

Abstrakte Gefahr als Eingriffsvoraussetzung

 juwiss.de/30-2017/

March 14, 2017

von MARTIN HEIDEBACH

Zwei der rechtsstaatlichen Kernsätze des Polizeirechts lauten: Der Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis ist unzulässig und Eingriffe in die Grundrechte der Bürger erfordern (zumindest im Regelfall) eine konkrete Gefahr. Wird der am 21. Februar veröffentlichte Vorschlag der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Polizeirechts Gesetz, dann gelten diese beiden Kernsätze in Bayern nicht mehr. Im folgenden Beitrag wird begründet, weshalb die Einführung einer neuen Kategorie der „drohenden Gefahr“ in der Form des Gesetzentwurfs mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Die Verfassungs- und Konventionswidrigkeit der neu ausgestalteten Präventivhaft wird dann in einem weiteren Beitrag behandelt.



Die neue Kategorie der „drohenden Gefahr“

Der Gesetzentwurf enthält eine Vielzahl an Neuerungen und Erweiterungen polizeilicher Befugnisse. Nicht eingegangen werden soll hier auf die viel diskutierte Rechtsgrundlage für die elektronische Fußfessel und die zusätzlichen Möglichkeiten der Datenerhebung. In den Blick genommen wird vielmehr die neue Kategorie der „drohenden Gefahr“.

Definiert wird die „drohende Gefahr“ in einem neuen Absatz, der der bestehenden polizeilichen Generalklausel angefügt wird (Art. 11 Abs. 3 BayPAG):

„Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr auch treffen, wenn im Einzelfall

- 1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, oder*
- 2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen,*

dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung entsteht (drohende Gefahr), (...).“

Bei einer solchen drohenden Gefahr sind nicht nur atypische Maßnahmen auf der Grundlage der Generalklausel möglich; praktisch alle Standardbefugnisse werden um dieses Tatbestandsmerkmal ergänzt. Bei „drohender Gefahr“ soll die Polizei auch die Befugnisse haben für die Identitätsfeststellung, die erkennungsdienstlichen Maßnahmen, den Platzverweis, die neu in das Gesetz aufgenommenen Maßnahmen des dauerhaften Aufenthalts- und Kontaktverbots für einen Zeitraum bis zu sechs Monaten sowie die

Durchsuchung. Darüber hinaus soll die drohende Gefahr für den Präventivgewahrsam genügen. Für diesen besonders schwerwiegenden Eingriff muss sich die drohende Gefahr auf einen Katalog konkret benannter Rechtsgüter beziehen; ausreichend für den Präventivgewahrsam ist allerdings schon die drohende Gefahr für „Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhalt im öffentlichen Interesse geboten erscheint.“ Maßnahmen wie die Identitätsfeststellung können bereits dann angeordnet werden, wenn die Gefahr der „Begehung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder Straftaten“ droht.

Nach dem Gesetzesvorschlag soll der Polizei damit schon bei lediglich drohender Gefahr praktisch das gesamte Befugnis-Arsenal zur Verfügung stehen. Der Verstoß dieser Regelung gegen die Grundrechte des Grundgesetzes ist offensichtlich.

Terminologie ist irreführend

Zunächst ist die irreführende Terminologie des Gesetzentwurfs zu erläutern: „Drohende Gefahr“ klingt fast gefährlicher als „konkrete Gefahr“. Gemeint ist aber ein Sachverhalt, in dem gerade noch keine konkrete Gefahr zu erkennen ist. Es geht also darum, die polizeilichen Befugnisse in das Vorfeld einer konkreten Gefahr auszudehnen. Nach der bisherigen polizeilichen Dogmatik wird grundlegend zwischen abstrakter Gefahr und konkreter Gefahr differenziert. Der zentrale Unterschied liegt darin: Bei der konkreten Gefahr ist damit zu rechnen, dass ein bestimmter Schaden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit eintreten wird; zur Verhinderung solcher konkreter Gefahren sind der Polizei Grundrechtseingriffe auf Basis der Standardbefugnisse oder der Generalklausel erlaubt. Eine abstrakte Gefahr ist hingegen bereits dann anzunehmen, wenn sich aus einer Sachlage nach allgemeiner Lebenserfahrung konkrete Gefahren ergeben können. Abstrakte Gefahren genügen in der Regel nicht, um in die Grundrechte eingreifende Einzelmaßnahmen zu rechtfertigen; derartige Gefahrenlagen führen lediglich zur Zuständigkeit der Polizei. Abgesehen von Sonderbereichen wie der Gefahraufklärung ist im Hinblick auf die eigentliche Gefahrenabwehr bislang die Dichotomie von konkreter und abstrakter Gefahr völlig anerkannt. Die neu eingeführte „drohende Gefahr“ lässt sich deshalb nur als eine Form der abstrakten Gefahr einordnen. Damit verwirft der Gesetzesvorschlag den ehernen Grundsatz, dass aus der polizeilichen Aufgabe nicht schon die Befugnis für Grundrechtseingriffe folgt.

Massive Verschiebung der Tektonik Freiheit – Sicherheit

Diese Änderung der polizeilichen Generalklausel würde deshalb zu einer massiven Verschiebung der Tektonik von Freiheit und Sicherheit führen – zulasten der Freiheit. Eingriffe in die Grundrechte durch die Polizei wären in Bayern nicht mehr – wie bisher in der Regel – nur unter den dogmatisch gesicherten Voraussetzungen einer konkreten Gefahr zulässig, sondern allgemein schon im Fall einer vage definierten Form der abstrakten Gefahr. Die Gesetzesbegründung grenzt an dieser Stelle an Neusprech, wenn es heißt, es handle sich um eine „moderate, von den Voraussetzungen her eng begrenzte Arrondierung des polizeilichen Gefahrenbegriffs“.

Angesichts dieser verharmlosenden Worte ist noch einmal ins Gedächtnis zu rufen, dass es hier nicht um ein Spiel mit Begriffen und Kategorien geht, die beliebig austauschbar sind. Vielmehr ist die Abwehr einer konkreten Gefahr der legitime Zweck, der einen Grundrechtseingriff im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigen kann. Im Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit ist die konkrete Gefahr der Grund, weshalb in einer bestimmten Situation die grundrechtlich geschützte Freiheit zugunsten der Sicherheit zurücktreten muss; im Übrigen genießt aber die Freiheit Vorrang. Eine solche einigermaßen klar definierte Schwelle für Grundrechtseingriffe ist eine wertvolle rechtsstaatliche Errungenschaft.

Aufgabe wird zur Befugnis

Auf das damit zusammenhängende Gebot klar definierter gesetzlicher Spezialermächtigungen war man in Bayern übrigens immer besonders stolz; den Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis hielt man eher für eine preußische Erfindung. Die Ablehnung des „preußischen Modells“ geht sogar so weit, dass in Bayern teilweise immer noch ein eigenständiger „Bayerischer Prüfungsaufbau“ im Polizeirecht vertreten wird, aus dem die Trennung von Aufgabe und Befugnis besonders deutlich hervorgeht (dieser Aufbau ist freilich überholt, weil sich die Unterscheidung in Zuständigkeit und Rechtsgrundlage heute im allgemeinen Prüfungsaufbau widerspiegelt). Die Verwässerung der begrenzenden Funktion der Befugnisnormen durch die Einführung der Kategorie der „drohenden Gefahr“ ist damit ein klarer Bruch mit einer bayerischen rechtsstaatlichen Tradition, die sich bis zum Polizeistrafbuch des Jahres 1861 zurückverfolgen lässt.

Gesetzesbegründung beruft sich zu Unrecht auf das Bundesverfassungsgericht

Eine geradezu dreiste Irreführung ist es, dass die Gesetzesbegründung behauptet, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz aus dem Jahr 2016 legitimiere diese Neuregelung. Die entscheidende Passage des Urteils, auf die sich die Gesetzesbegründung beruft, lautet:

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.“ (Rn. 112)

Selbst bei isolierter Betrachtung tragen diese Aussagen die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen nicht. Vielmehr ergibt sich daraus, dass Grundrechtseingriffe im Regelfall eine konkrete Gefahr voraussetzen, der Gesetzgeber aber ausnahmsweise von diesem „tradierten sicherheitsrechtlichen Modell“ abrücken darf. Keinesfalls kann man aus den Worten des Bundesverfassungsgerichts schließen, der Polizei dürften praktisch alle Befugnisse im Vorfeld einer konkreten Gefahr zur Verfügung gestellt werden.

Absenkung der Eingriffsschwelle nur bei *Überwachungsmaßnahmen* und *terroristischen Gefahren*

Bestätigt wird dieses Verständnis des BKA-Urteils, wenn man die Aussagen – anders als die Gesetzesbegründung – im Zusammenhang liest; in derselben Randnummer heißt es nämlich etwas später:

„In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“

Das Bundesverfassungsgericht hat also lediglich entschieden, dass die Absenkung der Gefahrenschwelle für *Überwachungsmaßnahmen* zulässig sein kann. In der traditionellen polizeirechtlichen Diktion kann man diese Maßnahmen auch als *Gefahrerforschungseingriffe* bezeichnen. Genuin *gefahrenabwehrrechtliche* Maßnahmen wie Platzverweis, Sicherstellung oder Präventivhaft dienen nicht der Gefahraufklärung. Eine verfassungsrechtliche Billigung der Absenkung der Gefahrenschwelle für diese Maßnahmen ist dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz nicht zu entnehmen. Im Übrigen ist auch fragwürdig, ob die Identitätsfeststellung eine reine Überwachungsmaßnahme in diesem Sinne ist. Die Gesetzesbegründung betont vor allem deren abschreckende Wirkung:

„Die Identitätsfeststellung erweist sich in der Praxis als äußerst wirksames Instrument der polizeilichen Gefahrenabwehr, nachdem von der Verwirklichung gefährlicher Handlungen in der Regel bereits dann Abstand genommen wird, wenn die handelnde Person weiß, dass ihre Identität der Polizei bekannt ist.“

Abgesehen davon ist darauf hinzuweisen, dass es im BKA-Urteil um die Bekämpfung von Terrorismus ging. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet es als Besonderheit der Entscheidung, „dass es sich nicht um Normen handelt, die in ihrer Eingriffswirkung mit großer Streubreite gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen.“ (Rn. 101) Dem bayerischen Gesetzesvorschlag ist hingegen keine Begrenzung auf drohende terroristische Gefahren zu entnehmen. Für die Identitätsfeststellung, die wie beschrieben nach der Vorstellung der Gesetzesbegründung auch einen Abschreckungseffekt erzeugen soll, genügt bereits die drohende Gefahr „der Begehung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder Straftaten“. Auf dieser Rechtsgrundlage könnte man beispielsweise jeden Samstag in den bayerischen Fußballstadien die Identität aller Ultra-Fußballfans feststellen; das „individuelle Verhalten“ (= die Zugehörigkeit zur Ultra-Bewegung) dürfte eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Begehung von Straftaten wie Beleidigung oder Körperverletzung indizieren.

Für die Präventivhaft ist der Katalog der Rechtsgüter, für die eine drohende Gefahr bestehen muss, zwar enger gefasst; dazu gehört aber auch die sexuelle Selbstbestimmung. Bislang ist nicht bekannt, dass – jedenfalls in Deutschland – Terroristen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung planen. Allerdings besteht die weit verbreitete Meinung, dass Menschen, die in der Vergangenheit bestimmte Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung begangen haben, dazu neigen, ihre Taten in der Zukunft zu

wiederholen. Hier könnte dann die zeitlich unbegrenzte Präventivhaft zur Anwendung kommen. Zynisch könnte man sagen, dass die Bayerische Staatsregierung eine alte Forderung des damaligen Bundeskanzlers Gerhard Schröder aufgreift: „Sexualstraftäter wegschließen – und zwar für immer“.

Gesetzesvorschlag verfassungswidrig

Hätte sich die Bayerische Staatsregierung tatsächlich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinander gesetzt, so hätte man von den Änderungsvorschlägen Abstand nehmen müssen: Das Bundesverfassungsgericht hat sich in den Jahren nach 9/11 in einer ganzen Reihe von Entscheidungen als Verteidiger der Freiheitsrechte erwiesen. Übergriffigem Verhalten durch sicherheitspolitisch motivierte Eingriffsmaßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht stets deutliche Grenzen gesetzt (z. B. in den Entscheidungen Präventive Telekommunikationsüberwachung, Rasterfahndung, Kontostammdaten, Online-Durchsuchung, Kfz-Kennzeichenerfassung, Vorratsdatenspeicherung). Es ist ausgeschlossen, dass der bayerische Gesetzgeber mit dem dargestellten Gesetzesvorschlag in Karlsruhe durchkommen würde, es sei denn, das Bundesverfassungsgericht würde seine Rechtsprechung fundamental ändern (wofür es keine Anhaltspunkte gibt).

Die Verfassungs- und Konventionswidrigkeit der neu ausgestalteten Präventivhaft wird in einem weiteren Beitrag behandelt. Dieser Beitrag ist in leicht modifizierter Form auch beim Bayerischen Rechts- und Verwaltungsreport (bayrvr.de) erschienen.