

Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch
Rechtsanwalt am Oberlandesgericht
Land- und Amtsgericht Düsseldorf

40545 Düsseldorf
Rheinallee 120
Tel.: 0211 – 55 13 31
Fax: 0211 – 55 37 03

An den
Innen- und Rechtsausschuss des
Landtags von Schleswig – Holstein
z.Hd. von Frau Dörte Schönfelder
Landeshaus Düsternbrooker Weg 70
14105 K i e l
Fax 0431 - 988 610 1180

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/5633

10. 2. 2016

Betr.: Ges. z. Abschaffung v. Anhalte- u. Sichtkontrollen DrS. 18 / 1995
Ihr Zeichen: L 21

Sehr geehrte Frau Schönfelder !

In dieser Sache hatte ich Ihnen unter Bezug auf Ihr Schreiben v. 18. 12. 2015 schon mitgeteilt, dass ich zu meinem Bedauern aus zeitlichen Gründen nicht in der Lage sein werde, an der Anhörung des Rechts- und Innenausschusses teilzunehmen.

In der Anlage übersende ich Ihnen aber dazu nunmehr meine angekündigte schriftliche Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen



8. Febr. 2016

Gutachten
zu dem Gesetzentwurf zur Abschaffung von Anhalte- und Sichtkontrollen
in Grenz- und „Gefahrengebieten“
der Fraktion der Piraten im Schleswig-Holsteinischen Landtag
LTDrs. 18 / 1995 (neu) v. 4.6.2014

Der Gesetzentwurf v. 4. 6. 2014 bezieht sich auf §§ 180, 181 des Landesverwaltungs-gesetzes (LVwG) i.d. F. v. 21. 6. 2013 (GVObI. 2013, 254).Mit ihm wird beantragt, den § 180 Abs. 3 LVwG zu streichen und in den § 181 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 a LVwG die Worte „von erheblicher Bedeutung“ einzufügen.

1. Die hier im LVwG vorgesehenen polizeilichen Maßnahmen berühren das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete informationelle Selbstbestimmungsrecht der von den Maßnahmen betroffenen Person. Sie bedürfen daher nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG einer gesetzlichen Grundlage, die bereichsspezifisch ist und den Voraussetzungen der Normenklarheit und der Verhältnismäßigkeit in besonderem Masse entsprechen muss.

Dafür gilt ein strenger Maßstab, weil die in § 180 Abs. 3 LVwG vorgesehenen Maßnahmen eine erhebliche Streubreite besitzen. Sie setzen keine konkrete Gefahr und keinen irgendwie gearteten konkreten Zusammenhang zwischen der kontrollierten Person, ihrem Verhalten und ihrem Aufenthalt im Grenzgebiet oder in einem Gebiet voraus, in dem nach einer polizeilichen Lageerkenntnis besondere Kontrollen gerechtfertigt sein sollen, die also weit im Vorfeld einer denkbaren strafrechtlich relevanten Handlung oder einer konkreten Gefahrenlage vorgenommen werden können.

Die „Lageerkenntnisse“ müssen sich nicht auf einen konkreten festgestellten aktuellen, also zu diesem Zeitpunkt gegebenen Sachverhalt beziehen. Es ist denkbar, dass sie auf allgemeinen polizeilichen Erfahrungen oder auf Annahmen abstrakter Natur beruhen. Jedenfalls schreibt das Gesetz keine konkreten Qualifikationen vor.

Von den Maßnahmen können Personen betroffen werden, die sich völlig rechtmäßig verhalten und selbst keinen äußeren Anlass zu der Kontrolle gegeben haben, außer dem, in dem Gebiet angetroffen zu werden, auf das sich die Lageerkenntnis bezieht.

Hinzu kommt, dass das von der Lageerkenntnis betroffene Gebiet in keiner Weise irgendwie erkennbar gemacht wird.

2. Das LVerfG Mecklenburg-Vorpommern hat in seiner Entscheidung v 21.10.99¹ zu dem Tatbestandsmerkmal „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ als Ermächtigung zu einer sog. Schleierfahndung verlangt, den Begriff nach Straftatbeständen und Begehungsformen zu präzisieren. Es sei zwar zulässig, die Polizei ohne weitere Eingriffsschwellen zu ermächtigen, in einer Grenzzone von 30 km die Identität einer Person festzustellen und von ihr zu verlangen, die Personalpapiere auszuhändigen. Für weitergehende Maßnahmen fehle jedoch – zum damaligen Zeitpunkt – eine gesetzliche Rechtsgrundlage.

Man mag daran zweifeln, ob die Antragsteller diese Voraussetzungen bei ihrem Vorschlag selbst erfüllen, den Begriff der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ in § 181 LVwG einzufügen. Entscheidend ist aber, dass die in § 180 Abs. 3 Zif. 1 LVwG gewählte Kombination der Begriffe die Voraussetzung der Normenklarheit nicht erfüllen. Sie lässt nämlich offen, ob es bereits genügt, dass tatsächliche Anhaltspunkte zur Annahme einer konkreten Gefährdungslage für Leib, Leben und Freiheit einer Person vorliegen oder ob dabei außerdem gleichzeitig eine Straftat bekämpft werden muss, die von erheblicher Bedeutung ist.

Ebenso bleibt völlig unklar, was man bei Sach- und Vermögensschäden für einen „gleichgewichtigen Schaden“ halten soll. Welcher Sach- oder Vermögensschaden entspricht „gleichgewichtig“ einer konkreten Gefahr für Leib und Leben? Ein plausibler Maßstab ist dafür nicht erkennbar. Hier wird in Wirklichkeit eine Entscheidung der Polizeibehörde überlassen, die der Gesetzgeber selbst hätte treffen müssen.

Das BVerfG hat wiederholt für polizeiliche Maßnahmen, die sich auf das Vorfeld der Verwirklichung eines Straftatbestandes oder einer Gefahrenlage beziehen, vom Gesetzgeber die Formulierung handlungsbegrenzender Tatbestände verlangt. Die Tatbestände, die auf die künftige Begehung von Straftaten hindeuten, sind so bestimmt zu umschreiben, dass ein vertretbarer Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit gegeben ist. Fehle diese Konkretisierung, dann ermächtigt der Gesetzgeber den Normadressaten, das Vorliegen einer maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzung selbst herbeizuführen, da dann bereits die polizeiliche Einschätzung, die Einrichtung eines Gefahrengebietes sei geboten, ausreicht, um die Ausweisung eines Gefahrengebietes bejahen zu können.

Zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen beziehe ich mich dazu auf die Entscheidungen des BVerfG v. 27. 7. 2005² und auf die Vorratsdaten- Entscheidung v. 2. 3. 2010³ sowie auf das Walpurgisnacht-Urteil des Hamburger OVG v. 13. 5. 2015⁴ sowie auf die weiteren dort zitierten Entscheidungen.

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen darüber, dass das hier angegriffene Gesetz keine irgendwie gearteten Spuren handlungsbegrenzender Tatbestände enthält.

¹ vgl. NJW 2000, 2016

² NJW 2005, 2603 ff, RdZiff. 117 ff

³ Aktz. 1 BvR 263 / 08, Ziff. B V 2 b

⁴ Aktz. 4 Bf 226 / 12.; vgl. auch Rachor in Lisken-Denninger, Handbuch d. PolRechts, 5. Aufl., F 379 ff zur sog. Schleierfahndung

3. Die selbe gesetzgeberische Unbestimmtheit enthält auch die Regelung des § 180 Abs. 3 S. 3 LVwG. Danach soll der polizeiliche Leiter des Landespolizeiamtes, des Landeskriminalamtes oder einer Polizeidirektion – oder ein von ihm Beauftragter des Polizeivollzugsdienstes – das Gebiet auf der Grundlage polizeilicher Lageerkenntnisse näher bezeichnen, zeitlich begrenzen, den Umfang der „Maßnahmen in örtlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht“ auf den erforderlichen Umfang beschränken und die dafür maßgeblichen, die Maßnahmen rechtfertigenden Tatsachen dokumentieren, also aktenmäßig festhalten.

Der Gesetzgeber wollte dabei anscheinend den Vorgaben des OVG Hamburg in dessen Walpurgisnacht - Entscheidung folgen.⁵ Tatsächlich erfüllt er diese Bedingungen aber nicht. Er sieht zwar eine Dokumentation und eine zeitliche und örtliche Begrenzung des gefährdeten Gebietes vor, in dem die besondere Kontrolle der angetroffenen Personen und die Inaugenscheinnahme des Inhaltes ihrer Fahrzeuge möglich sein soll. Es fehlt aber schon an der Voraussetzung, dass die Anordnung nicht von der Behörde selbst getroffen werden soll, deren Tätigkeit zu begrenzen ist. Denn der vom Gesetz zunächst für die Anordnung vorgesehene Leiter einer übergeordneten Behörde ist völlig frei, einen beliebigen anderen Beamten mit dieser Aufgabe „besonders“ zu betrauen, d.h. also nicht unbedingt für einen längeren Zeitraum oder losgelöst von einem besonderen Anlass, sondern möglicherweise auch nur für diesen einzelnen besonderen Vorgang. Das Gesetz ermöglicht also in seiner bisherigen Fassung, dass die Behörde, deren Tätigkeit begrenzt werden soll, diese Begrenzung selbst vornimmt, und zwar durch einen Beamten, der sich nur dadurch auszeichnet, dass er das Vertrauen des eigentlich vorgesehenen Leiters der übergeordneten Behörde besitzt. Die Voraussetzung, dass die Anordnung von einer übergeordneten Stelle getroffen werden muss, ist also nicht erfüllt.

Es bleibt auch unbenommen, dass sich die Anordnung nicht auf eine konkrete Gefahr beziehen muss, sondern sich auf allgemeine polizeiliche Erfahrungen gründen kann, die keine konkrete, auf den Einzelfall bezogene Basis haben. Das ergibt sich nicht nur daraus, dass der Wortlaut den Begriff der „polizeilichen Lageerkenntnisse“ nicht weiter konkretisiert. Vielmehr ist auch die zeitliche Begrenzung von 28 Tagen, die zweimal um je 28 Tage verlängert werden, also bis insgesamt nahezu 3 Monate dauern kann, so opulent, dass zum Zeitpunkt der Anordnung kaum von einer konkreten Gefahr gesprochen werden kann.

Auch die danach vorgesehene richterliche Entscheidung führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn diese Entscheidung kann sich nur auf die Erfüllung der formalen Voraussetzungen beziehen, nicht aber die gesetzgeberische Entscheidung verändern, dass das Gesetz keine konkrete Gefahr voraussetzt, sondern allgemeine Erfahrungssätze und generelle Annahmen und Vermutungen für die Festsetzung des Gefahrengebietes genügen lässt. Es handelt sich mithin um eine Entscheidung, die zwar die Erfüllung der formalen Voraussetzungen und die Frage prüft, ob die bei Erlass der Anordnung maßgeblichen Annahmen noch weiterhin bestehen. Sie ist aber im Übrigen an die ge-

⁵ Vgl. oben Anm. 4

setzgeberische Entscheidung gebunden, die handlungsbegrenzende Tatumstände nicht vorsieht.

Auch insoweit entspricht die gesetzliche Regelung nicht den Anforderungen, die das Hamburger OVG in seiner Walpurgisnacht – Entscheidung zutreffend als für einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht erforderlich dargestellt hat.

Eine verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrolle genügt nicht den dafür bestehenden verfassungsmäßigen Voraussetzungen.

4. Diese Ausführungen zwingen nicht zu dem Schluss, dass eine Ausweisung als Gefahrengebiet mit der Folge, dass dort angetroffene Personen Auskunft über ihre Identität und Einblick auf die von ihnen mitgeführten Sachen geben müssen, schlechterdings unzulässig sei. Der Gesetzgeber muss dafür allerdings die Tatbestände, unter denen das möglich sein soll, so konkret zu bezeichnen, dass sie den verfassungsrechtlich gebotenen Einschränkungen entsprechen. Man mag es für ohne große Bedeutung halten, ob man sich tatsächlich ausweisen muss oder nicht. Aber es kommt dabei natürlich auf die Umstände an, ob sich an diese Ausweisung datenmäßige Speicherungen in besonderen polizeilichen oder sonstigen Dateien ergeben, die eine Auswirkung auf andere Sachverhalte haben können. Gerade wegen der zunehmenden aktenmäßigen internationalen Verflechtungen polizeilicher, nachrichtendienstlicher, ausländerrechtlicher und sonstige Erfassungssysteme besteht aller Grund, die sich für den Bürger daraus ergebenden Befürchtungen ernst zu nehmen. Das BVerfG hat sich immer damit begnügt, dem gesetzgeberischen Ermessen über die Nützlichkeit einer bestimmten polizeilichen Befugnis einen besonderen Spielraum zu belassen. Es hat es für ausreichend erachtet, wenn eine Maßnahme zur Erreichung des erstrebten Zieles als nützlich angesehen werden könne. Trotzdem ist es verfassungsrechtlich unerlässlich, Eingriffe in Grundrechte nicht allein auf Mutmaßungen und denkbare Möglichkeiten zu stützen, sondern auf konkrete Fakten des Einzelfalles.

Im übrigen ist es jedenfalls rechtspolitisch wünschenswert, ein in Grundrechte eingreifendes Gesetz zumindest nach Ablauf einer angemessenen Zeit von unabhängigen Sachverständigen daraufhin zu evaluieren, ob es die erhofften Erwartungen erfüllt hat und dann die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu ziehen. So ist es z.B. denkbar, die Identitätsfeststellungen im grenznahen Bereich in bestimmten Zeiträumen zu erleichtern, um sich häufende, festgestellte illegale Einwanderungen leichter kontrollieren zu können, oder um den Drogenhandel zu einem Nachbarland mit divergierenden rechtlichen Bestimmungen leichter unterbinden zu können. Das ließe sich auf konkrete Sachverhalte und Zeiten begrenzen. Im Übrigen ist jedoch auch der Hinweis durchaus berechtigt, dass ein Bundesland wie NRW mit zahlreichen internationalen Grenzen ohne derartige verdachtsfreie Kontrolle durchaus auskommt. Dieser Sachverhalt sollte nicht unterschätzt werden.

5. Schließlich ist noch die Frage zu prüfen, ob die in § 180 Abs. 3 Zif 2 LVwG eingeführte Grenzkontrolle mit Europäischem Recht vereinbar ist. Diese Frage ist wegen der parallelen bundespolizeilichen Kompetenzen nach §§ 2, 14 ff BPolG von erheblicher Bedeutung. Dazu hat das VG Stuttgart in seinem Urteil v. 22. 10. 2015⁶

⁶ vgl. Aktz. 1 K 5060 / 12

festgestellt, dass nach § 23 Abs. 1 BPolG vorgenommene verdachtsunabhängige Identitätskontrollen unzulässig sind, weil sie gegen Art. 20, 21 der EG VO 562/ 2006 - dem Schengener Grenzkodex - verstoßen, soweit nicht die Bundesregierung nach Art. 23 ff vorübergehende Grenzkontrollen wieder eingeführt habe. Diese Entscheidung bezieht sich auf die Kontrolle einer Person während einer Zugfahrt in Grenznähe auf der Grundlage des § 23 Abs. 1 Zif. 3 BPolG. Die Vorschrift sei mit Art. 20, 21 VO (EG) 562/2006 nicht unionsrechtskonform auslegbar. Zwar werde in Art. 21 Bstb.a der VO ausdrücklich geregelt, dass die Vorschrift die Ausübung der polizeilichen Befugnisse der Mitgliedsstaaten nach nationalem Recht nicht berühre, „sofern sie nicht die gleiche Wirkung wie eine Grenzübergangskontrolle“ habe. Dazu habe aber der EuGH in seiner Entscheidung v. 22. 6. 2010 (Melki u. Abdali), ausdrücklich bestätigt durch das Urteil v. 19. 7. 2012, ausgeführt ⁷, dass diese rechtliche Begrenzung durch ausdrückliche normative Regelungen präzisiert und festgehalten sein müsse.

Die Entscheidung des VG Stuttgart ist noch nicht rechtskräftig. Sie würde zweifellos eine Bedeutung auch für landesrechtlich eingeführte Kontrollen besitzen, sofern diese keinen ausdrücklichen Vorbehalt hinsichtlich der Grenzkontrollen zu Schengen – Staaten innerhalb des 30 – km – Bereichs zur Schengen-Grenze enthalten.

5. Fazit

Der § 180 Abs. 3 LVwG hält einer verfassungsrechtliche Prüfung nicht stand. Er kann ersatzlos gestrichen werden, ohne dass sich daraus eine Sicherheitslücke ergeben würde.

Die Frage, ob sich aus dem Schengener Grenzkodex ein weitere Folgerung für eine Neuformulierung des § 180 Abs. 3 LVwG ergibt, ist wohl zu bejahen. Sie sollte jedoch nicht für Schleswig-Holstein allein beurteilt und entschieden werden.



Burkhard Hirsch

⁷ Vgl. EuGH v. 19. 7. 2012, C – 278 / 12 PPU