

RAe Wächtler u. Koll., Rottmannstraße 11 a, 80333 München

An den Vorsitzenden des Ausschusses
für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport
des Bayerischen Landtags
MdL Dr. Florian Herrman
Maximilianeum
81627 München

Rottmannstraße 11 a
80333 München
Telefon (089) 542 75 00
Telefax (089) 54 27 50 11
waechtler@waechtler-kollegen.de

München, den 17.05.17
Unser Aktenzeichen:
Bitte stets angeben!
-d

Stellungnahme bei der Anhörung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299/) am 17.05.2017

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

ich bedanke mich für die Einladung zur heutigen Anhörung. Leider muss ich einige Einschränkungen zum Umfang meiner Stellungnahme machen. Da ich erst in der letzten Woche von der Rechtsanwaltskammer München gebeten wurde, für einen verhinderten Kollegen einzuspringen, beschränke ich mich auf zwei der für mich wesentlichsten Punkte des Gesetzentwurfs, nämlich der Ausdehnung des Unterbindungsgewahrsams und der Einführung polizeilicher Aufenthaltsverbote und Aufenthaltsgebote. Zu beiden Punkten nehme ich aus anwaltlicher Sicht mit Blick auf die Praxis und die Auswirkungen auf die betroffenen Bürger Stellung.

1. Allgemeine Überlegungen

Zunächst fällt auf, dass es eine gewisse Diskrepanz zwischen der Darstellung der Ziele und des betroffenen Personenkreises und dem Wortlaut des Entwurfs gibt. Die amtliche Begründung spricht gleich in den ersten Sätzen von der nationalen wie internationalen Gefährdung durch verschiedene Formen des Terrorismus und Extremismus (1). Ebenso der bayerische Innenminister in seiner Begründungsrede vor dem Landtag, der noch den Amoklauf in München 2016 nennt (2). Auch der hier gehörte Sachverständige Prof. Dr. Schwarz erwähnt in seiner Einführung ausdrücklich die „Gefährder insbesondere aus dem terroristischen und extremistischen Spektrum“, deren man mit Hilfe des Entwurfs Herr werden müsse (3).

Rechtsanwälte Wächtler und Kollegen

RAin Gaugel:
Fachanwältin für Familienrecht

RA Wächtler:
Fachanwalt für Strafrecht

Stadtsparkasse München
Konto-Nr. 901 139 816, BLZ 701 500 00
IBAN DE73 7015 0000 0901 1398 16
BIC SSKMDEMM
USt-ID: DE 130751887

Postbank München
Konto-Nr. 288 647 805, BLZ 700 100 80
IBAN DE13 7001 0080 0288 6478 05
BIC PBNKDEFF
Steuernummer: 148/240/70041

Demgegenüber kennt der Entwurf keine solche Beschränkung oder Fokussierung. Der neue polizeirechtliche Begriff der „drohenden Gefahr“, der bestimmte polizeiliche Aktionen gegen den Bürger auslösen kann, meint eine weit vorverlagerte Gefahr jenseits von Terrorismus und Extremismus. Es sollen nach Art.11 Abs.3 die „bedeutenden Rechtsgüter“ auch der sexuellen Selbstbestimmung, erheblicher Eigentumspositionen und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, vor drohenden Gefahren mit Hilfe von erheblichen grundrechtsbeschränkenden polizeilichen Massnahmen geschützt werden. Damit ist eine Ausdehnung auf den Alltagsstörer erreicht, der weder Terrorist noch Extremist sein muss und in den genannten Fällen wohl auch in der Regel nicht sein wird.

Soweit auf den Fall Amri angespielt wird, ist mittlerweile wohl klar, dass es deshalb keine neuen gesetzlichen Ermächtigungen braucht. Amri hätte als jemand, der wegen mehrerer Straftaten verfolgt wurde und mindestens den Haftgrund der Fluchtgefahr verwirklichte, sehr einfach in U-Haft genommen werden können, wenn die Behörden gewollt hätten, daneben standen auch die Vorschriften des AufenthG zur Verfügung.

Wenn auf den Amokschützenfall von München Bezug genommen wird, läuft der Entwurf wie alle denkbaren Vorschriften ins Leere. Soweit man weiss, war er vor der Tat polizeilich völlig unauffällig.

Diese Klarstellung erscheint erforderlich, um eine Diskussion „unter falscher Flagge“ zu vermeiden.

2. Zur Anordnung von Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten in Art.16 Abs.2:

Ersetzt man das bürokratische Wort Aufenthaltsgebot durch einen etwas anschaulicheren Begriff, so kommt am ehesten das Wort „Verbannung“ in Betracht. Wikipedia definiert Verbannung als „Verweisung einer Person aus ihrer gewohnten Umgebung“. Um genau das handelt es sich. Besonders hervorgerufen haben sich in der Vergangenheit Länder wie das alte Russland der Zaren ebenso wie die UdSSR, die Lenin aber auch Alexander Solschenizyn und andere Dissidenten nach Sibirien schickten, während Frankreich und England das Instrument nutzten, um mit Hilfe verurteilter Delinquenten Australien und Französisch-Guyana zu kolonisieren. Aus dem Italien Mussolinis ist der Fall des Dichters Carlo Levi bekannt geworden, der wegen seiner antifaschistischen Betätigung in eine abgelegene Gegend verbannt wurde und darüber das Buch „Christus kam nur bis Eboli“ verfasste. Diese Nachbarschaft sollte stutzig machen.

Auch das moderne deutsche Recht kennt die Verbannung. In § 54a Abs.3 des AufenthG (jetzt § 56) konnte ein vollziehbar ausgewiesener Ausländer verpflichtet werden, in einem bestimmten Wohnort oder in bestimmten Unterkünften auch ausserhalb des Bezirks seiner zuständigen Ausländerbehörde Wohnung zu nehmen und diesen bei Strafandrohung nicht zu verlassen. Voraussetzung war, dass dies geboten schien, „um die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung geführt haben, zu unterbinden oder zu erschweren und die Einhaltung vereinsrechtlicher oder sonstiger Auflagen und Verpflichtungen besser überwachen zu können“. Wir kennen eine Reihe solcher Fälle.

Beispiel: Der Tunesier C. erhielt 1996 Asyl. 2004 wurde die Anerkennung widerrufen, weil er nach Auffassung der deutschen Sicherheitsbehörden terroristische Bestrebungen im Ausland unterstützt habe und deshalb gefährlich sei. Ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen § 129b StGB wurde 2008 nach § 170 II StPO eingestellt. Er wurde 2005 von Nürnberg, wo er mit Frau und 2 Kindern wohnte, nach Hauzenberg im

Bayerischen Wald verbannt und musste dort bis 2011 verbleiben. Da seine Kinder in Nürnberg zur Schule gingen und Frau und Kinder in Nürnberg sozial integriert waren, folgten sie C. nicht nach Hauzenberg. Seine Vereinsamung in dem abgelegenen Ort – unterstützt durch den Entzug aller Kommunikationsmittel nach § 54a Abs.4 AufenthG – führte zu einer psychischen Erkrankung mit Suicidversuch 2008 und seiner Verlegung in das Nervenkrankenhaus Mainkofen. Das Verbot, den Ort Hauzenberg ohne Genehmigung zu verlassen, wirkte sich wie eine faktische Freiheitsentziehung aus. Er durfte nicht ohne schriftlichen Antrag zum Arzt in der nächsten Stadt. Ein Besuch bei seinem Münchner Anwalt wurde gänzlich untersagt. Zwischenzeitlich entwich er allerdings aus Hauzenberg, gelangte nach Grossbritannien und wurde von dort wieder rücküberstellt. Nach Durchlaufen mehrerer Instanzenzüge und einer Entscheidung des BVerfG, das die Nichtzulassung einer Berufung durch den BayVGH beanstandete, kam es im Februar 2011 zu einer Einigung mit der zuständigen Ausländerbehörde, dass C. Hauzenberg verlassen und sich weiter legal in Deutschland aufhalten darf.

Weitere Beispiele: Der Bosnier J. und der Tunesier Z. wurden 2005/2006 nach § 54 I Nr.5a AufenthG wegen Gefährdung der freiheitlich demokratischen Grundordnung ausgewiesen und ihr Aufenthalt auf eine Stadt beschränkt und mit einer Meldeauflage abgesichert. Hintergrund war ihre Betätigung für eine islamistische Vereinigung namens Tablighi Jamaat (TJ), die von den Sicherheitsbehörden als terroraffin eingeschätzt wurde aber weder verboten war noch auf einer Terrorliste der EU oder der UNO stand. Nach Durchlaufen des Instanzenzuges kam das BVerwG 2011 zu dem Ergebnis, dass die TJ nicht als terrorismusfördernd zu betrachten und die beiden Männer deshalb zu Unrecht als Gefahr für die fdGO angesehen worden waren. Die Ausweisungen wurden zurückgenommen. Da beide Männer lieber ausgereist als unter den erlassenen Auflagen in Deutschland verblieben waren, konnten sie 2011 erneut einreisen und leben seither legal in Deutschland.

Das Fazit aus diesen Beispielen ist vielsagend: Zum einen ist keineswegs eindeutig, welche Art der politischen Betätigung eine wie immer geartete „Gefahr“ darstellt. Wenn keine Strafgesetze verwirklicht wurden, sind die Kriterien uneindeutig und oft schwammig. Hieraus existenzvernichtende und die persönliche Freiheit erheblich beeinträchtigende Folgerungen bis hin zu einer faktischen Freiheitsentziehung durch Fixierung auf einen ev. fern liegenden Ort ohne Rücksicht auf Beruf und Familie zu ziehen sollte auf wirklich gravierende Fälle konkreter Gefährdung von besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern beschränkt werden. Auch die Einschaltung von Gerichten ist in diesen Fällen keine Garantie für richtige Entscheidungen. Mangels eigener Sachkunde sind Gerichte auf Gedeih und Verderb auf Gutachten und Berichte der Sicherheitsbehörden angewiesen, da es ja nicht um Fakten geht sondern um Einstellungen und Bewertungen. Der betroffene Bürger hat kaum Chancen, dagegen zu halten.

Nach dem Urteil des EGMR vom 25.06.1996 (NVwZ 1997, 1102 ff) ist wohl immer dann Art.5 Art. 1 EMRK einschlägig, wenn die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit in eine faktische Freiheitsentziehung übergeht mit der Folge, dass eine regelmässige richterliche Kontrolle im Gesetz vorgesehen sein muss. Darüber hinaus muss nach den Worten des EGMR eine „juristische, humanitäre und soziale Begleitung sowie über die Voraussetzungen und Fristen des Zugangs zu einem Rechtsbeistand getroffen werden, um ein ev. gerichtliches Vorgehen des Asylantragstellers zu gewährleisten“. In diesem Fall handelte es sich um einen im Transitbereich eines Flughafens festgehaltenen

Asylbewerber. Da nach Art.16 Abs.2 Zif.2a des Entwurfs der Betroffene auch angewiesen werden kann, sich an bestimmte Orte zu begeben und sich dort aufzuhalten, kann die Voraussetzung einer Freiheitsentziehung ebenso wie bei dem Transitbereich gegeben sein. Der Beispielsfall des Tunesiers C., der in den kleinen Ort Hauzenberg verbannt wurde, ohne Zugang zu ärztlicher oder anwaltlicher Betreuung, weist jedenfalls keine relevanten Unterschiede zum Transitbereich eines Flughafens auf.

Art.16 Abs.2 des Entwurfs wird diesen Anforderungen in keiner Weise gerecht. Bereits die Eingangsschwelle der drohenden Gefahr für die „bedeutenden Rechtsgüter“ des Art. 11 Abs.3 ist viel zu niedrig. Sie umfasst drohende Gefahren einfacher sexueller Übergriffe und Eigentumsbeeinträchtigungen ohne etwa durch die Vorgabe von Mindeststrafrahmen oder den Ausschluss z.B. der einfachen Sachbeschädigung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Die im Entwurf verwendeten Begriffe „erhebliche Eigentumspositionen“ bzw. „Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse liegt“, sind mit den strafrechtlichen Begriffen der §§ 303 ff StGB nicht kongruent. Obwohl die Massnahmen des Art.16 Abs.2 erheblich in das Freizügigkeitsgrundrecht des Art.11 GG eingreifen können, ist nicht erkennbar, dass der Entwurf sich an den Kriterien des Art.11 Abs. 2 GG orientiert. Vielfach vertreten wird, dass der sogenannte

Kriminalvorbehalt des Art. 11 Abs.2 GG bedeutet, dass nur Straftaten von besonderer Bedeutung, die die Rechtsgemeinschaft insgesamt bedrohen oder überhaupt nur dem Schutz „höchstwertiger Rechtsgüter“ dienen, gemeint sind (4). Allgemein gilt auch hier, dass je höher das zu schützende Rechtsgut angesiedelt ist, die Gefahrenwahrscheinlichkeit reduziert sein kann (5) - auch davon ist im Entwurf keine Rede, der keine Differenzierung zwischen Leib- und Lebensgefahr und der Sachbeschädigung vornimmt. Jedenfalls muss eine hinreichende Gefahr einer Straftat drohen (6), auch hiervon ist der Begriff der drohenden Gefahr, wie sie Art.11 Abs.2 des Entwurfs verwendet, durchaus entfernt, da er unbestritten im Vorfeld einer Gefahr angesiedelt ist.

Nimmt man die zitierte Rechtsprechung des EGMR ernst, so fehlt es in den Fällen, wo die Freiheitsbeschränkung den Umfang der Freiheitsentziehung erreicht, am notwendigen Richtervorbehalt sowie an den eingeforderten begleitenden Vorkehrungen für den Rechtsschutz des Betroffenen. Das gerade beschlossene neue BKA-Gesetz (Drucksache 109/17) sieht nicht ohne Grund in § 55 Abs.3 (Aufenthalts- und Kontaktverbote) einen Richtervorbehalt vor, wobei es hier keine Ermächtigung für das Aussprechen einer Verbannung (Aufenthaltsgebote) gibt.

Das Einschalten eines Richters im Rahmen der Massnahmen des Art.16 ist noch aus einem anderen Grund geboten: Nach Art.17 Abs.1 Nr.4 des Entwurfs kann Gewahrsam angeordnet werden, um Massnahmen nach Art.16 durchzusetzen. Diese Haft muss wegen Art.104 Abs.2 GG vom Richter bestätigt werden, wenn sie andauern soll. Nach dem Wortlaut des Art.17 Abs.1 Nr.4 ist die Haft jedoch als Ungehorsamsfolge angelegt, d.h. sie folgt quasi automatisch auf die Nichtbeachtung der Aufenthaltsgebote und verbote des Art.16. Eine inhaltliche Überprüfung durch den Richter, ob die Massnahmen nach Art.16 rechtmässig und insbesondere verhältnismässig waren, sieht das Gesetz nicht vor. Hier besteht die nahe liegende Gefahr, dass der Betroffene auf die Anfechtung der Massnahme nach Art.16 verwiesen wird, d.h. zwei getrennte Klagen erheben soll. Da eine besondere Rechtswegzuweisung für die Massnahmen nach Art. 16 fehlt, müssten die Klagen auch noch an zwei verschiedene Gerichte gehen, an das VG soweit Massnahmen nach Art. 16 betroffen sind, an das AG, soweit der Gewahrsam nach Art.17 betroffen ist. Das ist unzumutbar, vor allem, wenn man bedenkt, dass der Betroffene womöglich unversehens irgendwo im Bayerischen Wald sitzt und den fernen Rechtsanwalt nicht besuchen kann (siehe Beispiel oben).

Was die Praxistauglichkeit der Aufenthaltsgebote und – verbote betrifft schliesse ich mich den Bedenken der DPoIG in Ihrer Stellungnahme im Rahmen der Verbandsanhörung an. Wie die Vergangenheit zeigt, können die Massnahmen einschliesslich der Fussfessel von entschlossenen Tätern ohne Probleme unterlaufen werden. Es kommt noch hinzu, dass die Weite des gesetzlichen Rahmens weitere Fragen der Tauglichkeit aufwirft. Wie hat man sich vorzustellen, dass jemand, bei dem die Gefahr von Verstössen gegen die sexuelle Selbstbestimmung droht, angewiesen wird, ein bestimmtes Gebiet nicht zu verlassen? Ist damit ein Kloster gemeint?

3. Zur Ausweitung des Gewahrsams in Art.17 des Entwurfs

Die Inhaftierung einer Person ist die weitgehenste Einschränkung seiner persönlichen Freiheit. Sie soll in der Regel eine Sanktion für vorhergehende Rechtsverletzungen sein. Den gesetzlichen Voraussetzungen des Art.17 Abs.1 Nr.3 mangelt es bereits am Erfordernis der Bestimmtheit. Die Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung müssen nach der Rspr. des BVerfG in „berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise“ geregelt sein (7). Insofern besteht bei der Vorbeugehaft kein Unterschied zu Art.103 Abs.2 GG, der die Strafe regelt (8). Der Einzelne soll von vorneherein wissen können, was verboten ist und welche Sanktion er im Falle des Gesetzesverstosses zu erwarten hat, damit er sein Verhalten danach einrichten kann (9). Die eine Sanktion androhende Norm muss umso präziser sein, je höher die Freiheitsentzugsdrohung ist (10).

Art.17 Abs.1 Nr.3 setzt keine vorhergehende Tat voraus. Es wird abstrakt von einer „Gefahr“ für einige Rechtsgüter gesprochen, die in Art.11 Abs.3 näher umschrieben sind. Diese in ihrer Konkretion nicht näher bestimmte Gefahr muss nicht einmal von der in Gewahrsam genommenen Person herrühren. Anders als das neue BKA-Gesetz, das in Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG vom 20.4.2016 für seine Massnahmen in der Regel eine individuelle Zuordnung der Gefahr zum Verhalten der betroffenen Person statuiert, fehlt eine solche im Art.17 Abs.1 Nr.3. Es können demnach auch Nichtstörer in Gewahrsam genommen werden, weil sie z.B. Kontakt zu einer als Gefährder eingestuft Person hatten, eine Begründung, die in den oben referierten ausländerrechtlichen Fällen durchaus nicht unüblich war.

Sofern auf das Verhalten des Betroffenen selbst abgestellt wird, ist aus der Vorschrift nicht zu entnehmen, ob der in Gewahrsam zu Nehmende wegen einer Tat in Verdacht geraten ist oder wegen seiner Gesinnung oder Religion, ob es sich um konkrete Anhaltspunkte für eine Gefahr handelt, belegt durch Fakten, oder um sonstige Anhaltspunkte, z.B. der Besuch einer bestimmten Moschee, die Zugehörigkeit zu einer „Szene“, die Kleidung oder bestimmte Äusserlichkeiten (Barttracht) oder Gewohnheiten (Teilnahme am Ramadan-Fasten).

Das Strafrecht ist in den letzten Jahren im Bereich der terroristischen und staatsgefährdenden Delikte erheblich ausgeweitet worden, die Strafbarkeit wurde weit ins Vorfeld verlegt. Die Begründung für die Ausdehnung des Gewahrsams in diesem Bereich, man müsse zum Beispiel die Einreise von Teilnehmern am Krieg in Nahost oder die Ausreise von Personen, die sich für den Krieg trainieren lassen wollen, verhindern, ist

durch die Einführung der §§ 129b und 89a StGB obsolet geworden. Hier liegen massive Straftaten vor, die entsprechend von den Oberlandesgerichten verfolgt werden. Die konkrete Vorbereitung von schweren Straftaten steht ohnehin unter Strafe, auch wenn sie noch nicht bis zum Versuch gediehen ist. Es bleibt daher unklar, was eigentlich in diesem Bereich dazu führen soll, Gewahrsam anzuordnen. Umgekehrt bleibt für den Betroffenen unklar, wo für ihn die „rote Linie“ beginnt, bei deren Überschreitung er mit Inhaftierung zu rechnen hat. Eine solche Unklarheit ist jedoch für den Rechtsstaat unerträglich.

Die Ausweitung der Vorbeugehaft betrifft jedoch nicht nur die politische oder religiöse Sphäre. Wie anfangs bemerkt, ist auch der „Alltagsstörer“ betroffen. Hier sind die Voraussetzungen für ein Haft ebenso unklar. Ich kann mir schlichtweg keinen Fall der Gefahr für die sexuelle Selbstbestimmung (Art.17 Abs.1 Nr.3 i.V.m. 11 Abs.3 Nr.3) vorstellen, der nicht strafbar wäre aber einen Gewahrsam rechtfertigen würde. Nach der Änderung des Strafrecht entlang dem Grundsatz „Nein heisst Nein“ ist jede sexuelle Belästigung gegen den Willen der Betroffenen strafbar. Der neue § 184i StGB erfasst auch Taten, die bisher als nicht erheblich galten (11). Welches Verhalten soll also auf diesem Gebiet den Gewahrsam rechtfertigen?

In Art.17 Abs.1 Zif.3 i.V.m. 20 Nr.3 ist zwar eine Ausweitung des jeweiligen richterlichen Freiheitsentzuges auf maximal drei Monate bestimmt, nicht aber die absolute Höhe. Eine Differenzierung nach der Schwere des gefährdeten Rechtsguts findet nicht statt. Eine andauernde Gefahr bzgl. einer Sachbeschädigung (Art.11 Abs.3 Nr.5) kann also zu einer längeren Haft führen als eine kürzer andauernde Gefahr für Leben und Gesundheit (Art.11 Abs.3 Nr.2). Die Länge der Haft wird komplett dem anordnenden Richter überlassen, der Betroffene hat keine Möglichkeit, vorher abzuschätzen, was ihm blüht. Aber auch seine Chancen, vor Gericht darzutun, dass die Gefahr nicht (mehr) besteht, sind unkalkulierbar. Ginge es um reale Taten, könnte man über die Relevanz von Beweisen sprechen, falls solche vorliegen. Da man sich im Vorfeld befindet und gerade noch nichts geschehen ist, muss der Betroffene über Deutungen und Motive diskutieren. In Haft – eine Pflichtverteidigung ist nicht vorgesehen – und ohne Hilfsmittel kann er nur hoffen, dass man ihm glaubt. Wir befinden uns damit in einem Graubereich des Rechtsstaats, in den hineinzugeraten man niemand wünschen kann.

Hartmut Wächtler
Rechtsanwalt

Anmerkungen:

- (1) Drs.17/16299
- (2) Bayerischer Landtag 17.Wahlperiode, vorl. Plenarprotokoll 17/102 vom 25.04.2017 S.9040
- (3) Stellungnahme Prof.Dr.Kyrill-Alexander Schwarz vom 10.05.2015 S.1
- (4) Maunz-Dürig-Dumer, GG, Rdzf.153 zu Art. 11 m.w.Nw.
- (5) a.a.O. Rdzf.154
- (6) a.a.O., ebenso Jarras-Pieroth, GG, Rdzf.17 zu Art.11
- (7) BVerGE 29,183,196
- (8) Jarras-Pieroth, GG, Rdzf.16 zu Art.104 m.w.Nw.
- (9) BVerfGE 78, 374, 381; 87, 363, 391; 126, 170, 195
- (10) BVerfGE 75,329, 342 f; 105, 135, 155; 126, 170, 196
- (11) Fischer, StGB, 64.Aufl. Rdzf. 2 zu § 184i