

# Haft nach Guantanamo-Prinzipien

---

 juwiss.de/31-2017/

March 15, 2017

von MARTIN HEIDEBACH

**Der Geszentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Polizeirechts enthält grundlegende Änderungen des Rechts der Präventivhaft. Ein Betroffener könnte künftig schon im Falle von – als Kategorie bereits für sich rechtlich fragwürdiger – „drohender Gefahr“ in Gewahrsam genommen werden. Zudem würde die zeitliche Obergrenze für die Haft aus dem Gesetz gestrichen. In Bayern würde damit das Guantanamo-Szenario eintreten: **unbeschränktes Einsperren potentiell gefährlicher Personen.****



Präventivhaft aufgrund nur „drohender Gefahr“ – unvereinbar mit dem Grundgesetz

---

Die Unverhältnismäßigkeit dieser Regelung im Hinblick auf das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG liegt auf der Hand. In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall durch den Richtervorbehalt sichergestellt sei. Das ist im Grunde richtig, vermischt aber die verschiedenen Dimensionen des Grundrechtsschutzes. Materiell schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG den Betroffenen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Erfordernis, die Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung klar zu regeln. Durch den Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 2 GG führt die Verfassung nach dem Prinzip „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ eine zusätzliche Sicherung ein. Wenn aber dem Richter nur vage materiell-rechtliche Vorgaben („drohende Gefahr“) an die Hand gegeben werden und er zugleich dem Druck einer durch Terrorangst verunsicherten Gesellschaft ausgesetzt ist: Wird er einen Antrag auf Präventivhaft wegen drohender Gefahr jemals ablehnen? Und wird er einen Betroffenen, nachdem er ihn einmal einsperren hat lassen – jemals wieder freilassen? Der angesprochene Druck wird bereits durch die Gesetzesbegründung ausgeübt; dort wird die Forderung erhoben: „(B)ei massiven Gefährdungslagen (muss) als ultima ratio künftig aber auch die Ingewahrsamnahme möglich sein“. Ist damit die allgemeine terroristische Bedrohungslage gemeint, die dann ein Vorgehen gegen eine Vielzahl von verdächtigen Personen legitimieren soll?

Natürlich ist es eine der wichtigsten Aufgaben des Staates, zu verhindern, dass Bürger Opfer von Sexualstraftaten oder terroristischen Anschlägen werden. Aber auch Menschen, die ihr Leben in einer Zelle verbringen müssen, obwohl sie niemals eine solche Tat begehen würden, sind Opfer. Diese unbequeme Wahrheit wird oft aus der Betrachtung ausgeklammert. Deshalb ist auch die Argumentation gefährlich, es treffe ja zumindest nicht die völlig Falschen. Das charakteristische an der Gefahrenabwehr ist, dass künftige

Ereignisse verhindert werden sollen. Gefahrenabwehr setzt immer eine Prognose voraus, sie ist eine Wette auf die Zukunft. Denn es lässt sich niemals mit Sicherheit klären, ob ein Betroffener, der in Präventivhaft genommen wird, eine Tat begangen hätte. Ebenso bedenklich ist es, in diesem Zusammenhang von „Gefährdern“ zu sprechen oder – wie in der Gesetzesbegründung – davon, dass die von den Betroffenen „ausgehende Gefahr (...) nach wie vor hoch ist“; mit dieser Begriffswahl wird suggeriert, dass bereits eine konkrete Gefahr vorliege. Das ist aber gerade nicht der Fall, sonst wäre die Erstreckung der Eingriffsbefugnisse in das Vorfeld der konkreten Gefahr nicht notwendig.

## Verfassungswidrigkeit der Streichung der zeitlichen Obergrenze

Ein Verfassungsverstoß wäre schließlich in der Streichung der zeitlichen Obergrenze der Präventivhaft zu sehen. Zwar dürfte das Gericht die Freiheitsentziehung nach Art. 18 Abs. 3 Satz 3 BayPAG in Verbindung mit § 425 Abs. 1 FamFG maximal für ein Jahr anordnen. Die Verfahrensvorschriften des FamFG stehen aber einer unbegrenzten Wiederholung der Anordnung nicht entgegen (§ 425 Abs. 2 und 3 FamFG). § 425 FamFG enthält keine materiell-rechtliche Regelung der zeitlichen Begrenzung von Freiheitsentziehung (wozu der Bundesgesetzgeber bei landesrechtlichen Hafttatbeständen auch keine Kompetenz hätte), sondern lediglich eine verfahrensrechtliche Vorgabe hinsichtlich der erforderlichen Prüfungsintervalle durch einen Richter bei langdauernder Freiheitsentziehung.

In Bezug auf die neue Möglichkeit, Präventivhaft schon bei „drohender Gefahr“ anzuordnen, wird die Unverhältnismäßigkeit durch die fehlende zeitliche Obergrenze zusätzlich unterstrichen. Das Bundesverfassungsgericht betont das „zunehmende Gewicht des Freiheitsanspruchs bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung“ bei längerdauernder Freiheitsentziehung (s. beispielsweise die Entscheidung zur Unterbringung in der Psychiatrie im Fall Mollath). Eine lediglich drohende Gefahr genügt nicht, um den schwerwiegenden Eingriff in das Freiheitsgrundrecht bei langanhaltender Freiheitsentziehung zu rechtfertigen.

Aber auch bei der traditionellen Präventivhaft zur Verhinderung einer konkreten Gefahr ist der Wegfall der zeitlichen Obergrenze verfassungsrechtlich problematisch. Die Frage der zeitlichen Limitierung polizeilicher Freiheitsentziehung wurde schon einmal in den 1990er Jahren diskutiert, als die damaligen 14-Tage-Obergrenzen in Bayern und Sachsen vor den Landesverfassungsgerichten (mit unterschiedlichem Erfolg) angegriffen wurden. In der polizeirechtlichen Literatur wurde damals argumentiert, dass sich aus Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG eine materielle Höchstfrist für Polizeigewahrsam ergebe: Auf der Grundlage allgemeinpolizeilicher Befugnisse dürfe eine Person nur bis Ende des Tages nach dem Ergreifen festgehalten werden. Diese Vorgabe normiere nicht nur den Zeitraum, in dem spätestens der Richter über die Freiheitsentziehung entscheiden müsse, sondern lege zugleich die absolute Obergrenze für rein polizeilichen Gewahrsam fest (z. B. *Lisken*, ZRP 1996, 332 ff.). Über diesen Zeitraum hinausgehender Präventivgewahrsam benötige eine spezielle gesetzliche Grundlage im Besonderen Sicherheitsrecht. Gestützt wird dieses restriktive Verständnis von Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG durch die historische Auslegung. Die besonderen Sicherungsvorschriften in Art. 104 GG resultierten aus den Erfahrungen mit willkürlicher „Schutzhaft“ in der Zeit des Nationalsozialismus; einige der Mitglieder des für das Freiheitsgrundrecht zuständigen Ausschusses im Parlamentarischen Rat waren sogar

selbst in Haft gewesen. Die historische Auslegung spricht deshalb dafür, bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten von Art. 104 Abs. 2 GG stets der Variante den Vorzug zu geben, die die Freiheit stärker absichert. Die Befugnis für einen zeitlich unbegrenzten polizeilichen Gewahrsam verstößt damit gegen Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG.

## Präventivhaft aufgrund nur „drohender Gefahr“ – ebenfalls unvereinbar mit der EMRK

Es ist evident, dass eine Präventivhaft aufgrund nur „drohender Gefahr“ darüber hinaus gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK verstieße. Art. 5 Abs. 1 EMRK ist im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Vorgaben wesentlich strenger als Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Anders als das Grundgesetz enthält Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK einen abschließenden Katalog möglicher legitimer Zwecke, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen können. Zudem hat der EGMR den deutschen Polizeigewahrsam bereits mehrfach skeptisch beurteilt. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich die Präventivhaft allenfalls auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b EMRK stützen. In dem Urteil Ostendorf gegen Deutschland aus dem Jahr 2013 präzisiert der EGMR die daraus folgenden strengen Anforderungen für die Verhängung von polizeilicher Haft zur Verhinderung von Gefahren:

*„Verpflichtung` nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. b (muss) sehr eng eingegrenzt sein (...). Daraus folgt, 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. (...) Zusätzlich muss der Beschwerdeführer im Vorfeld seiner Ingewahrsamnahme die Erfüllung seiner Verpflichtung, den Frieden durch die Nichtbegehung einer spezifischen und konkreten Straftat zu wahren, versäumt haben. In Fällen, in denen es um eine derartige Pflicht geht, reicht es aus, wenn der Beschwerdeführer eindeutige und aktive Schritte unternommen hat, die darauf hindeuten, dass er seine Verpflichtung nicht erfüllen wird.“ (Rn. 93 f.; nichtamtliche Übersetzung des Bundesjustizministeriums)*

Diese konventionsrechtlichen Anforderungen hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile im Sinne seiner Görgülü-Rechtsprechung in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG inkorporiert. Damit sind alle staatlichen Stellen, einschließlich der Bayerischen Staatsregierung und dem Bayerischen Landtag, gehalten, die restriktiven Vorgaben des EGMR für Präventivhaft zu befolgen. Die Definition der „drohenden Gefahr“ im neuen Art. 11 Abs. 3 BayPAG erfüllt diese Anforderungen nicht, denn weder Ort, noch Zeitpunkt, noch potenzielle Opfer einer bevorstehenden Straftat sind in diesem Fall hinreichend konkretisiert.

In der Entscheidung A. gegen Vereinigtes Königreich aus dem Jahr 2009 hat sich der EGMR zudem bereits mit der spezifischen Frage einer zeitlich unbegrenzten Freiheitsentziehung für Terrorverdächtige auseinandergesetzt. Dort erklärt der Gerichtshof diese Vorgehensweise ausdrücklich für mit Art. 5 Abs. 1 EMRK unvereinbar, weil sich hierfür in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK kein zulässiger Rechtfertigungsgrund finden lässt:

*„The Court does not accept the Government’s argument that Article 5 § 1 permits a balance to be struck between the individual’s right to liberty and the State’s interest in protecting its population from terrorist threat. This argument is inconsistent not only with the Court’s jurisprudence under sub-paragraph (f) but also with the principle that sub-paragraphs (a) to (f) amount to an exhaustive list of exceptions and that only a narrow interpretation of these exceptions is compatible with the aims of Article 5.” (Rn. 171)*

Es ist deshalb insgesamt vollkommen schleierhaft, wie die Gesetzesbegründung zu der Behauptung gelangt, der Gesetzesvorschlag sei „im Sinne der Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG“. Im Gegenteil: Der Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK läge auf der Hand.

## Fazit: Dieser Gesetzesvorschlag trägt zur Erosion des Rechtsstaats bei

---

Vor einigen Jahren hätte man nicht für möglich gehalten, in welchem Umfang als irreversibel angesehene Errungenschaften der westlichen Nachkriegsordnung (Demokratie, Menschenrechte, Gleichberechtigung von Mann und Frau, Rechtsstaatlichkeit etc.) sogar in einigen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in Frage gestellt werden. Mit diesem Gesetzesentwurf trägt die Bayerische Staatsregierung zur Erosion des Rechtsstaats bei. Allein die Tatsache, dass ein solcher Vorschlag gemacht wird, ist deshalb ein verheerendes Signal. Dass die Aufregung darüber bislang verhalten ausgefallen ist, ist ebenfalls ein beunruhigendes Zeichen der Zeit.

Der Vorschlag ist derzeit in der Verbändeanhörung. Falls er unverändert in den Bayerischen Landtag eingebracht wird (was zu befürchten ist), bleibt zu hoffen, dass das Parlament seiner Pflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 Bayerische Verfassung nachkommt und diesen verfassungs- und konventionswidrigen Gesetzesvorschlag nicht annimmt.

***Dieser Beitrag ist in leicht modifizierter Form auch beim Bayerischen Rechts- und Verwaltungsreport (bayrvr.de) erschienen.***