



Ausarbeitung

Herabsenkung der polizeirechtlichen Eingriffsschwelle

Herabsenkung der polizeirechtlichen Eingriffsschwelle

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 336/18
Abschluss der Arbeit: 2. Oktober 2018
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Fragestellung und Vorbemerkung¹

Die vorliegende Ausarbeitung thematisiert die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung im Bundespolizeigesetz, die bei verschiedenen polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen die Eingriffsschwelle vom „Vorliegen einer Gefahr“ auf das „Vorliegen einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ herabsetzt. Geprüft werden soll also, ob eine solche Herabsenkung der Eingriffsschwelle, wie sie etwa der bayerische Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 3 des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG) eingeführt hat, auch im Bundespolizeigesetz Eingang finden könnte. Dazu ist anzumerken, dass die nachfolgenden Ausführungen keine Aussage über die Verfassungsmäßigkeit der aufgeführten landesrechtlichen Regelungen beinhalten. Deren Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben ist derzeit teilweise Gegenstand von verfassungsgerichtlichen Verfahren.² Eine Klärung der in diesen Verfahren aufgeworfenen Rechtsfragen obliegt ausschließlich den angerufenen Gerichten.

2. Regelung einer sog. „drohenden Gefahr“ als Eingriffsgrundlage

Die sog. „drohende Gefahr“ als Eingriffsgrundlage stellt im polizeirechtlichen Regelungsgefüge in zweifacher Hinsicht eine Neuerung dar. Sie modifiziert, bzw. erweitert einerseits den polizeirechtlichen Gefahrenbegriff und führt andererseits zu einem erweiterten Anwendungsbereich der polizeirechtlichen Generalklausel bzw. der speziellen Eingriffsbefugnisse.³

2.1. Musterregelung

Die hier als Vorbild für eine Aufnahme in das Bundespolizeigesetz dienende Regelung in Art. 11 Abs. 3 BayPAG lautet wie folgt:

„Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, 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 Geschehen zulassen,

1 Die folgenden Ausführungen basieren auf der Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste „Einzelfragen zu einem bundesweiten Musterpolizeigesetz“, WD 3 - 3000 - 202/18, S. 3-7.

2 Vgl. Bayerischer Landtag, Drs. 17/18653; darüber hinaus beabsichtigen die Abgeordneten von FDP, Bündnis 90/DIE GRÜNEN und der Partei DIE LINKE im Deutschen Bundestag die Durchführung einer abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht. Vgl. hierzu etwa die Medienberichterstattung: <https://www.mdr.de/nachrichten/politik/inland/gruene-linke-fdp-klagen-gegen-bayerisches-polizeigesetz-100.html> (Stand: 28.09.2018).

3 Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018 S. 156 (157).

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

Bedeutende Rechtsgüter sind:

1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,
2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,
3. die sexuelle Selbstbestimmung,
4. erhebliche Eigentumspositionen oder
5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.“⁴

2.2. Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im BKA-Urteil

Der bayerische Gesetzgeber stützt die Regelung ausdrücklich auf Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im sog. BKA-Urteil.⁵ In dieser Entscheidung räumte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber hinsichtlich der Bekämpfung des internationalen Terrorismus die Möglichkeit ein, auch Eingriffsbefugnisse jenseits des tradierten polizeirechtlichen Instrumentariums zu schaffen. Hierzu führte es aus:

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungen 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. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen (vgl. BVerfGE 110, 33 <56 f., 61>; 113, 348 <377 f.>). Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die

4 Vgl. umfassend zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen: Waechter, NVwZ 2018, 458 ff.

5 Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, S. 9.

Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (BVerfGE 120, 274 <328 f.>; 125, 260 <330 f.>). 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. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“⁶

Das Bundesverfassungsgericht hält es in seiner Entscheidung für zulässig, bestimmte „Überwachungsmaßnahmen“ auf das Vorliegen einer drohenden Gefahrenlage zu stützen, wenn die weiteren in den Ausführungen genannten Voraussetzungen vorliegen. Es genügt hierfür, wenn die Prognose der Untersuchungsbehörden ihre Grundlage im individuellen Verhalten eines Gefährders findet. Kennzeichen der drohenden Gefahr sind hiernach (1) die Möglichkeit eines Schadens für überragend wichtige Rechtsgüter, (2) Tatsachen als Prognosegrundlage, (3) die Erkennbarkeit eines Geschehens, das „seiner Art nach“ konkretisierbar und zeitlich absehbar ist oder eine konkrete Wahrscheinlichkeit allgemeiner Tatbegehung aufgrund individuellen Verhaltens einer bestimmten Person und (4) eine „weitgehende“ personelle Beschränkung auf bestimmte Zielpersonen.⁷

Ob die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts vollständig die Aufnahme der oben dargestellten Regelung in das Bundespolizeigesetz tragen könnten, erscheint zweifelhaft. Zwischen einer möglichen zu schaffenden Eingriffsgrundlage und den verfassungsgerichtlichen Ausführungen bestehen neben vielen übereinstimmenden Punkten auch deutliche Unterschiede. So betraf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Regelungen des BKA-Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus.⁸ Eine Aufnahme der „drohenden Gefahr“ in das allgemeine Polizeirecht schafft hingegen eine sachlich deutliche Ausweitung der polizeilichen Befugnisse, die über die Bekämpfung von Terrorismus hinausgehen. Darüber hinaus ist den verfassungsgerichtlichen Ausführungen ausdrücklich nur zu entnehmen, dass „Überwachungsmaßnahmen“ auf eine drohende Gefahr gestützt werden können. Eine Erweiterung der Generalklausel oder spezieller polizeirechtlicher Eingriffsgrundlagen um den Begriff der „drohenden Gefahr“ würde aber nicht ausschließlich neue Überwachungsbefugnisse schaffen, sondern auch die Grundlage für polizeiliche Eingriffe bilden. So ermächtigt die oben genannte Regelung ausdrücklich auch zu Maßnahmen, die die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut verhindern sollen. Weiter würden die Auswirkungen einer Herabsenkung der Eingriffsschwelle sogar reichen, wenn auch die speziellen polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse nur noch vom Bestehen einer drohenden Gefahr abhängen würden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Erweiterung der Eingriffsbefugnisse mit höherrangigem Recht in Einklang gebracht werden könnte.

6 BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, juris Rn. 112.

7 Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018 S. 677 (680).

8 Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018 S. 156.

2.3. Ausdehnung polizeilicher Eingriffsbefugnisse auf drohende Gefahrenlagen

Neben einer Ausdehnung des Anwendungsbereiches der oben zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf Maßnahmen der Aufklärung würde eine entsprechende Regelung auch zu einer erheblichen Vorverlagerung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse führen. Die bisherigen polizeirechtlichen Vorgaben erlauben einen Einsatz von Zwangsmitteln nur, wenn eine konkrete Gefahrenlage besteht. Im Vorfeld einer solchen Gefahrenlage sind zwar auch Befugnisse der Polizei vorgesehen, diese beschränken sich bisher jedoch auf Gefahrerforschungseingriffe bzw. auf Maßnahmen der Sachverhaltsaufklärung.⁹ Erst wenn sich im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung eine konkrete Gefahrenlage zeigt, kann die Polizei Zwangsmaßnahmen ergreifen. Mit dieser Systematik würde die oben dargestellte Regelung bzw. eine entsprechende Erweiterung der speziellen Eingriffsbefugnisse brechen, indem sie auch im Vorfeld einer Gefahr bei einer „drohenden Gefahr“ Zwangsmaßnahmen erlauben würde.

2.4. Meinungsstand in der Literatur

Ob die dargestellte Ausdehnung der polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse auf „drohende Gefahren“ mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang gebracht werden kann, ist in der juristischen Literatur umstritten. Eine vollständige Abbildung sämtlicher Rechtspositionen kann hier nicht erfolgen. Die verfassungsrechtliche Problematik wird deutlich, wenn man den vielfältigen Meinungskanon zu aktuell laufenden Gesetzgebungsverfahren in den Ländern betrachtet.¹⁰ Auch zur oben dargestellten bayerischen Regelung existiert ein vielstimmiger Meinungsstand.

Der bayerische Gesetzgeber sowie Stimmen der Literatur gehen davon aus, dass es sich bei der Erweiterung des Gefahrenbegriffes um eine „moderate Arrondierung“ desselbigen handele.¹¹ Die Erweiterung der polizeilichen Arbeit auf die Gefahrenvorsorge müsse zwangsläufig zur zeitlichen Verlagerung der Eingriffsbefugnisse führen, diese sei Vorfeldbefugnissen immanent.¹² Der Gesetzgeber habe zudem durch den Katalog von bedeutenden Rechtsgütern eindeutig und abschließend bestimmt, welche Rechtsgüter für ihn so schützenswert seien, dass dafür Abstriche in der Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts hinzunehmen seien. Diese Aufzählung sei verfassungskonform, insbesondere sei die Nr. 4 durch die Beschränkung auf „erhebliche“ Eigentumspositionen im nötigen Rahmen eingeschränkt.¹³ Auch sei die Ausweitung nicht auf Überwachungsmaßnahmen begrenzt, da die Grenzen zwischen klassischer Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge in der

9 Vgl. Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018 S. 156 (162).

10 Vgl. hierzu etwa die verschiedenen Gutachten zur Neuregelung des Polizeigesetzes in NRW, die ebenfalls eine Verankerung der „drohenden Gefahr“ vorsieht. Sämtliche Gutachten sind abrufbar unter: https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/Webmaster/GB_I/I.1/aktuelle_drucksachen/aktuelle_Dokumente.jsp?docTyp=ST&wp=15&dokNum=drs+17%2F2351&searchDru=suchen (Stand: 28.09.2018).

11 Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, S. 9.

12 Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018 S. 677 (686).

13 Holzner in: BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Ed. 2018, § 11 BayPAK Rn. 178.

Polizei-praxis ohnehin fließend seien.¹⁴ Hier fungiere die neue Rechtsfigur der drohenden Gefahr als dogmatische Brücke zwischen den Vorfelder-mittlungen des modernen Präventionsstaats und den klassischen Eingriffsinstrumentarien des liberalen Rechtsstaats.¹⁵ Die Schwelle der drohenden Gefahr sei auch nicht auf die Terrorismusbekämpfung zu beschränken. Zum einen ver-wende auch das Bundesverfassungsgericht selbst diesen Rechtsbegriff nicht ausschließlich im Zusammenhang der Terrorismusabwehr; zum anderen könne die Auswahl der zulässigen Maßnahmen zum Schutz höchstrangiger Rechtsgüter nicht vom Motiv desjenigen abhängen, der sie bedrohe.¹⁶ Zur Erfüllung des staatlichen Schutzauftrages und der Pflicht zur effektiven Gewährleistung der inneren Sicherheit könne nicht abgewartet werden, bis eine konkrete Gefährdung der Rechtsgüter eintritt. Eine Abwehr müsse bereits im Stadium der drohenden Gefahr zulässig sein, insbesondere dann, wenn mit einem Zuwarten die Minderung der Abwehrmöglichkeiten einhergehen könne.¹⁷ Die erlaubten Maßnahmen bei Vorliegen einer „drohenden Gefahr“ seien zudem zum größten Teil weniger ein-griffsintensive Maßnahmen.¹⁸ Es werde ein Zugewinn an rechtsstaatlicher Bestimmtheit dadurch erzielt, dass die Ableitungstatsachen für die sicherheitsrechtliche Prognose um hinreichend gezielte, „greifbare“ Erkenntnisse mit Bezug zum potenziellen Schadensereignis angereichert sein müssten, bloße diffuse Anhaltspunkte für eine mögliche Gefahr könnten in keinem Fall genügen, auch nicht bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsbeeinträchtigung.¹⁹

Andere Stimmen sehen den Regelungsansatz hingegen kritisch. Die Regelung breche mit dem im Sicherheits- und Verfassungsrecht verwurzelten Ordnungsprinzip, wonach ein Tatverdacht oder eine konkrete Gefahr für ein polizeiliches Handeln vorliegen müsse. Ferner beinhalte die Regelung eine Vielzahl unbestimmter und neueingeführter Rechtsbegriffe sowie systematischer Undurch-sichtigkeiten, die zu einer Unbestimmtheit der Regelung führen würden. Dies mache es dem Normadressaten unmöglich, zu erkennen, wann der polizeiliche Handlungsspielraum eröffnet ist. Zwar dürfe sich der Gesetzgeber zu einem gewissen Grad unbestimmter Rechtsbegriffe bedienen, die mit den üblichen Auslegungsmethoden konkretisiert werden könnten. Kritisch sei allerdings eine solche Häufung derartiger Begriffe.²⁰ Auch beschränke sich die Regelung nicht auf den Schutz „überragend wichtiger Rechtsgüter“, da man etwa Gesundheit, sexuelle Selbstbestimmung, erhebliche Eigentumspositionen und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, nicht ohne weiteres hierzu zählen könne. Zudem sei die Variante 1 aus Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BayPAG

14 Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018 S. 677 (681).

15 Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018 S. 677 (685).

16 Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018 S. 677 (681 f.).

17 Holzner in: BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Ed. 2018, § 11 BayPAK Rn. 181.

18 Müller, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVBl. 2018 S. 109 (114).

19 Leisner-Egensperger Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018 S. 677 (686).

20 Löffelmann, Die Zukunft der deutschen Sicherheitsarchitektur – Vorbild Bayern?, GSZ 2018 S. 85 (87); zur Unbestimmtheit siehe auch Waechter, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018 S. 458 (461).

vom Bundesverfassungsgericht auf die Gefahr terroristischer Straftaten beschränkt worden und sei nicht auf weitere Gefahrenkreise übertragbar.²¹

Eine eher vermittelnde Position hält die Regelung für grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig, wenn bestimmte Einschränkungen bei deren Anwendung berücksichtigt würden. Demnach seien die oben dargestellten Eingriffe nur zulässig, soweit diese (ausnahmsweise) tatsächlich erforderlich seien, weil reine Gefahraufklärungsmaßnahmen im konkreten Fall unzureichend erscheinen würden.²² Diese Ansicht hält folglich den Grundsatz aufrecht, wonach eigentlich nur Aufklärungsmaßnahmen im Vorfeld einer Gefahrenlage zulässig sind. Nur für den Fall, dass diese unzureichend sind, sei auch der Einsatz von polizeilichen Eingriffsbefugnissen als ultima ratio zulässig.

2.5. Stellungnahme

Eine abschließende verfassungsrechtliche Bewertung obliegt den noch ausstehenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Bis zu einer solchen müssten die aufgezeigten verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten bei einer entsprechenden Regelung im Bundespolizeigesetz berücksichtigt werden. Hierbei müsste insbesondere beachtet werden, dass das Bundesverfassungsgericht entsprechend der bisherigen polizeirechtlichen Dogmatik auf der Grundlage einer „drohenden Gefahr“ lediglich Überwachungsmaßnahmen für zulässig erachtet hat. Eine verfassungsgerichtliche Aussage darüber, ob im Vorfeld einer Gefahrenlage auch Eingriffsmaßnahmen zulässig sind, steht offenkundig noch aus und würde im bisherigen polizeirechtlichen Regelungsgefüge auch einen Paradigmenwechsel darstellen. Eine verfassungskonforme Ausgestaltung wird daher von einem entsprechend eng eingegrenzten Anwendungsbereich zum Schutze bedeutender Rechtsgüter abhängig sein. Es spricht zudem viel dafür, dem oben dargestellten Stufenverhältnis zwischen Aufklärungsmaßnahmen und Eingriffsbefugnissen zu folgen.²³

Es wäre darüber hinaus bei jeder speziellen Eingriffsbefugnis gesondert zu prüfen, ob und in welchem Maße eine Herabsenkung der Eingriffsvoraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig ist. Klarstellend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der bayerische Gesetzgeber eine solche allgemeine Herabsenkung der Eingriffsschwelle nicht vorgenommen hat.

21 Löffelmann, Die Zukunft der deutschen Sicherheitsarchitektur – Vorbild Bayern?, GSZ 2018 S. 85 (87).

22 Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018 S. 156 (162).

23 Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018 S. 156 (162).