

DER POLIZEIPRÄSIDENT
BONN

5300 BONN, den 12.06.1989
Friedrich-Ebert-Allee 144
Telefon-Nr. (0228) 15-1

An den
Präsidenten
des Landes NW
Postfach 1143

4000 Düsseldorf



Betr.: Gesetz zur Fortentwicklung des Datenschutzes im Bereich der Polizei
und der Ordnungsbehörden
dort: Öffentliche Anhörung am 15./16. Juni 1989

Sehr geehrter Herr Präsident,

darbei übersende ich meine Stellungnahme. In der Anhörung werde ich mich auf
die von Ihnen genannten Bereiche beschränken.

Mit freundlichen Grüßen


Kniesel

Stellungnahme zum Gesetz zur Fortentwicklung des
Datenschutzes im Bereich der Polizei und der
Ordnungsbehörden (GFD Pol)

Die Polizei hat in der Vergangenheit Maßnahmen neuer Qualität entwickelt, z.B. verdeckte Ermittlungen, Polizeiliche Beobachtung, Rasterfahndung. Seit Beginn der 70er Jahre nutzt sie den Computer und hat Informationssysteme - insbesondere INPOL - aufgebaut. Die polizeiliche Informationsverarbeitung, Speicherung, Nutzung und Übermittlung von Daten findet dabei nicht nur nach Vorliegen einer konkreten Gefahr und eines konkretisierbaren Tatverdachts statt, sondern bereits im Vorfeld, also wenn noch gar keine Gefahr eingetreten, keine Straftaten begangen ist.

Zu dieser Entwicklung ist es gekommen, weil sich die Polizei durch die - politisch lange geleugnete - organisierte Kriminalität und den Terrorismus herausgefordert sah. Insoweit hat sich die Kriminalitätsslage insgesamt seit etwa einem Jahrzehnt inhaltlich, qualitativ und strukturell gewandelt. Der Trend zur kriminellen Professionalität ist unverkennbar. Die ungestörte Verbreitung krimineller Machtbasis hat aber dauerhafte politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Gefährdungen im Gefolge. Ist die organisierte Kriminalität erst einmal Bestandteil der Gesellschaft geworden, läßt sie sich nicht mehr beseitigen. Die Polizei ist sich sicher, die organisierte Kriminalität mit den herkömmlichen Mitteln und Methoden, die die geltenden Polizeigesetze und die StPO bereitstellen, nicht mit Aussicht auf Erfolg bekämpfen zu können. Sie hält das Betreten des Vorfelds der konkreten Gefahr für unumgänglich. Eine reaktive, defensive, offene und deliktsgebundene Kriminalitätsbekämpfung kann gegen Straftäter auf den Feldern der organisierten Kriminalität und des Terrorismus nicht greifen. Ein Verzicht auf verdeckte Ermittlungshandlungen in Kriminalitätsbereichen ohne Anzeigeverhalten bzw. ohne Opfer (z.B. Rauschgift, Zuhälterei, Menschenhandel, Schutzgelderpressung, aber auch bei der Umweltkriminalität) käme einem Verzicht auf Kriminalitätsbekämpfung gleich.

Die neuen informationellen Aktivitäten der Polizei stellen Grundrechtseingriffe dar, lassen sich nicht mehr als schlichthoheitliche Maßnahmen qualifizieren; darüber kann es spätestens seit dem Urteil des BVerfG zum Volkszählungsgesetz keinen Streit mehr geben. Entsprechend ist das Regelungsdefizit in den Polizeigesetzen. Zur Schließung derselben ist das GFD Pol vorgelegt worden. Mit diesem Gesetzentwurf werden die informationellen Aktivitäten

der Polizei erstmals umfassend geregelt; was die Ermächtigungsgrundlagen für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betrifft, so werden die Befugnisse der Polizei nicht beschnitten, sondern ihr erstmalig eingeräumt.

I. Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten

1. Wege in das Vorfeld der Gefahrenabwehr

Nach der Aufgabengeneralklausel in § 1 Abs. 1 Satz 1 PolG NW hatte die Polizei schon immer die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Sie wird nun ausdrücklich dazu ermächtigt, auch Straftaten zu verhüten und für die Verfolgung künftiger Straftaten vorzusorgen (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten).

Mit dieser Regelung wird der Polizei der Weg in das Vorfeld der Gefahrenabwehr eröffnet. Dieser Weg kann in zweierlei Weise möglich gemacht werden: Wie im Entwurf vorgesehen über die Aufgabenzuweisung oder über das Strafrecht, wenn dieses straflose Vorbereitungshandlungen als Straftaten einstuft, mit der Folge, daß eine Straftat vorliegt und somit das Instrumentarium der StPO greifen kann.

Unser Strafrecht ist idealtypisch Tatstrafrecht. Um die Strafbarkeit einer Person kann es erst gehen, wenn diese gehandelt hat. Deshalb setzt auch das Strafprozeßrecht erst mit dem Verdacht einer begangenen Tat ein. Tat ist ein Verhalten, das durch ein gesetzlich präzise umschriebenes, deutlich zu Tage tretendes Stück Sozialschädlichkeit gekennzeichnet ist; sie muß ein äußeres, tatsächlich vorgenommenes, nicht nur geplantes Täterhandeln enthalten. Der Bürger ist bis zum Beweis des Gegenteils aus der Sicht des Strafrechts und des Strafprozeßrechts der rechtstreue Bürger und keine potentielle Gefahrenquelle. Das geltende Strafrecht kennt aber auch die gegenläufige Tendenz, wenn es Tatbestände vorsieht, die die Strafbarkeit weit in das Vorfeld der Rechtsgutverletzung verlagern, insbesondere durch abstrakte Gefährdungsdelikte. Auf solchen Gefährlichkeitsvermutungen beruhen etwa die §§ 129, 129a StGB und die BTM-Gesetzgebung. Über diesen Bestimmungen erhofft sich der Gesetzgeber die Lösung der Probleme mit Hilfe des Strafrechts, indem er es auf den genannten Feldern als Mittel der Prävention gegen potentiell gefährliche Personen einsetzt. Auf dem Hintergrund der so skizzierten Tendenzen unseres Strafrechts muß die Frage nach seinen Zielen gestellt werden. Gehört auch die Verhinderung von Straftaten dazu? Mit abstrakten Gefährdungsdelikten will der Gesetzgeber Prävention betreiben. Das Strafrecht wird dann aber zum polizeilichen Instrument, um der vermuteten Gefährlichkeit von Personen und Gruppen zu begegnen; das Polizeirecht wandert systemwidrig in das Strafrecht ein.

Neben diesen strafrechtsdogomatischen Bedenken gegen möglichen Mißbrauch des Strafrechts besteht noch der Einwand, daß es durch die von der Polizei bei der Bekämpfung solcher abstrakter Gefährdungsdelikte angewandten Methoden zu einem Einbruch in die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens kommen kann, etwa durch Scheinaufkäufe bei der Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität, die möglicherweise Täter produzieren, so daß von kritischer Seite von staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung gesprochen wird.

Diese Einwände ließen sich vermeiden, wenn man den umgekehrten Weg ginge und nicht das Strafrecht als polizeiliches Mittel einsetzt, sondern durch - erweitertes - Polizeirecht rechtsstaatlich bedenkliches Strafrecht in Form abstrakter Gefährdungsdelikte entbehrlich macht. Denn wenn auf bestimmten Kriminalitätsfeldern das Betreten des Vorfelds der konkreten Gefahr und des konkretisierbaren Tatverdachts durch das Polizeirecht erlaubt wird, kann auf das Strafrecht als Mittel der Prävention verzichtet werden. Zudem werden so das Recht der Gefahrenabwehr und das Recht der Strafverfolgung säuberlich getrennt. Der Vorwurf des Einbruchs in die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens wird entkräftet, wenn die kritisierten Methoden (verdeckte Maßnahmen, Scheinaufkauf) auf dem Boden des Polizeirechts erfolgen. Geht nämlich die Polizei etwa bei der Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität in kriminalstrategischer Zielsetzung gegen die Hintermänner, gegen die Strukturen der organisierten Kriminalität vor, indem sie einen ganzen Rauschgifttring zerschlagen und so Tatgelegenheit beseitigen will, dann sind verdeckte Maßnahmen und Scheinaufkäufe gegenüber dem Süchtigen und dem für den Eigenbedarf handelnden Kleindealer nur Mittel zur Informationsbeschaffung, um an die Hintermänner zu gelangen. Aus kriminalstrategischer Sicht wäre es nur zu begrüßen, wenn die angefallenen Informationen nicht zur Strafverfolgung gegen Süchtige und Kleindealer verwendet werden dürften, weil sie von vornherein einem Beweisverwertungsverbot und damit einem Ermittlungsverbot unterlägen. Auf diese Weise würden Kapazitäten für die aufwendige Arbeit gegen die Hintermänner der organisierten Kriminalität freigesetzt.

Insoweit ist zu begrüßen, daß das GDF Pol den Weg über die Aufgabenzuweisung des PolG gewählt hat. Dabei war für die Entwurfsverfasser fraglos maßgeblicher Beweggrund, daß Kriminalität nicht nur repressiv durch Strafverfolgung, sondern auch präventiv durch Gefahrenabwehr bekämpft werden kann. Daß polizeiliche Maßnahmen gleichzeitig präventive und repressive Zwecke verfolgen, ist Normalität des Polizeialltags. Wird bei der Festnahme eines Dealers Rauschgift beschlagnahmt, so wird nicht nur ein Beweismittel gewonnen, sondern

es wird in präventiver Hinsicht zugleich Tatgelegenheit beseitigt. Inso- weit besteht durchgängig eine Gemengelage von Gefahrenabwehr und Straf- verfolgung bei der Kriminalitätsbekämpfung. Gelingt es der Polizei einen Ring von Rauschgifthändlern zu zerschlagen, so werden die Täter nicht nur der Bestrafung zugeführt, wodurch sie eine Zeitlang aus dem Verkehr gezogen werden, sondern zugleich wird gefährdende kriminelle Struktur be- seitigt und Tatgelegenheit abgeschöpft. Hier wird der kriminalstrategische Ansatz deutlich.

Die kriminalstrategische Organisation und operative Bewältigung der Krimi- nalitätsbekämpfung obliegt der Polizei nach den Polizeigesetzen der Länder. Hier kann sie aktiv und offensiv werden, während die Staatsanwaltschaft sich nach der StPO nur defensiv und reaktiv mit in der Vergangenheit lie- genden Sicherheitsstörungen - also erledigten Gefahren - befassen kann. Die kriminalstrategische Dimension der exekutiven Kriminalitätsbekämpfung besteht in operativer Vorbeugung - z.B. Durchleuchtung krimineller Szenen, Erkennen von verbrechensbegünstigenden Strukturen, Feststellen von sich ein- nistender Verbrechenslogistik - und operativem Vorgehen durch Austrocknen solcher Strukturen - z.B. Beseitigen von Tatgelegenheiten, Ausheben der Logistik, Abschöpfen der Gewinne -.

Kriminalstrategisches Vorgehen nach dem Polizeirecht und Strafverfolgung wegen der begangenen Tat nach der StPO stehen gleichrangig nebeneinander. Ein Vorrang der Strafverfolgung, ihr Primat gegenüber der Gefahrenabwehr wäre mit der grundsetzlichen Werteordnung, die den einzelnen und seinen Schutz an die Spitze der Verfassung stellt, unvereinbar. Insoweit sind Straf- verfolgung und Legalitätsprinzip keine absoluten Werte, sondern müssen sich im Kollisionsfall zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung einer Rechts- güterabwägung stellen. Geht es um den Schutz des Bürgers und seiner Grund- rechte ist im Zweifelsfall die Entscheidung zu Gunsten der Gefahrenabwehr zu treffen.

Daß neben der unverzichtbaren Verfolgung begangener Straftaten auch die Gefahrenabwehr zur Verbrechensbekämpfung gefordert ist, belegen die Er- scheinungsformen der real existierenden Kriminalität, insbesondere die Felder der organisierten Kriminalität. Bloß reaktives Handeln mit den überkommenen Mitteln einer in Ehren ergrauten Strafprozeßordnung kann hier langfristig keinen Erfolg bringen. Kriminalstrategisch ist die Polizei darauf ange- wiesen, unterhalb der Schwelle des konkreten Tatverdachts gegen eine be- stimmte Person erkannte kriminelle "Szenen", in der sich potentielle Straf- täter bewegen, zu beobachten, um eine sich einnistende Kriminalität in ihren Strukturen zu erkennen, übergreifende Zusammenhänge zu erfassen und durch schrittweises Sammeln von Informationen in die Lage versetzt zu werden,

nach inzwischen vorliegender Tat einen Tatverdacht zu konkretisieren. Erst in dieser Schlußphase vermag die StPO zu greifen, denn Ermittlungsmaßnahmen auf der Grundlage der §§ 160, 161 setzen gemäß § 152 Abs. 2 zureichende tatsächliche Anhaltspunkte voraus. Unabdingbar ist damit ein Anfangsverdacht wegen einer begangenen Straftat, der sich auf konkrete Tatsachen gründen muß; abstrakte Überlegungen, Erfahrungssätze und statistische Wahrscheinlichkeiten reichen nicht aus. Dieser Bezug auf bestimmte konkrete Tatsachen hat rechtsstaatliche Qualität. Insoweit schützt die strafrechtliche Anknüpfung an ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten vor "Verdachts"ermittlungen ohne konkreten, verdachtsbegründenden Anlaß. Die Konkretisierung des zureichenden Anfangsverdachts steht dabei nicht im Ermessen des Verfolgers. Beim Zureichen des Verdachts handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der nur eine an objektiven Maßstäben orientierte Konkretisierung zuläßt.

Bei der durch die Polizei erfolgenden "Überwachung" krimineller Szenen, ohne daß eine konkrete Bezugstat vorliegt, können die Rechtsgrundlagen nicht aus der StPO entnommen werden, weil dieses Vorgehen ihr vorgelagert ist. Das derzeitige System der StPO würde gesprengt, wollte man ein Vorfeld des konkreten Anfangsverdachts bejahen. Auch schlicht-hoheitliche Maßnahmen nach den §§ 160, 161 StPO sind an die Voraussetzungen des § 152 Abs. 2 StPO gebunden, Ermittlungen der StA gegen einen "Vor"-Verdächtigen nach dem derzeitigen Zuschnitt der StPO nicht zulässig. Hier ist deutlich herauszustellen, daß entgegen dem von Vertretern der Staatsanwaltschaften erzeugten Eindruck mit einer Regelung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten in der StPO kein Zugewinn an Rechtsstaatlichkeit verbunden ist. Das Gegenteil ist der Fall. Agiert die Polizei in diesem Vorfeld der Gefahrenabwehr, so tätigt sie keine Vorermittlungen. Sie ermittelt im strafprozessualen Sprachgebrauch überhaupt nicht. Hier besteht bei der geäußerten staatsanwaltlichen Kritik an polizeilicher Vorfeldarbeit ein grundlegendes Mißverständnis. So heißt es etwa, die Polizei versuche, gegenüber der StA eine über- bzw. vorgeordnete Strafverfolgungszuständigkeit zu begründen und für sich zu reklamieren. Um es klar zu sagen: Eine solche übergeordnete Strafverfolgungszuständigkeit der Polizei gibt es nicht und die Polizei strebt sie auch nicht an. Die Polizei reklamiert aber einen gleichrangig neben der Strafverfolgung bestehenden Auftrag zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten. Wird sie hier aktiv, dann tätigt sie aber eben keine wie auch immer gearteten "Ermittlungen", sondern erhebt und verarbeitet Informationen, um Straftaten erst gar nicht geschehen zu lassen. Dies belegen etwa die informationellen polizeilichen Aktivitäten im Vorfeld von Demonstrationen und Spielen der Fußballbundesliga, wo es gilt,

anreisende Teilnehmer bzw. Fans, die als potentielle Krawallmacher einzuschätzen sind, zu beobachten, damit durch sie erst gar keine Straftaten begangen werden können.

2. Qualifizierung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten

Die Einordnung dieser Aufgabe in das System der Regelkreise "Gefahrenabwehr" und "Strafverfolgung" ist ebenso streitig wie der Regelungsstandort - PolG oder StPO. Eine Qualifizierung des schillernden Begriffs "vorbeugende Verbrechensbekämpfung" bzw. "vorbeugende Bekämpfung von Straftaten" durch Ideologie und Wunschdenken hindert die gebotene dogmatisch saubere Erfassung der Aufgabe. Geht es doch um handfeste verfassungsrechtliche Fragen, deren Beantwortung praktische Konsequenzen hat: Betroffen ist die Gewaltenteilung in Gestalt der Frage nach dem Verhältnis von Strafjustiz, insbesondere der Staatsanwaltschaft, zur Polizei; insoweit sind auf der Basis der grundgesetzlichen Funktionenteilung - genuine Polizeiaufgabe der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung unter der Herrschaft der Staatsanwaltschaft - auf der einen Seite die Polizeigesetze von Bund und Ländern und auf der anderen die StPO maßgeblich.

Insbesondere die Kämpfer vor Ort werden sich allerdings fragen, wozu der ganze Streit denn nütze. Der kriminalpolizeiliche Sachbearbeiter beim Landeskriminalamt, der in Sachen Rauschgift aktiv wird, kann mit den offenen Fragen leben, solange er einen Staatsanwalt findet, der ihm gegen eine Tätergruppierung, die im Lande NW mit Rauschgift handelt, einen Tatverdacht wegen § 129 StGB bejaht. Dieser Kollege kann seine Telefonüberwachung schalten und ist zufrieden. Da auf diese Weise aber das Vorfeld elegant in den strafprozessualen Bereich überginge, besteht die Notwendigkeit einer dogmatisch klaren Zuordnung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten.

Ich darf insoweit noch weitere Beispiele anfügen: Die Anordnungsbefugnis für den Einsatz verdeckter Ermittler, die Problematik der sog. kontrollierten Transporte, der Streit um die Rechtsnatur der Kriminalakten, die offenen Fragen bezüglich der Übermittlung von Daten aus Ermittlungsverfahren durch die StA an die Polizei für die Kriminalakten und umgekehrt aus Kriminalakten durch die Polizei an die StA für ein bestimmtes EV.

Wie sieht es nun mit der dogmatischen Zuordnung aus?

Die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten ist bislang von der verwaltungsgewärtlichen Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der polizeirechtlichen Literatur als zum polizeilichen Auftrag zur Gefahrenabwehr gehörig betrachtet worden. Die Landesgesetzgeber haben sie in den neueren Polizeigesetzen ausdrücklich vorgesehen. Auch der Musterentwurf eines PolG von 1977 und der Alternativentwurf PolG von 1978 werten die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten als aus dem Auftrag zur Gefahrenabwehr fließende polizeiliche Aufgabe. Aus der

Sicht der Strafjustiz ist diese Sicht schon in der Vergangenheit auf Kritik gestoßen, die in Anbetracht der Entwürfe für neue Polizeigesetze neu auflebt. Beklagt wird die maßlose Überdehnung der Gefahrenabwehr durch die Polizei. Über die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten würden die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft nach der StPO unterlaufen und die Grenzen zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr verwischt, was eine schwere Störung des Verhältnisses Polizei-Staatsanwaltschaft nach sich ziehe. Die Polizei wolle sich offensichtlich über das Vehikel der Prävention von der Strafverfolgung und damit von der Staatsanwaltschaft und ihrer Sachleitungsbefugnis abnabeln, sei in der Tendenz dabei, das Strafrecht um den Preis eines uferlosen Polizeirechts abzuschaffen. Die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten ist insoweit Beleg für den nahenden Polizeistaat, dem nur durch Stärkung der Staatsanwaltschaft und Überführung der Kriminalpolizei in das Justizressort begegnet werden könne. Die Orientierung der Polizei von der Strafverfolgung weg zur verstärkten Prävention hin sei Marsch in einen Irrweg, der ins Gegenteil gewendet werden müsse.

Was nun die Einordnung angeht, darf ich hier folgende Position in die Diskussion einbringen: Klassische Gefahrenabwehr setzt die Existenz einer Gefahr voraus, Strafverfolgung i.S. der StPO ein begangenes Delikt. Gefahrenabwehr bzw. Gefahrenvorsorge wollen dagegen - wie schon der allgemeine Sprachgebrauch zeigt - erreichen, daß die Gefahr sich gar nicht erst realisiert. Die Verhütung von Straftaten zielt auf denselben Erfolg.

Die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten, die erst zukünftig begangen werden, kann keine Strafverfolgung im herkömmlichen Sinne sein, weil es an der begangenen Straftat fehlt.

Von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung läßt sich im Zusammenhang mit der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten demnach nur sprechen, wenn man neue, das klassische Verständnis erweiternde Begriffe von Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung in einem weiteren Sinne zugrundelegt. Diese neu gebildeten Begriffe verdeutlichen aber nur das anstehende Problem um die Einordnung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, geben aber selber keine Kriterien für die Qualifizierung ab.

Kann die Vorsorge für spätere Strafverfolgung keine Strafverfolgung im herkömmlichen Sinne sein, weil noch keine Straftat vorliegt, nicht traditionelle Gefahrenabwehr, weil noch keine Gefahr vorhanden ist, so könnte sie aber der Strafverfolgung näher stehen, weil die Aufbewahrung der Informationen - z.B. in Kriminalakten - ja späterer Strafverfolgung dienen soll. Eine unmittelbare präventive Wirkung der vorsorgenden Aufbewahrung der Informationen, die die Zuordnung zur Gefahrenabwehr begründen könnte, läßt sich kaum belegen. Das höhere Entdeckungsrisiko des in Akten, Karteien oder Dateien registrierten

Täters, um das dieser weiß, hat fraglos präventive Wirkung. Diese ist aber der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts verwandt, also nur eine mittelbare, ein Nebeneffekt der Repression. Das Sammeln von Daten für spätere Strafverfolgung ist zwar zukunftsgerichtet, doch kann daraus nicht zwingend abgeleitet werden, daß alles, was derzeit noch nicht auf die Durchführung eines auf eine bestimmte Straftat ausgerichteten Ermittlungsverfahrens dient, deshalb zwangsläufig Gefahrenabwehr ist. Andererseits kann nicht übersehen werden, daß Maßnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten keine schuld- und rechtsfolgerelevante Bedeutung für ein bestimmtes Strafverfahren haben und daß insbesondere eine antizipierte Strafverfolgung die Grenzen des § 152 Abs. 2 StPO überschreitet, der für alle Ermittlungsmaßnahmen eine begangene Straftat voraussetzt. Man wird die Vorsorge für spätere Strafverfolgung letztlich zwingend weder der Gefahrenabwehr noch der Strafverfolgung im herkömmlichen Sinne zuordnen können. Kann der Charakter der Tätigkeit offen bleiben, so muß die Frage nach dem richtigen Regelungsstandort beantwortet werden. Für eine Regelung im PolG spricht neben dem Argument aus § 152 Abs. 2 StPO der enge Sachzusammenhang zwischen der Verhütung von Straftaten und der Vorsorge für spätere Strafverfolgung, der aus den für beide Zwecke benutzten Daten folgt. Insofern ist es wichtig, nicht nur auf die Phase des Aufbewahrens, sondern die der Datennutzung abzustellen. Zur Strafverfolgung werden die Daten fraglos bei Vorliegen eines Verdachts wegen einer neuen Straftat genutzt. Vor diesem Zeitpunkt schlummern diese aber nicht für den Zweck späterer Strafverfolgung, sondern können unmittelbar der Prävention dienen. Beispiele dafür sind zahlreich. Der präventive Blick in die Kriminalakte ist vor der Festnahme eines Verdächtigen zum Zwecke der Eigensicherung geboten. Bei einer Geiselnahme kann die Kriminalakte helfen, daß Ausmaß der Gefahr für das Leben der Geisel richtig einzuschätzen, wenn sie entsprechende Kenntnisse über den Täter vorhält. Kriminalakten können von der Polizei als Datenbasis genutzt werden, indem bei Vorliegen unaufgeklärter Serien von Straftaten (z.B. Sittlichkeitsdelikten) bzw. bei professioneller oder organisierter Kriminalität mit einem täterorientierten Ansatz der Polizei bekannte Personen als mögliche Täter in Betracht gezogen werden und alsdann die weitere Begehung von Straftaten durch diese zu verhindern versucht wird. Der Verhütungsaspekt läßt sich besonders am nachfolgenden Beispiel verdeutlichen. Im für das Schalker-Stadion zuständigen Schutzbereich des Polizeipräsidenten Gelsenkirchen ist eine Kartei mit Bildern und - soweit vorhanden - Datensätzen über Personen angelegt worden, die im Stadion als gewalttätige Störer bzw. Straftäter aufgefallen sind. Nach Videografieren der Ränge wurden von diesen Personen Lichtbilder aus dem Videomaterial gefertigt. Mit dieser Kartei ist fraglos Vorsorge für spätere Strafverfolgung

getroffen worden; der kriminalpolizeiliche Sachbearbeiter kann nach Begehung von Straftaten gelegentlich des Heimspiels von Schalke 04 am nächsten Montag die in der Kartei gespeicherten Personen als mögliche Täter in Betracht ziehen. Er wäre indes kein guter Schutzmann, betrachtete er die Kartei nur unter diesem Aspekt. Der Gefahrenabwehr als polizeilichem Hauptauftrag wird nur Rechnung getragen, wenn den zum Einsatz vorgesehenen Polizeibeamten die Lichtbilder der bekannten Rädelsführer vor dem Heimspiel an die Hand gegeben werden, damit letztere an den Einlaßtores abgefangen werden können und ihnen der Zutritt aus polizeirechtlichen Gründen (Verhütung von Straftaten) verwehrt wird. Gleiches gilt für eine Gewalttäter-Datei zur Effizienzsteigerung der Gefahrenabwehr im Vorfeld von Großdemonstrationen. Die Beispiele belegen, daß dieselben Daten sowohl der Vorsorge für spätere Strafverfolgung als auch der Verhütung von Straftaten dienen können. Dieser doppelte - präventive und repressive - Charakter der Daten bzw. die doppelte Nutzung für Prävention und Repression sind Spiegelbild der alltäglichen Gemengelage von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Der durch das gemeinsame Band der benutzten Daten begründete enge Zusammenhang der beiden Teilaspekte der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten rechtfertigt die zusammenhängende Regelung im PolG. Das Zweckbindungsgebot steht dem nicht entgegen, da die Polizei sowohl die Aufgabe der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung hat. Da es sich bei den gespeicherten Daten aber auch um "schlummernde" Repressivdaten handelt, hat die zuständige Staatsanwaltschaft nach Vorliegen eines konkreten Tatverdachts unbeschadet des gleichzeitigen präventiven Charakters der Daten einen Anspruch auf Übermittlung aus polizeilichen Akten, Karteien und Dateien. Das Zweckbindungsgebot steht allerdings der Weitergabe rein präventiver Daten (z.B. Informationen über Suizid-Gefährdung, Vorführung beim Gesundheitsamt nach dem BSG wegen Geschlechtskrankheit) entgegen. Unter diesen Voraussetzungen wäre die Regelung der Vorsorge für spätere Strafverfolgung unter dem Oberbegriff der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten in den PolG unbeschadet der offengebliebenen Zuordnung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Eine abschließende Bemerkung zur von Vertretern der Staatsanwaltschaften geäußerten Kritik an der polizeilichen Vorfeldarbeit. Wenn insoweit der nahende Polizeistaat beschworen wird, die Polizei als Feind, die Staatsanwaltschaft als Hüter des Rechtsstaats dargestellt wird, so muß eine um Rechtsstaatlichkeit bemühte Polizei Fragen an ihre Kritiker richten dürfen. Die Gefahr, daß die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten zum Einfallstor für polizeiliche Omnipräsenz und Omnipotenz durch Datenverfügungsmacht über jedermann werden kann, liegt auf der Hand, Kritik ist insoweit berechtigt. Wenn Vertreter der StA in diesem Zusammenhang auf die rechtsstaatliche Qualität der konkreten Gefahr und des Störerprinzips als eherne

Schwellen für polizeiliches Einschreiten verweisen, so ist diese Kritik aber nur konsistent, wenn für § 152 Abs. 2 StPO dasselbe gilt. Hier muß man indes feststellen, daß dieselben Autoren, die die Rolle der StA als Wächter und Hüter des Rechtsstaats anmahnen, hinsichtlich der Voraussetzungen des § 152 Abs. 2 StPO gar nicht so pingelig sind, wenn sie etwa staatsanwaltliche Ermittlungen auch ohne begangene Straftat für zulässig halten. Kritik an ausufernder polizeilicher Tätigkeit im Vorfeld der konkreten Gefahr und des konkretisierbaren Tatverdachts ist nicht mehr seriös, wenn dahinter keine Organisationsinteressen und Prestige Gesichtspunkte aufscheinen. Nicht mehr glaubwürdig ist die Kritik indes dann, wenn der Datenschutz gegenüber der Polizei als Disziplinierungsmittel benutzt wird, dem man dann aber im Binnenbereich der StA gegenüber den Datenschutzbeauftragten nur untergeordnete Bedeutung beimißt.

3. Grenzen der Vorfeldaktivitäten

Die Neufassung von § 1 Abs. 1 PolG NW kann fraglos wegen ihrer Weite Bedenken auslösen. Man könnte zum Ergebnis gelangen, die Polizei schicke sich in "gesellschaftssanitärer" Zielsetzung an, weit über den ihr bislang zugewiesenen Auftrag zur Gefahrenabwehr hinaus ein Vorfeld zu betreten, indem sie die von ihr zu haltende Sicherungslinie tief in die Gesellschaft vorverlegt. Umfassend verstandene Prävention bzw. Gefahrenvorsorge würde in der Tat die rechtsstaatlichen Bindungen des materiellen Polizeirechts sprengen. Deshalb müssen Prävention und vorbeugende Bekämpfung von Straftaten restriktiv interpretiert werden. Sie sind keine Einfallstore für polizeiliche Omnipräsenz und Omnipotenz durch Datenverfügungsmacht über jedermann. Die Machtbalance zwischen Bürgerfreiheiten und gesellschaftlich-staatlichen Sicherheitsansprüchen ist gefährdet, wenn Prävention die Blankovollmacht zur unbegrenzten Gefahrenvorsorge durch die Polizei wäre. Andererseits kann die Restriktion nicht so weit gehen, daß kein Handlungsraum für polizeiliche informationelle Aktivitäten im Vorfeld der konkreten Gefahr eröffnet wäre. Die Polizei darf in Ansehung der Erscheinungsformen heutiger Kriminalität nicht zuwarten, bis sich eine Gefahrenlage zuspitzt, sondern muß "als Widerpart des organisierten Verbrechens bei der Bekämpfung terroristischer Anschläge und der Rauschgiftkriminalität in Wahrnehmung eines aus der Aufgabe zur Gefahrenabwehr fließenden kriminalstrategischen Auftrags ihre Fahndungs- und Beobachtungsmethoden der Langfristigkeit und Weiträumigkeit der gegnerischen Strategien anpassen (Denninger)."

Was die Eröffnung des polizeilichen Handlungsraums betrifft, so erscheint es zulässig, daß sich der Gesetzgeber vom reaktiven Schema löst. Auf neuen Kriminalitätsfeldern von entsprechender Sozialschädlichkeit (organisierte

Kriminalität, Terrorismus) darf die Polizei nicht mehr abwarten, bis das Kind in den Brunnen gefallen ist; sie muß schon vorher Vorkehrungen treffen dürfen - einen Deckel auf den Brunnen legen können -, um irreparable Zustände zu verhindern. Ist nämlich die organisierte Kriminalität erst einmal Bestandteil der Gesellschaft geworden, läßt sie sich nicht beseitigen.

Die Eröffnung des polizeilichen Handlungsraums durch die so verstandene vorbeugende Bekämpfung von Straftaten impliziert dann keinen Polizeibegriff mit sozialgestalterischem Anspruch. Zwar wird zu Recht vor einer Präventionseuphorie gewarnt, doch ein uferloses Polizeirecht wird mit § 1 Abs. 1 Satz 2 nicht angestrebt. Die Sicherungslinie wird fraglos vorverlegt, zu einem Eingriff in die "sozio-kulturelle Intimsphäre" wird es indes jedenfalls solange nicht kommen, als eine differenziert vorgehende Polizei ihr Eingriffsinstrumentarium behutsam nutzt.

Im Übrigen berücksichtigt die Kritik an einer ausufernden Gefahrenvorsorge nicht hinreichend, daß § 1 eine Aufgabenzuweisungsnorm und keine Eingriffsermächtigung darstellt. Eine Aufgabenzuweisung muß aber wegen der Fülle und Vielgestaltigkeit polizeilicher Alltagsarbeit hinreichend weit und elastisch gefaßt sein, um auch die nicht im Mittelpunkt öffentlichen Interesses stehenden Tätigkeiten ^{schlichthoheitlicher} Natur (z.B. kriminalpolizeilicher Beratungsprogramme) auffangen zu können. Durch § 1 wird also kein Umgang mit personenbezogenen Daten erlaubt, dem nach inzwischen wohl als herrschend zu bezeichnender Auffassung Eingriffsqualität beizumessen ist. Das eigentliche Problem bei der Herstellung der Machtbalance polizeilichen Notwendigkeiten und Bürgerfreiheiten liegt deshalb weniger in der (angeblich) zu weiten Eröffnung des polizeilichen Handlungsraums, als vielmehr in den künftigen Befugnisnormen zur Datenerhebung und -verarbeitung. Aufgaben und Befugnisse sind insoweit strikt zu trennen. Berechtigte Kritik wird indes geübt, wenn das weite Aufgabenverständnis in der Weise auf die Befugnisnormen durchschlägt, daß die "Erforderlichkeit zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten" die maßgebliche "einschränkende" tatbestandliche Voraussetzung der neuen Ermächtigungsgrundlagen wird.

II. Neuzuschnitt der Befugnisnormen für informationelle Aktivitäten

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der grundrechtliche Datenschutz durch das RiS - Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG - in Gestalt des Menschenwürdeschutzes wird angetastet, wenn der Staat den einzelnen in seiner ganzen Persönlichkeit registriert und katalogisiert und ihn damit wie eine Sache behandelt, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist. Art. 2 Abs. 1 GG als Komponente des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung behütet den einzelnen vor einem

Staat, die die Daten seiner Bürger umfassend und perfekt beschafft, festhält, verwendet, weitergibt oder allgemein zugänglich macht. Die Grundrechte aus Art. 8 und 9 GG garantieren das möglichst unbeeinflusste politische Engagement etwa in Form der Beteiligung an Versammlungen und Demonstrationen - einschließlich ihrer Vorbereitung - sowie an Bürgerinitiativen; hier schützen Art. 8 und 9 GG davor, diese Grundrechte im Visier von Polizei und Verfassungsschutz wahrnehmen zu müssen. Wer sich auf den genannten Feldern engagiert, ist kein potentieller Verfassungsfeind, sondern nimmt verfassungsrechtlich verbrieftete Rechte wahr.

Liberal-rechtsstaatliches Polizeirecht hat polizeilichen Eingriffsbefugnissen hohe Schwellen gesetzt; die konkrete Gefahr und das Störerprinzip. Danach muß die konkrete Gefahr einer bestimmten Person zugerechnet werden können; ansonsten ist der Bürger für polizeiliche Eingriffsmaßnahmen tabu. Diese beiden Prinzipien stellen Kernstücke des klassischen Polizeirechts dar. Da das Grundgesetz an diese Tradition anknüpfen wollte, haben beide rechtsstaatliche Qualität. Als weitere im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehene Ausformung des Rechtsstaatsprinzips gebietet Art. 19 Abs. 4 GG effektiven Rechtsschutz gegen hoheitliche Eingriffe. Das Beschreitenkönnen eines Rechtswegs setzt aber voraus, daß der Adressat der jeweiligen Maßnahme von dieser Kenntnis hat, was bei den heimlichen informationellen polizeilichen Aktivitäten regelmäßig nicht der Fall ist.

Das Gebot der Trennung zwischen Verfassungsschutz und Polizei - seine Geltung mit Verfassungsrang auf der Basis des Genehmigungsschreibens der alliierten Militärgouverneure bzw. des Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG oder nur mit einfachgesetzlicher Qualität sei hier dahingestellt - will jedenfalls verhindern, daß dem Verfassungsschutz die Entscheidungsgewalt über den Einsatz exekutiver Befugnisse, also über die polizeilichen Standardmaßnahmen zuwächst. Das Trennungsgesetz wirft aber auch die Frage auf, ob umgekehrt der Polizei nachrichtendienstliche Mittel vorenthalten werden sollten. Ein entsprechendes Verbot läßt sich zwar weder aus dem Grundgesetz noch den Polizeigesetzen und der StPO ableiten, doch wird man aus dem Rechtsstaatsprinzip folgern müssen, daß die Polizei des Grundgesetzes dem Bürger prinzipiell offen, d.h. erkennbar gegenübertreten muß, während es den Verfassungsschutzbehörden wegen ihrer Aufgabenstellung erlaubt ist, mit geschlossenem Visier zu agieren.

Werden die derzeitigen informationellen polizeilichen Aktivitäten bzw. die geplanten Rechtsgrundlagen, insbesondere die verdeckten Maßnahmen im Vorfeld der konkreten Gefahr und des konkretisierbaren Tatverdachts, diesen Vorgaben bzw. Sperrern gerecht?

Die erwähnten ehernen Schwellen werden durch das GFD Pol weitgehend aufgegeben. Damit stellt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit. Neue Grenzmarkierungen für polizeiliches Handeln sind nicht erkennbar. Es muß aber sichergestellt werden, daß nicht jedermann als potentieller Straftäter ins polizeiliche Visier geraten kann, es also nur zu partiellen Durchbrechungen der gerade aufgezeigten ehernen Schwellen kommt. Insoweit müssen für den Einsatz von Strategien "täterorientierter Verdachtsgewinnung" - also das Ansetzen bei Personen, die noch keine Straftat begangen und keine konkrete Gefahr verursacht haben, aber von der Polizei als potentielle Straftäter eingeschätzt werden müssen - zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Zugehörigkeit zu einer von der Polizei ausgemachten kriminellen Szene unabdingbar gefordert werden. Die Polizei darf nicht mit der Stange im Nebel operieren. Ein allgemeiner Überwachungsauftrag, ein Verdachtserschöpfungsrecht gegen jedermann sind in einem rechtsstaatlichen Polizeirecht Fremdkörper. In diesem Zusammenhang, aber auch im Hinblick auf Regelungsdichte bzw. Kompliziertheit der einzelnen Bestimmungen erweisen sich verschiedene komplexe Regelungen des Entwurfs als Scheinbegrenzungen. Sinn und Zweck des Gesetzesvorbehalts besteht nicht nur in formaler Hinsicht darin, bestimmte Maßnahmen abzudecken, sondern sie auch zu begrenzen. Die jeweilige Eingriffsnorm muß Kriterien enthalten, die eine Bewertung zuläßt, ob in concreto eine Maßnahme zulässig ist oder nicht. Fehlt aber diese Begrenzungsfunktion mangels Bewertungskriterien, so geht der Gesetzesvorbehalt ins Leere, denaturiert zum "Abdeckungs"vorbehalt. Insoweit erweist sich etwa die detaillierte Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1-8 weitgehend als Scheinbegrenzung. Die Regelung der Identitätsfeststellung ist nämlich so dicht gewebt, daß in der praktischen Konsequenz kaum ein Fall mehr denkbar ist, der nicht darunter fallen kann; jedermann ist für jeden polizeilich für sinnvoll gehaltenen Anlaß kontrollierbar. Wenn aber ohnehin alles möglich ist, kann man auf Regelungen verzichten, die dem Vorwurf der Kompliziertheit und Unhandhabbarkeit ausgesetzt sind. Es wäre dann nicht nur normenklarer, sondern auch ehrlicher, auf Scheintatbestandlichkeit ohne echte Begrenzung zu verzichten und stattdessen zu einer (eingeschränkten) Generalklausel zurückzukehren, wie sie in § 23 PolG NW a.F. enthalten war. Für Generalklauseln alter Art soll damit kein Plädoyer gehalten werden. Sie sind bei eingriffsintensiven Formen der Datenerhebung und-verarbeitung (etwa längerfristige Observation, verdecktes Fotografieren, Lauschangriff, Datenaustausch mit anderen Behörden) nicht mehr denkbar. Weniger eingriffsintensive Maßnahmen bzw. "Bagatell"eingriffe (etwa Alltagsbefragung, Fahndungsabgleich) können dagegen durchaus durch eingeschränkte (d.h. beispielhafte Aufzählung von Maßnahmen gekoppelt mit der Erwähnung einer besonders eingriffsintensiven Grenzmaßnahme) Generalklauseln geregelt werden. Tat-

bestandliche Dichte im Hinblick auf Normenklarheit und Bestimmtheit könnte so an die Eingriffsintensität gebunden werden. Der Entwurf bekennt sich zwar zu diesem Prinzip, hält es aber nicht oder nur teilweise durch.

Neue Markierungen könnten gefunden werden durch Anbindung an kriminologisch definierte Kriminalitätsfehler von hoher Sozialschädlichkeit (organisierte Kriminalität, Terrorismus, Serienstraftaten bei schwerer Kriminalität) bzw. am Gewicht der Straftaten oder durch Festmachen an Katalogtaten, wobei im letzteren Fall die Kataloge einheitlich sein müßten. Da diese Markierungen die alten -konkrete Gefahr, Störerprinzip -nicht ersetzen können, wäre Rechtsstaatlichkeit möglicherweise durch Kompensierung mittels Grundrechtsschutz durch Verfahren zu gewährleisten. Je nach Eingriffstiefe der neuen Befugnisnormen sind flankierende grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften vorzusehen: Richtervorbehalte, Kontrollrechte der Beauftragten für den Datenschutz, Befristungen, Vernichtungsbestimmungen, Regelungen für Zufallsfunde. Der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG kann nur dadurch Rechnung getragen werden, daß Benachrichtigungspflichten gegenüber dem Betroffenen vorgesehen werden; im Hinblick auf das Nebeneinander von Polizeirecht und Strafrecht wären Beweisverwertungsverbote in der StPO zu regeln.

Was die Heimlichkeit polizeilichen Vorgehens betrifft, so wird dem Grundsatz, daß Polizei dem Bürger mit offenen Visier gegenübertreten soll, dann Rechnung getragen, wenn sie nur ausnahmsweise zu verdeckten Maßnahmen greift, nämlich dann, wenn offenes Agieren die Aufgabenerfüllung - insbesondere die Bekämpfung der organisierten Kriminalität und des Terrorismus - unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG bzw. des Rechtsstaatsprinzips läge so lange nicht vor, als die Heimlichkeit polizeilicher Notwendigkeit entspricht und nicht Ausdruck der Mißachtung der Persönlichkeit des Betroffenen ist.

Ob mit solchen Restriktionen neue Polizeigesetze geschaffen werden, die den Vorgaben der Verfassung entsprechen und einen annehmbaren Kompromiß zwischen möglichst ungeschmälertem Erhalt von Freiheitsrechten einerseits und Sicherheitsansprüchen andererseits darstellen, mag zweifelhaft bleiben. Das Polizeirecht jeder Epoche muß aber diesen Kompromiß zu Wege bringen. Er wird aber nur gelingen, wenn die Grundwerte Freiheit und Sicherheit im Wege praktischer Konkordanz angemessen berücksichtigt werden. Hinter dem Wert Sicherheit steht keine ominöse Staatsräson, sondern es geht primär um den Schutz der Grundrechte des Bürgers, seinen Anspruch auf Sicherheit als höchstmögliches Freisein von Gefährdung für seine Rechtsgüter. Damit wird keinem Grundrecht aus Sicherheit als "Supergrundrecht" das Wort geredet. Der staatliche Schutzauftrag gegenüber seinen Bürgern, deren Ansprüche auf Schutzgewährung, sind aber keine vernachlässigbaren Größen. Wer nur die Front Polizei - Bürger sieht, die andere Front Straftäter - Opfer ausblendet, kann den Kompromiß nicht herstellen.

die real existierende Kriminalität mit den daraus folgenden Sicherheitsansprüchen des Bürgers muß auch aus der Opferperspektive beurteilt werden. Nur wenn auch diese eingeblendet wird, kann von einem Kompromiß, einem Ausräumen von Freiheit und Sicherheit gesprochen werden.

Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der neuen Eingriffsermächtigungen wird künftig auch davon abhängen, ob sich in der polizeilichen Praxis eine restriktive Gesetzanwendung etabliert, die die Grundrechte der Bürger möglichst schont. Nur dann hat die Polizei den mit den neuen Ermächtigungen eingeräumten Vertrauensvorschuß verdient.

III. Zur Notwendigkeit einer Regelung des "Finalen Rettungsschusses"

1. §§ 32, 34 StGB als Befugnisnormen?

a. Strafrechtliche Rechtfertigungsgründe als Rechtsgrundlage für vom allgemeinen bzw. besonderen Verwaltungsrecht nicht zugelassene Maßnahmen?

Es geht um die Frage, ob und inwieweit Vertreter der Staatsgewalt bei öffentlicher Aufgabenerfüllung allgemeine, auch für den Bürger geltende Rechtfertigungsgründe in Anspruch nehmen können.

Rechtsprechung und ein Teil der Literatur bejahen die Frage unter Hinweis auf den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung. Notwehr bzw. Nothilfe und Notstand sollen der Polizei zum Schutze Dritter und der Allgemeinheit Befugnisse verleihen, die ihr die öffentlich-rechtlichen Spezialregelungen vorenthalten. Die Rechtfertigungswirkung der §§ 32 und 34 StGB könne nicht auf das Strafrecht beschränkt werden, sondern müsse universell gelten. Sei der Beamte gerechtfertigt, so müsse dies auch auf den Staat durchschlagen, weil dieser nicht selbst, sondern eben durch seine Beamten handele.

Mit der als herrschend zu bezeichnenden Meinung ist die gerade geschilderte Auffassung abzulehnen.

Es ist davon auszugehen, daß die Rechtfertigungsgründe des Strafrechts und die Befugnisnormen des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts wesensverschieden sind. Das Strafrecht will individuelles Verhalten unter dem Aspekt der persönlichen Verantwortlichkeit bewerten, während die öffentlich-rechtlichen Ermächtigungsgrundlagen Maßstab für hoheitliche Maßnahmen einer Behörde sind, die zu Rechtseingriffen befugt wird, die ein Bürger gegenüber seinesgleichen niemals vornehmen könnte.

Der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung kann im gegebenen Zusammenhang nicht bemüht werden, da verschiedene Ebenen der Rechtsordnung betroffen sind, ohne daß ein Wertewiderspruch der Teilrechtsordnungen vorläge. Hinzu kommt, daß die §§ 32 und 34 StGB nicht dem Bestimmtheitsgebot genügen, wie das bei Befugnisnormen für Eingriffe in Bürgerrechte als unumgänglich zu fordern ist. Weiter taugen die "Jedermann-Notrechte" zu Notwehr bzw.

Nothilfe und Notstand als Ausnahmeregelungen für Extremsituationen nicht als reguläre Befugnisnormen für den Behördenalltag. Insoweit ist der Schutz von Rechtsgütern der Bürger der ganz normale, selbstverständliche Hauptinhalt der polizeilichen Aufgabe zur Gefahrenabwehr. Schließlich würde unter Verstoß gegen den Grundsatz der Spezialität das einschlägige Polizeirecht - §§ 35 ff. PolG NW, insbesondere §§ 41 und 42 PolG NW - auf kaltem Wege unterlaufen. Dürfte sich Polizei zum Schutze der Bürger bzw. der Allgemeinheit generell auf die "schneidigeren" Notrechtsbestimmungen stützen, so würde das sorgsam abgestufte Gefüge öffentlich-rechtlicher Eingriffsermächtigungen durch die Notrechtsvorbehalte aus den Angeln gehoben, das ganze hochdifferenzierte Gebäude der polizeilichen Bestimmungen über den Schußwaffengebrauch wie ein Kartenhaus zum Einsturz gebracht. Vor allem würden die viel engeren Grenzen des Polizeirechts, das im Gegensatz zum Strafrecht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung keine Proportionalität von verteidigtem und verletzten Rechtsgut kennt, obsolet.

Die straflichen Rechtfertigungsgründe aus §§ 32 und 34 StGB taugen demnach nicht als "Aushilfs"ermächtigungsgrundlagen des Polizeirechts.

b. § 35 Abs. 2 PolG NW als spezialgesetzliche Ausnahme vom Verbot der Heranziehung der §§ 32 und 34 StGB als Ermächtigungsgrundlagen des Polizeirechts?

Gemäß § 35 Abs. 2 PolG NW bleiben die Vorschriften über Notwehr und Notstand unberührt. Daraus könnte man folgern, daß §§ 32 und 34 StGB ins Polizeirecht inkorporiert worden und die polizeilichen Befugnisse über die §§ 35 ff. PolG NW hinaus auf diese Weise ergänzt worden sind. Aus der Formulierung "bleiben unberührt" könnte folgen, daß sich aus § 32 StGB weitergehende Befugnisse zum Schußwaffengebrauch ergeben als nach den polizeirechtlichen Vorschriften und ferner, daß der Polizeibeamte diese Rechte ebenso haben solle wie jedermann.

Gegen diese Auffassung ergeben sich ebenfalls durchschlagende Bedenken. Schon der Wortlaut spricht gegen sie; nach allgemeinem Sprachgebrauch heißt unberührt bleiben, daß etwas bleibt, was es ist, wie es ist und wo es ist. Insoweit käme § 35 Abs. 2 PolG NW keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Wirkung zu. Hier formuliert auch der Musterentwurf eines einheitlichen PolG vom 25. 11.1977 (MEPolG) deutlicher, wenn es in seinem § 35 Abs. 2 heißt, daß die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Vorschriften über Notwehr und Notstand unberührt bleiben. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß ein Polizeibeamter, der seine polizeirechtlichen Befugnisse überschreitet, strafrechtlich nicht belangt werden kann, sofern er sich im Rahmen von Notwehr und Notstand bewegt. Insoweit stellen die Notrechtsvorbehalte der Polizeigesetze nur überflüssige Hinweise auf das Strafrecht dar; letztere haben dann eine strafrechtliche, keine polizeirechtliche Funktion und Dimension. Im Anschluß an die

Begründungen zum MEPolG geht die h.M. davon aus, daß das Strafrecht keine polizeirechtlichen Hoheitsbefugnisse begründet und das Polizeirecht die strafrechtlichen Notrechte - speziell die Nothilfe - nicht verändert. Vielmehr ist polizeiliche Aufgabenwahrnehmung auch in Nothilfe- und Eigennotwehrsituationen immer eine hoheitliche Maßnahme und muß deshalb den verfassungsmäßigen Beschränkungen für hoheitliche Eingriffsbefugnisse unterliegen. Weil der Schutz von Bürgerrechten zum Hauptinhalt des polizeilichen Auftrags zählt, ist die Nothilfe geradezu der Paradefall hoheitlichen polizeilichen Tätigwerdens und muß sich daher als Maßnahme mit Eingriffsqualität auf eine allen rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Befugnisnorm im Polizeirecht gründen.

Insgesamt können daher die Notrechtsvorbehalte - weder unmittelbar aus dem Strafrecht, noch über § 35 Abs. 2 PolG NW als "Brücken"norm - beim polizeilichen Schußwaffengebrauch keine Anwendung finden; die Bestimmungen des Polizeirechts sind vielmehr abschließender Natur.

2. Notwendigkeit einer polizeirechtlichen Regelung

Für den tödlich wirkenden Schuß muß also eine Ermächtigungsgrundlage des öffentlichen Rechts vorhanden sein.

Herangezogen wird § 41 Abs. 2 PolG NW. Diese Regelung entspricht dem § 41 Abs. 2 des MEPolG. Das Land NW, das dem MEPolG fast wortgetreu gefolgt ist, hat die ausdrückliche Regelung des MEPolG zum tödlich wirkenden Schuß nicht übernommen. Der Entwurf GFD Pol sieht ebenfalls keine Regelung vor. Offensichtlich gehen die Entwurfsverfasser davon aus, daß das geltende Polizeirecht (§ 41 Abs. 2) die Rechtsgrundlage für den tödlich wirkenden Schuß vorhält.

a. § 41 Abs. 2 als Befugnisnorm?

Ob diese Bestimmung Ermächtigungsnorm sein kann, ist streitig. Ein Teil der Literatur bejaht den Befugnisnormcharakter und hält die Tötung eines Geiselnahmers als extremste Form der Herbeiführung der Angriffsunfähigkeit für rechtmäßig, sofern er das erforderliche Mittel ist, um den Angreifer sofort angriffsunfähig zu machen. Die gegenteilige Auffassung weist auf die Verwendung des "nur" in § 41 Abs. 2 PolG hin. Daraus folge eine deutliche Beschränkung auf die Ziele der Angriffs- und Fluchtunfähigkeit unter Ausschluß des Zwecks der Tötung. Angriffs- und fluchtunfähig werde eine Person, wenn sie Arme bzw. Beine nicht mehr benutzen könne, was zwangsläufig das Überleben voraussetze.

Selbst wenn man sich der ersten Auffassung anschließt, dürfte die weite Auslegung des Begriffs der Angriffsunfähigkeit auf Bedenken stoßen. Aus den Beratungen des Landtags NW im Jahre 1980 ist in historischer Interpretation

der Schluß zu ziehen, daß die Mehrheit den tödlichen Schuß nicht regeln wollte. Der Bericht des Ausschusses für Innere Verwaltung zeigt, daß für ihn die Regelung des tödlich wirkenden Schusses im MEPolG über das bis dahin geltende Recht hinausging. Deshalb sollte zunächst der Bundesgesetzgeber tätig werden. In der parlamentarischen Debatte hieß es: "SPD und F.D.P. sahen auch keine Notwendigkeit, den tödlich wirkenden Schuß zu regeln, da auch der Wortlaut des Gesetzes jetzt keinen Zweifel daran lassen soll, daß Ziel des Schußwaffengebrauchs nicht mehr als Angriffs- und Fluchtunfähigkeit sein soll" (LT NW-Plenarprotokoll 8/130, 12.3. 1980, S.8832).

b. Möglichkeiten des Gesetzgebers

Bei den Beratungen um das GFD Pol könnte das Parlament zum Ausdruck bringen, daß es die enge Interpretation der Angriffsunfähigkeit in § 41 Abs. 2 nicht mehr aufrechterhält.

Besser ist eine ausdrückliche Regelung, vergleichbar der Regelung in § 41 Abs. 2 Satz 2 ME PolG. In diesem Zusammenhang ist deutlich herauszustellen, daß eine solche Regelung ("Ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist") nicht die Befugnisnorm für den tödlich wirkenden Schuß sein muß, sondern als ermächtigungsbegrenzende Bestimmung qualifiziert werden kann. Ermächtigungsgrundlage ist die allgemeine Bestimmung des § 42 PolG NW für den Schußwaffengebrauch, der in Abs. 1 Nr. 1 denselben gegen Personen erlaubt, um eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben abzuwehren. Der eingefügte Satz 2 eines geänderten § 41 Abs. 2 wäre dann als Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit Begrenzung der allgemeinen Ermächtigungsnorm des § 42 PolG NW.

Der Satz 2 hätte bei dieser Betrachtungsweise nicht den Charakter einer Ermächtigungsgrundlage zum Töten, sondern stellte eine Ausfüllungsnorm des unbestimmten Rechtsbegriffs "Angriffsunfähigkeit" dar.

c. Verfassungsrechtliche Aspekte

Mit der Regelung des tödlich wirkenden Schusses wird nicht die Todesstrafe durch die Hintertür eingeführt; der Schußwaffengebrauch ist keine Maßnahme der Strafverfolgung, sondern ein Akt der Gefahrenabwehr zum Schutz der Geisel.

Der Geiselnnehmer wird auch nicht entrechtet; er kann sein Grundrecht auf Leben nicht verwirken. Der Staat befindet sich indes in einer Pflichtenkollision: Er hat das Leben der Geisel zu schützen und muß gleichzeitig das Grundrecht auf Leben des Geiselnnehmers achten. Bei dieser Kollisionslage

kann maßgeblich abgestellt werden auf den Umstand, daß sich ein bedrohendes und ein bedrohtes Rechtsgut gegenüberstehen, wobei der Geiselnnehmer die volle Bestandsgarantie seiner Grundrechtsposition dadurch wiederherstellen kann, daß er sein Vorhaben aufgibt.

Den gerade beschriebenen Rechtsgüterkonflikt muß der Gesetzgeber entscheiden; er kann ihn nicht der Polizei vor Ort überlassen. Die Nichtregelung des Konflikts muß auch insoweit auf Unverständnis stoßen, als der Entwurf des GFDPol erst an der Schwelle zum Eingriff liegende polizeiliche Maßnahmen wie die schlichte Befragung eines Bürgers mit einer ausdrücklichen Befugnisnorm für regelungsbedürftig hält, während der denkbare massivste Eingriff in Form des tödlich wirkenden Schusses keine Regelung erfährt.

Der in § 41 Abs. 2 eingefügte Satz 2 könnte gegenüber der Regelung des MEPolG restriktiver gefaßt werden, indem als bedrohtes Rechtsgut nur das Leben nennt. Schußwaffengebrauch bliebe bei Geiselnahmen ultima ratio, d.h. er darf erst angewendet werden, wenn Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit abgeprüft worden sind. Die Verhandlungslinie hätte weiterhin als unblutige Lösung Vorrang. Nicht ausgeschlossen wäre auch bei entsprechender Gefahrenprognose die Akzeptanz der Täterforderung. Zur Verfügung stünde aber für den allerletzten Fall eine Rechtsgrundlage, die dafür sorgt, daß der Staat nicht hilflos ist und seinen Beamten die Entscheidung als Privatmann überantworten muß.