überschrift der Norm der „offene“ Charakter des Einsatzes optisch-technischer Mittel hinreichend deutlich; da aber auch § 15b Satz 2 PolG NRW eine entsprechende Bestimmung enthält, sollte der Passus aus Gründen der Rechtsklarheit nicht gestrichen werden.

5. Nummer 6 – Datenerhebung durch die Überwachung der laufenden Telekommunikation, § 20c PolG NRW

Die im Änderungsantrag vorgenommene Beschränkung auf die *laufende* Telekommunikation ist ohne weiteres zu begrüßen. Gleiches gilt für die Änderung in Absatz 1 Nr. 2, der den Verweis auf § 129a Abs. 1 und 2 StGB durch einen solchen auf § 8 Abs. 4 PolG NRW ersetzt, und die Aufnahme der Verpflichtung zur Benennung des Herstellers und der Softwareversion des einzusetzenden technischen Mittels in den Antrag (Absatz 5 Nr. 4) sowie in das Protokoll (Absatz 10 Nr.1); den entsprechenden Erwägungen der Begründung zur Erleichterung des nachgelagerten Rechtsschutzes (Drs. 17/3865, S. 11) ist uneingeschränkt beizutreten.

6. Nummer 7

a) Aufenthaltsvorgabe, § 34b PolG NRW

Die vorgeschlagene Neufassung des § 34b PolG NRW ist vor allem durch sprachlich-stilistische Erwägungen verursacht und setzt Folgeänderungen der Änderungen in § 8 Abs. 4 PolG NRW um. Allerdings sollte der Begriff der „Aufenthaltsvorgabe“ dann durchgängig verwendet werden (vgl. z. B. Absatz 3 Nr. 2 lit. a), wo noch von „Aufenthaltsgebot“ die Rede ist, und Absatz 4 Nr. 2 lit. a), der von „Aufenthaltsanordnung“ spricht).

Da § 34b PolG NRW in der Fassung des Änderungsantrags nicht nur die Aufenthaltsvorgabe normiert, sondern in Absatz 1 Satz 2 auch das Kontaktverbot, sollte dieses in die Überschrift der Norm aufgenommen werden („§ 34b – Aufenthaltsvorgabe, Kontaktverbot“).

b) Elektronische Aufenthaltsüberwachung, § 34c PolG NRW

Die hinsichtlich der Formulierungen nicht uneingeschränkt geglückten Absätze 1 und 2 der ursprünglichen Fassung des Gesetzentwurfs zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung werden durch den Änderungsantrag in gut nachvollziehbarer Weise konkretisiert und in verfassungskonformer Weise konturiert.

Dies gilt zunächst für die Fassung des Absatz 1. Der Wortlaut knüpft nun in sachgerechter Umsetzung des grundlegend veränderten Konzepts des § 8 Abs. 4 PolG NRW an die Verhütung terroristischer Straftaten an. Dabei werden die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zum BKA-Gesetz entsprechend berücksichtigt.

Im Vergleich mit Absatz 2 der Fassung des Gesetzentwurfs besticht auch der Änderungsvorschlag zu dieser Vorschrift durch deutlich größere inhaltliche Klarheit. Dass auch bei nachweisbaren Gefahren für die sexuelle Selbstbestimmung und unter strikter Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz („unerlässlich“) „Fußfesseln“ zum Einsatz kommen können, ist rechtspolitisch höchst wünschenswert; die Voraussetzungen erscheinen dabei hinreichend bestimmt und insgesamt verfassungskonform.

Das Gleiche gilt für die „Stalker“-Variante in Nummer 2; hier erscheint es in der Tat erforderlich, zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit anders als bei Nummer 1 eine bereits erfolgte Begehung einer Straftat nach § 238 StGB sowie eine „Wiederholungsgefahr“ zu fordern. Auch diesbezüglich ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten (was gegebenenfalls noch durch ergänzende Formulierungen klar gestellt werden könnte), was insbesondere deshalb erforderlich ist, weil die in § 238 StGB aufgeführten Verhaltensweisen, die als „Nachstellung“ qualifiziert werden können, durchaus sehr unterschiedliche Belastungswirkungen haben können (vgl. das Aufsuchen der räumlichen Nähe auf der einen und die Bedrohung des Lebens auf der anderen Seite). Auch kann etwa das unbefugte Bestellen von Waren und Dienstleistungen für eine andere Person (§ 238 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) StGB) nicht durch eine elektronische Aufenthaltsüberwachung unterbunden werden. Dass die „Fußfessel“ auch in (schweren und wiederholten) Fällen der Nachstellung angeordnet werden kann, ist aber uneingeschränkt zu begrüßen. Die vorgeschlagene Fassung setzt dies in angemessener Weise um.

7. Nummern 8, 9 – Ingewahrsamnahme, §§ 35, 38 PolG NRW

a) Die Streichung der im Gesetzentwurf zur Einfügung als § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG NRW vorgesehenen Gewahrsamsvariante zur Abwehr einer drohenden (terroristischen) Gefahr ist eine konsequente Folgeänderung des Verzichts auf diese „Gefahrenkategorie“.

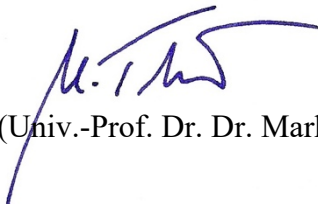
b) Angesichts der Klarstellungen des Änderungsantrags in § 34b PolG NRW und des insgesamt vorgeschlagenen „Rückbaus“ der durch richterliche Anordnung ermöglichten Gewahrsamsdauer erscheint auch die Einführung einer Gewahrsamsvariante zur Durchsetzung einer Aufenthaltsvorgabe (in der nunmehr vorgeschlagenen Nummer 6 wäre nochmals „Aufenthaltsanordnung“ durch „Aufenthaltsvorgabe“ zu ersetzen) und eines Kontaktverbots sowie

der Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung (als „Durchsetzungsgewahrsam“) sachgerecht.

e) Die in § 38 Absatz 2 Nr. 1 PolG NRW normierten „Fristen“ (besser wäre von „Dauer“ die Rede) für die richterliche Gewahrsamsanordnung sind in verfassungskonformer Weise an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts angepasst worden. Nunmehr ist eine 14-tägige Dauer mit einmaliger Verlängerung anstelle eines Monats vorgesehen. Dies entspricht dem vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung angenommenen „Richtwert“. Zudem wird in der im Änderungsantrag vorgeschlagenen Formulierung deutlich klarer, dass es sich um eine richterliche Anordnung der Gewahrsamsdauer handelt, nicht um eine polizeiliche (vgl. Art. 104 Abs. 2 GG).

Dass eine einmalige Verlängerung vorgesehen ist, schließt nach Auffassung des Unterzeichners allerdings nicht aus, dass die in Gewahrsam befindliche Person nach Ablauf der beiden 14-Tages-Einheiten zunächst auf freien Fuß gesetzt, bei Fortbestehen der Voraussetzungen aber erneut in Gewahrsam genommen wird. Dass in diesem Kontext häufig von einer „absoluten Höchstdauer“ des Gewahrsams gesprochen wird, überzeugt schon ganz grundsätzlich nicht. Keinesfalls dürfen „absolute Höchstdauern“ so verstanden werden, dass mit dem „Absitzen“ der entsprechenden Zeit ein „Verbrauch“ des Gewahrsams als zulässige polizeiliche Maßnahme anzunehmen wäre. Die Ingewahrsamnahme ist keine Sanktion; ein „*ne bis in idem*“ kann hier nicht gelten. Im Regelfall werden zwar anderweitige Maßnahmen zu treffen sein; der Polizei kann aber eine nochmalige Ingewahrsamnahme nicht verwehrt sein, wenn die Gefahrenlage fortbesteht, der Adressat aber bereits die vermeintliche Höchstdauer „absolviert“ hat. In dieser Richtung kann dann auch die einmalige Verlängerungsmöglichkeit durch erneute richterliche Entscheidung im Änderungsantrag nicht gedeutet werden; eine „absolute Höchstfrist“ von zweimal 14 Tagen wird damit nicht aufgestellt. Einer erneuten Ingewahrsamnahme muss dann aber eine neue, eigenständige polizeiliche Prognose vorausgehen.

Münster, den 9. November 2018


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