



Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

97070 Würzburg
Domerschulstraße 16
Telefon: (0931) 31-8 82335
E-Mail: Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de
Sekretariat: E. Fickenscher

Würzburg, den 10.5.2017

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen
(LT-Drs. 17/16299)**

I. Ausgangssituation

Ausgehend von der zutreffenden Erkenntnis, dass die öffentliche Sicherheit in immer stärkerem Umfang durch terroristische Taten gefährdet ist, bedarf es vor allem rechtlicher Instrumente, um im Vorfeld von Gefahren auch dann bereits tätig zu werden und um auf diese Weise mit präventivpolizeilichen Mitteln auf die unbestreitbare Bedrohungslage reagieren zu können.

Vor diesem Hintergrund hat die Bayerische Staatsregierung einen Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vorgelegt,

- LT-Drs. 17/16299 vom 4.4.2017 -

der die polizeilichen Befugnisse zur Überwachung der von Seiten der Sicherheitsbehörden als gefährlich eingeschätzten Personen, insbesondere sog. „Gefährder“, insbesondere aus dem terroristischen und extremistischen Spektrum, normiert. Dabei stehen – neben der Einführung der sog. „drohenden Gefahr“ als zusätzlicher Gefahrenbegriffskategorie – in Sonderheit die Einführung einer präventivpolizeilichen elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ bzw. „elektronische Fußfessel“) sowie die Aufhebung der bisherigen Höchstfrist von zwei Wochen für die Dauer des Präventivgewahrsams im Zentrum des Interesses.

II. Entscheidungsvorschlag

Der Gesetzentwurf der Staatsregierung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und sollte daher in der vorliegenden Form vom Landtag verabschiedet werden.

III. Begründung

1. Vorbemerkung

Mit dem hier vorliegenden Gesetzentwurf wahrt der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise die Balance von Freiheit und Sicherheit,

- vgl. dazu ausführlich *Isensee*, Freiheit und innere Sicherheit, in: Schwarz (Hrsg.), 10 Jahre 11. September – Die Rechtsordnung im Zeitalter des Ungewissen, 2012, S. 9 ff.; *Schwarz*, Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat, in: Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 29 ff. -

die maßgeblich auch durch die Aussage geprägt wird, dass das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer den vorrangigen Schutz des Staates verdient.

- ausführlich *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (211 f.) -

Der Sache nach geht es bei der Novellierung des BayPAG um Freiheitsgewährleistung durch Freiheitsbeschränkung.

- vgl. grundlegend BVerfGE 49, 23 (56 f.): *„Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlichen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“* -

Vor diesem Hintergrund billigt auch das Bundesverfassungsgericht der zu gewährleistenden Sicherheit der Bevölkerung den gleichen Rang zu wie anderen hochwertigen Verfassungsgütern.

- BVerfGE 49, 24 (46 f.); 115, 320 (346, 357); 120, 274 (319); 133, 277 (333); zuletzt auch BVerfG, Ur. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

Dies gilt umso mehr angesichts einer veränderten Bedrohungslage und einer veränderten Bedrohungsqualität; der Staat ist zur Risikovorsorge und Risikominimierung verpflichtet.

- zum verfassungsrechtlichen „...Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge...“ vgl. nur BVerfGE 49, 89 (139). -

Insoweit ist der Schutz der Bevölkerung im Vorfeld vor der Begehung schwerster Straftaten ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Wer dem Staat präventive Mittel – und dies erfasst auch Vorfeldmaßnahmen – aus der „grundrechtsgebundenen“ Hand nehmen will, läuft Gefahr, den Staat und die Gemeinschaft der rechtstreuen Bürger wehrlos gegenüber Bedrohungen zu machen, die die Werte einer freiheitlich verfassten Gemeinschaft gerade negieren.

Vor diesem Hintergrund begegnet aber auch eine sachgerechte und aus gegebenem Anlass gebotene Änderung polizeilicher Befugnisse keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

- BVerfGE 115, 320 (360): „Die Verfassung hindert den Gesetzgeber nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen (...) auf der Grundlage einer seiner Prärogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln. Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.“ -

2. Der Begriff der „drohenden“ Gefahr

Der Gesetzgeber hat mit der Kategorie der „drohenden“ Gefahr in Art. 11 Abs. 3 BayPAG-E eine – an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelehnte und damit verfassungsrechtlich frei von Bedenken – Vorverlagerung in das Gefahrenvorfeld vorgenommen. Dies trägt dem Gedanken Rechnung, dass regelmäßig bei „Gefährdern“ gerade nicht von einer konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts ausgegangen werden kann, gleichwohl aber auch bei drohenden Gefahren im Vorfeld konkreter Gefahren die Notwendigkeit zu polizeilichen Maßnahmen gegeben sein kann.

Wenngleich präventiv-polizeiliches Handeln auf der Grundlage der Generalklausel bislang an das Vorliegen einer konkreten Gefahr gebunden war und das Gefahrenvorfeld gerade nicht pauschal erfasst wurde, so ändert der Gesetzentwurf dies in grundlegender, aber verfassungskonformer, Weise. Dies folgt vor allem aus dem Umstand, dass Art. 11 Abs. 3 BayPAG-E die Polizei nicht etwa zu den gleichen Maßnahmen ermächtigt, wie dies auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 1 und 2 BayPAG möglich wäre; vielmehr kann die Polizei bei einer drohenden Gefahr die notwendigen Maßnahmen treffen, „um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr (...) zu verhindern.“ Im Ergebnis wird daher die Generalklausel nicht etwa auf das Gefahrenvorfeld erstreckt; vielmehr erfährt die Generalklausel eine Ergänzung für eine bestimmte Fallgestaltung und erweist sich damit für die genannten Anwendungsbereiche als speziellere und zugleich auch engere Vorschrift.

Der Gesetzgeber hat zudem die Anwendung der Eingriffsbefugnis nicht bei allen denkbaren drohenden Gefahren normiert; vielmehr wird nach dem betroffenen Rechtsgut einerseits (bedeutende Rechtsgüter im Sinne von Satz 2) und nach der Begehungsart andererseits (Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung) differenziert. Auch die Auswahl der Rechtsgüter begegnet keinen Bedenken, da anders als bei heimlichen – und eingriffsintensiven – Überwachungsmaßnahmen auch offene Maßnahmen von der Generalklausel erfasst werden.

Mit dem Gesetzentwurf wird zum einen zu Maßnahmen der bloßen „Gefahraufklärung“, also zu informativen Maßnahmen ohne eingriffsintensiven Eingriff in einen Kausalverlauf ermächtigt. Dies

ist rechtsstaatlich nicht zu beanstanden; vielmehr ist eine solche Regelung geboten, da eine effektive Gefahrenabwehr eine entsprechende Gefahrenaufklärung geradezu voraussetzt, um so eine Prognoseentscheidung über eine Gefahrenlage überhaupt erst zu ermöglichen.

Soweit der Gesetzentwurf dagegen auch gestattet, die Entstehung einer Gefahr zu verhindern und damit in einen potentiell schadensträchtigen Kausalverlauf eingegriffen werden kann, ist dies nicht unproblematisch, da grundsätzlich solche Eingriffe erst ab dem Vorliegen einer konkreten Gefahr zulässig sind. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum BKAG eine drohende Gefahr nur bei Maßnahmen der Gefahrenaufklärung als zulässig angesehen hat, nicht aber auch Kausalverlaufseingriffe für zulässig erachtet hat, so betritt der Gesetzgeber hier zumindest Neuland. Indes sind auch diese aktionellen Maßnahmen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da sie von Verfassungs wegen zu rechtfertigen sind. Gerade in Ansehung der in Bezug genommenen Rechtsgüter erscheint es befremdlich – und auch realitätsfern – im Gefahrenvorfeld nur die Gefahrerforschung zu gestatten, dann aber bis zur konkreten Gefahr warten zu müssen, um aktionelle Handlungsbefugnisse in Anspruch nehmen zu können. Dementsprechend wird eine Berufung auf die Generalklausel dann zulässig sein, wenn aktionelle Maßnahmen tatsächlich erforderlich sind, um den Schutzauftrag zu erfüllen. Sind also für sich genommen Gefahrenaufklärungsmaßnahmen im Vorfeld nicht ausreichend, darf subsidiär auch im Vorfeld in Kausalverläufe eingegriffen werden.

3. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung

Die in Art. 32a BayPAG-E geregelte elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) begegnet, auch soweit sie an das Vorliegen einer drohenden Gefahr anknüpft, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, handelt es sich doch um ein prinzipiell geeignetes und verhältnismäßiges Mittel. Dies gilt in Sonderheit im Vergleich zu einer doch deutlich eingriffsintensiveren Dauerobservation. Im Übrigen hat der Gesetzgeber eine Vielzahl flankierender Regelungen getroffen, die einen Grundrechtsschutz durch Verfahren hinlänglich gewährleisten.

Mit der Möglichkeit der EAÜ für „Gefährder“, die eine nicht unerhebliche Gefahr aufgrund ihres „kriminellen Potentials“ darstellen, trägt der Gesetzgeber dem Gedanken Rechnung, dass auch das Polizeirecht ein Seismograph für Veränderungen der politischen Wirklichkeit ist. Vor diesem Hintergrund ist der Einsatz einer EAÜ auch Konsequenz des Umstandes, dass der Gesetzgeber nicht auf die einem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechenden Eingriffsbefugnisse beschränkt ist. Die gesetzliche Regelung erweist sich damit als eine sachgerechte Abwägung zwischen Schutzanspruch und Eingriffsintensität. Sie ist eine Mindermaßnahme gegenüber der im Einzelfall auch zulässigen präventiven Ingewahrsamnahme.

4. Die Dauer des Gewahrsams

Mit der in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayPAG-E geregelten Möglichkeit der Ingewahrsamnahme aus präventiven Gründen als „ultima ratio“ handelt es sich zwar um einen Eingriff von erheblicher Intensität. Indes ist dieser Eingriff auch zur Abwehr einer „drohenden“ Gefahr statthaft. Allerdings erscheint es gerade im Gefahrenvorfeld aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, den Gewahrsam erst dann als Mittel präventivpolizeilichen Handelns einzusetzen, wenn Überwachungsmaßnahmen, Aufenthaltsanordnungen sowie eine EAÜ, bei deren Nichtbeachtung eine Ingewahrsamnahme dann auch möglich ist, sich als nicht ausreichend erweisen, um einen gravierenden Schaden für die in Bezug genommenen Rechtsgüter zu verhindern.

Auch die im Gesetzentwurf (Art. 20 Nr. 3 BayPAG-E) nunmehr vorgesehene Begrenzung der Ingewahrsamnahme auf drei Monate mit der Möglichkeit der wiederholten Anordnung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, bringt der Gesetzgeber damit doch zum Ausdruck, dass auch bei nicht akuten Gefahrenlagen gleichwohl ein entsprechendes Bedürfnis bestehen kann. Im Übrigen ist eine Höchstgrenze verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.

- vgl. nur *Lindner*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., 2017, Art. 102, Rdnr. 33; ausführlich zum Problem staatlicher Schutzpflichten in diesem Kontext auch *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl., 2014, Art. 20 Rdnr. 19 -

Allerdings bedarf es einer strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die mit Fortdauer der Ingewahrsamnahme gesteigerten Anforderungen unterliegt, wie dies aber auch bei der Untersuchungshaft mit periodischen Überprüfungen nach Maßgabe von § 121 StPO vorgeschrieben ist. Vor diesem Hintergrund steht auch keine Präventiv-Haft als Umkehr der Unschuldsvermutung in Rede; es handelt sich um einen auf einen engen Anwendungsbereich bezogene Maßnahme, die auch den Anforderungen der Rechtsprechung an präventive Haft

- *BVerfG*, NVwZ 2016, 1079; *EGMR*, NVwZ 2014, 43 ff. -

genügen dürfte, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen entsprechend restriktiv ausgelegt werden.

- so auch in der Bewertung *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (59) -

gez. Kyrill-A. Schwarz