

ASJ aktuell



ARBEIT Crowdfunding vs. klassische Heimarbeit - ab Seite 2

ÜBERWACHUNG Bodycams für Polizeibeamte - ab Seite 3

ABWEHR Vorfeldmaßnahmen gegen Gefährder - ab Seite 7

2018 WIRD EIN SPANNENDES JAHR

SPD TRÄGT VERANTWORTUNG FÜR UNSEREN STAAT

Liebe Genossinnen und Genossen,
liebe Freundinnen und Freunde der ASJ,

vor uns liegt ein spannendes Jahr 2018, das für die SPD in jedem Falle zugleich auch ein richtungsweisendes werden wird:

Obwohl das jüngste Ergebnis der Sondierungen zwischen den Unionsparteien und der SPD eine klare Empfehlung zur Aufnahme von Koalitionsverhandlungen ist, scheint derzeit noch völlig unklar, ob auch der Bundesparteitag dieser Empfehlung folgen wird. Tut er dies, so wird sich im weiteren Verlauf zeigen müssen, ob in den Koalitionsverhandlungen sodann ein Ergebnis erzielbar ist, das auch die Parteibasis überzeugt und welches zugleich zum notwendigen inhaltlichen Erneuerungsprozess der Partei passt.

Es darf nicht vergessen werden: Nicht nur eine stabile Bundesregierung tut Not, auch die Zukunft unserer sozialdemokratischen Partei steht durchaus in Frage. Dabei liegt die Notwendigkeit der Sozialdemokratie und ihres Einsatzes für einen sozialen und freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat auf der Hand. Gerade in Zeiten einer von „postfaktischen“ Populisten bedrohten Gesellschaft trägt die SPD Verantwortung, der wir gerecht werden müssen. Egal wie die Entscheidungen der Parteigremien und ggf. der Basis ausfallen werden, diese besondere Verantwortung muss eine Rolle dabei spielen.

Ein Schritt zurück ins Heute: Bevor all diese spannenden Fragen sich klären werden, liegt vor uns ein spannendes Heft, dessen Lektüre wie immer wärmstens zu empfehlen ist: Nachdem wir uns in den vergangenen Jahren vermehrt mit dem Crowdfunding befasst haben, greift Eberhard Natter diesen Themenkomplex erneut auf. Er berichtet von einer bemerkenswerten neueren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, welche das in der öffentlichen Wahrnehmung eher als „antiquiert“ geltende Heimarbeitergesetz plötzlich in den Mittel-



Michael Rajkowski

punkt der modernen Arbeitswelt bringt. Er erläutert den interessanten Ansatz der Rechtsprechung, dem Crowdfunding einen gewissen rechtlichen Rahmen zu bieten.

Gleich zwei spannende Themen im Bereich der inneren Sicherheit behandeln unsere weiteren Autoren:

Andreas Nachbar beleuchtet die neuen Regelungen zur so genannten „Bodycam“ bei Polizisten im baden-württem-

IN DIESER AUSGABE

Editorial	Seite 1
Heimarbeit in der digitalen Arbeitswelt	Seite 2
Bodycam für Polizeibeamte	Seite 3
Der Ausländische Gefährder	Seite 7
Termine	Seite 9
Rückblick	Seite 10
Impressum	Seite 10

bergischen Polizeirecht im Hinblick auf ihre handwerkliche Tauglichkeit und verfassungsrechtliche Rechtfertigung.

Herbert Zinell schließlich analysiert in seinem Beitrag zu Vorfeldmaßnahmen der Gefahrenabwehr die gerichtliche Praxis im Umgang mit so genannten „Gefährdern“ sowie den Gefährderbegriff und erläutert die aufsehenerregende Entscheidungen des BVerwG zu § 58a AufenthG.

Im Namen der ASJ Baden-Württemberg wünsche ich Euch/Ihnen viel Freude bei der Lektüre und ein glückliches neues Jahr 2018.

Michael Rajkowski
ASJ-Landesvorsitzender

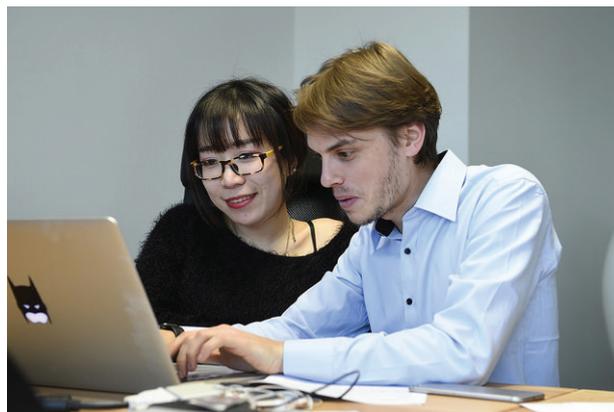
HEIMARBEIT IN DER DIGITALEN ARBEITSWELT? DER GESETZGEBER IST GEFORDERT

Heimarbeit – das klingt nach der Herstellung von Bürsten, Besen und Pinseln im bayrischen Wald, nicht aber nach digitaler Arbeit in der „Arbeitswelt 4.0“. Zur schönen neuen Arbeitswelt steht die klassische Heimarbeit in einem deutlichen Kontrast. Das von moderner Gesetzgebung nicht gerade verwöhnte deutsche Arbeitsrecht leistet sich einmal mehr ein Paradoxon:

Auf der einen Seite steht die klassische Heimarbeit, die vor allem im gewerblichen Bereich verbreitet ist. Sie genießt zwar nicht denselben Schutz wie die Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis. Aber als prekäre Beschäftigungsform des prädigitalen Zeitalters hat sie der Gesetzgeber mit dem Heimarbeitsarbeitsgesetz vom 14. März 1951 in einer aus heutiger Sicht erstaunlichen Dichte reguliert. So werden die Arbeitsbedingungen der Heimarbeiter durch sog. bindende Festsetzungen geregelt, also durch tarifvertragsersetzende Regelungen, die von den bei den Arbeitsministerien gebildeten Heimarbeitsausschüssen erlassen werden. Darüber hinaus genießen die Heimarbeiter ein Mindestmaß an Kündigungsschutz. Angesichts des heute noch betroffenen Personenkreises von gerade einmal 27.605 Heimarbeitern (31.12.2016) lässt sich diese Regelungsdichte nur noch historisch erklären.

Auf der anderen Seite steht die digitale Arbeit, die im Home-Office oder sogar im Global-Office durch Solo-Selbstständige erbracht wird. Diese Form der Beschäftigung hat in den vergangenen beiden Jahrzehnten rapide zugenommen; in Zeiten des schnellen Internets lässt sich digitale Arbeit an jedem Ort und zu jeder Zeit verrichten. Die Zahl der digitalen Heimarbeiter kann nur geschätzt werden; bei insgesamt 2,6 Mio. Solo-Selbstständigen übersteigt sie aber mit Sicherheit die Zahl der klassischen Heimarbeiter bei weitem. Eine der neuen Beschäftigungsformen stellt hierbei das sog. Crowdfunding dar. Hierunter versteht man die Auslagerung bestimmter Arbeiten durch einen Auftraggeber an eine „crowd“, also an eine unbestimmte Zahl von Personen, die sich über eine digitale Plattform um einen Auftrag bewerben.

Während die klassische Heimarbeit trotz der geringen Beschäftigtenzahl „durchreguliert“ ist, ergibt sich bei der digitalen Heimarbeit der umgekehrte Befund: Digitale Beschäftigte stehen mangels Bindung an die Weisungen eines „Arbeitgebers“ regelmäßig nicht in einem Arbeitsverhältnis. Sie zählen meist auch nicht zu den arbeitnehmerähnlichen Personen i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG – einem Personenkreis, auf den zumindest einige arbeitsrechtliche Schutznormen Anwendung finden. Damit fallen sie aus dem Schutzbereich des Arbeitsrechts vollständig heraus. Lediglich sozialrechtlich genießen die arbeitnehmerähnlichen („kleinen“) Solo-Selbstständigen einen gewis-



sen Mindestschutz, weil sie nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI zu den pflichtversicherten Personen in der gesetzlichen Rentenversicherung zählen. Einkommensschwache Solo-Selbstständige können allerdings die von ihnen selbst aufzubringenden Beiträge oft nicht erwirtschaften.

Seit geraumer Zeit wird daher zu Recht ein modernes Schutzkonzept für alle Solo-Selbstständigen gefordert. So sollen Selbstständige, die nicht in einem Versorgungswerk abgesichert sind, in die Solidargemeinschaft der gesetzlichen Rentenversicherung einbezogen werden. Das Ziel ist es hierbei, bisher nicht versicherten Selbstständigen in der gesetzlichen Rentenversicherung eine auskömmliche Alterssicherung zu gewährleisten. Auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht gibt es Vorschläge, jedenfalls den sozial schutzbedürftigen Solo-Selbstständigen einen arbeitsrechtlichen Mindestschutz zuzubilligen.

In dieses weite Feld an Überlegungen ist nun ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16. April 2016 (9 AZR 305/15) „hineingeplatzt“. Der Entscheidungsfall betraf einen Programmierer, der im Jahr 1992 sein Arbeitsverhältnis beendet hatte und seit diesem Zeitpunkt für seinen früheren Arbeitgeber von seinem Home-Office aus als freier Mitarbeiter Programmierarbeiten leistete. Hierbei schwankte der Arbeitsumfang zwischen 874 und 1621 Stunden pro Jahr. Als der Auftraggeber dem Programmierer ab dem Jahr 2013 wegen beschlossener Liquidierung des Unternehmens keine Aufträge mehr erteilte, begehrte dieser die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses und Kündigungsschutz, hilfsweise die Feststellung eines Heimarbeitsverhältnisses.

Die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts zum Bestehen eines Arbeitsverhältnisses bieten nichts Neues: Mangels Weisungsgebundenheit in inhaltlicher, zeitlicher und

örtlicher Hinsicht war der Programmierer kein Arbeitnehmer. „Revolutionär“ ist hingegen die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zum Bestehen eines Heimarbeitsverhältnisses. Das Gericht löst sich von der überkommenen Auffassung, nur „einfache“ Arbeit könne in Heimarbeit verrichtet werden. Es meint, nachdem der Gesetzgeber bereits im Jahr 1974 den Begriff „gewerbliche Tätigkeit“ durch „erwerbsmäßige Tätigkeit“ ersetzt habe, könne auch eine hochqualifizierte Tätigkeit Heimarbeit sein. Da der Programmierer zudem nicht auf dem allgemeinen Absatzmarkt tätig gewesen sei, sondern seine Arbeitsergebnisse dem Auftraggeber zur Verwertung überlassen habe, erfülle er auch im Übrigen den Begriff des Heimarbeiters.

Welche Schlussfolgerungen sind aus dem Urteil zu ziehen? Seine Bedeutung wird es voraussichtlich weniger im Arbeitsrecht als vielmehr im Sozialrecht entfalten. Da der arbeitsrechtliche Schutz des Heimarbeiters im Vergleich zu demjenigen des Arbeitnehmers eher schwach ausgestaltet ist, insbesondere keinen „echten“ Kündigungsschutz bietet, ist es wenig attraktiv, diesen Schutz vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend zu machen. Anders sieht es im Sozialrecht aus: Nach § 12 Abs. 2 SGB IV ist der Heimarbeiter dem Beschäftigten (= Arbeitnehmer) gleichgestellt. Heimarbeiter genießen damit in vollem Umfang den Schutz der Sozialversicherung. Sie sind nicht nur, wie die „kleinen“ Solo-Selbständigen, lediglich in den Schutz der Rentenversicherung einbezogen. Dies bedeutet: Für diejenigen Solo-Selbständigen, die ihre im Home-Office angefertigten

Arbeitsergebnisse nicht selbst vermarkten, sondern – wie der besagte Programmierer - Aufträge nur von einem Auftraggeber oder einigen wenigen Auftraggebern erhalten, ergibt sich aus dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts der Zugang zum vollen Schutz der Sozialversicherung.

Dennoch stellt das Urteil keinen Königsweg für einen verbesserten Schutz der Solo-Selbständigen dar. Insbesondere bei den erwähnten Crowdworkern stellt sich die Frage, ob die von § 12 Abs. 3 SGB IV geforderte unmittelbare Vergabe der Arbeit vorliegt. Durch die Zwischenschaltung der Internetplattformen und die „Bewerbung“ der Crowdworker um den jeweiligen Auftrag könnte es hieran fehlen. Daher bleibt wieder einmal der Gesetzgeber gefordert. Er sollte den Mut haben, eine lückenlose Sozialversicherungspflicht für diejenigen Solo-Selbständigen vorzusehen, die bislang noch keiner obligatorischen Pflichtversicherung unterlagen und keine Eigenvorsorge nachweisen können. Außerdem sollte eine paritätische Beteiligung der Auftraggeber am Beitragsaufkommen vorgesehen werden, um die Attraktivität der Auftragsvergabe an Solo-Selbständige zu mindern. Es ist nicht nur rechtspolitisch, sondern unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch verfassungsrechtlich fragwürdig, den (digitalen) Heimarbeitern den vollen Schutz der Sozialversicherung zuzubilligen, diesen aber den genauso sozial schutzwürdigen Solo-Selbständigen zu versagen.

Dr. Eberhard Natter

BODYCAM FÜR POLIZEIBEAMTE NICHT NUR VERFASSUNGSRECHTLICH FRAGWÜRDIG

§ 21 PolG ermöglicht an näher bestimmten Örtlichkeiten Bild- und Tonaufzeichnungen durch die Polizei mittels offenem Einsatz technischer Mittel. Primärer Zweck der Vorschrift ist die Überwachung öffentlicher Straßen und Plätze durch stationäre Kameras, um diese Räume mit dem Mittel der Abschreckung sicherer zu machen: Potentielle Täter von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten lassen sich – so die Überlegung des Gesetzgebers - von ihrem Tun eventuell abhalten, wenn sie wissen bzw. damit rechnen müssen, dass sie im Bild erscheinen bzw. festgehalten werden, sei es in flüchtiger Form „live“ auf einem Monitor (bloße Bildübertragung), sei es dauerhaft auf einem später auswertbaren Speichermedium (Bildaufzeichnung). Die erstmals 1992 geschaffene Ermächtigungsgrundlage ist in den vergangenen Jahren mehrfach ausgeweitet worden¹ und stand auch schon im Focus verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen². Durch Gesetz vom 18.10.2016³ wurden dem § 21 PolG drei neue Absätze hinzugefügt, die es dem Polizeivollzugsdienst nunmehr ermöglichen, zu Zwecken der Gefahrenabwehr „mittels körpernah getragener Aufnahmegeräte“ (Bodycams) mobile Bild- und Tonaufzeichnungen anzufertigen⁴. Initiiert wurde diese Gesetzesänderung durch einen Entwurf der SPD-Landtagsfraktion v. 12.7.2016⁵, beschlossen wurde sie schließlich auf der Grundlage eines Parallel-Entwurfs der Fraktionen von Grünen und CDU vom 19.7.2016⁶. Die nachfolgenden Überlegungen unterziehen die Neuregelung einer kritischen Bewertung.

1. Zweck der Bodycam

Während der Einsatz von Bodycams durch die Polizei in

Deutschland ein noch vergleichsweise neueres Phänomen ist⁷, hat die Körperkamera im angelsächsischen Raum schon vor geraumer Zeit Eingang in das polizeiliche Handlungsinstrumentarium gefunden - freilich mit gänzlich anderer Intention und anderem Verwendungszweck: In Großbritannien wird die Körperkamera zur Strafverfolgung eingesetzt, in den USA soll sie primär Polizeigewalt verhindern bzw. gegebenenfalls dokumentieren sowie die Transparenz staatlichen Handelns stärken⁸. In Baden-Württemberg wie auch den anderen Bundesländern, die die Bodycam eingeführt haben, standen und stehen demgegenüber erkennbar (nur) Deeskalation und insbesondere der (Eigen-)Schutz von Polizeibeamten sowie dritter Personen im Zielfokus⁹.

Die Verhinderung von Polizeigewalt und/oder die Herstellung von Transparenz polizeilichen Handelns waren ausweislich der Gesetzesbegründung kein Schutzziele des Landesgesetzgebers¹⁰. Die normative Ausgestaltung des Kameraeinsatzes ist eher dazu angetan, die Erfassung von Polizeigewalt zu verhindern, da eine Datenspeicherung über 60 Sekunden hinaus erst und nur dann erfolgt, wenn der jeweilige Kameraträger aktiv die Aufnahmetaste betätigt; dass dies während bzw. unmittelbar vor oder nach einem polizeilichen Übergriff geschieht, ist wenig wahrscheinlich. Falls doch, stellt sich die Frage, wer die auf dem Speichermedium der Bodycam fixierten Daten wieder löschen kann; ist es der möglicherweise übergreifig gewordene Beamte selbst, wird entsprechendem Bild- und Tonmaterial keine lange Haltbarkeit beschieden sein.

Vor diesem Hintergrund wird u.a. vom baden-württembergischen Datenschutzbeauftragten zu Recht gefordert, dass Bodycam-Aufnahmen auch denjenigen zur Verfügung stehen müssen, die ein Fehlverhalten der Polizei rügen möchten¹¹. Wie die aktuell geschaffene Regelung diesem Anliegen gerecht werden sollte, ist nicht erkennbar. Bezeichnenderweise spielten Überlegungen in diese Richtung im gesamten Gesetzgebungsverfahren keine Rolle. Verwunderlich ist dies freilich nicht: Wenn polizei-nahe Kreise und Polizeigewerkschaften wie schon bei der Diskussion um die - im europäischen Ausland und den USA seit Jahrzehnten selbstverständliche - Kennzeichnungspflicht für Polizeibeamte derartige Überlegungen reflexartig als ungerechtfertigtes Misstrauen bzw. „Generalverdacht“ gegenüber der Polizei diskreditieren, werden die politisch Verantwortlichen schnell kleinmütig. Wer allerdings glaubt, er diene damit den wohlverstandenen Interessen der Polizei, der irrt: Denn selbstverständlich gibt es auch innerhalb der Polizei als einem Querschnitt der Bevölkerung „schwarze Schafe“; wer diese zu decken versucht oder auch nur den Anschein erweckt, sie decken zu wollen, erweist dem Ansehen der Polizei und dem Vertrauen der Bürger in eine rechtmäßig handelnde Polizei tatsächlich einen Bärendienst.

2. Gesetzgebungskompetenz

Ein Fragezeichen muss hinter die Gesetzgebungskompetenz des Landes für die geschaffene Bodycam-Regelung gesetzt werden. Der Grund hierfür ist der doppel funktionale Charakter des Bodycam-Einsatzes. § 21 Abs. 5 und 6 PolG haben wohl eine primär präventive Ausrichtung (Abschreckungswirkung), die Pre-Recording-Speicherermächtigung in § 21 Abs. 6 und 9 PolG aber schließt erkennbar repressive Motive mit ein¹². Eher unproblematisch dürfte in diesem Kontext sein, dass die Bodycam gem. § 21 Abs. 5 PolG auch bei der Durchführung von Maßnahmen „zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“ eingesetzt werden kann. Denn entscheidende Voraussetzung ist auch in dieser Tatbestandsvariante „die Abwehr einer Gefahr“¹³. Die Situation ist vergleichbar dem Fall der Eigensicherungsdurchsuchung während einer Personenkontrolle, die unabhängig davon nach § 29 Abs. 2 PolG erfolgt, ob die Personenkontrolle präventiv oder repressiv motiviert ist¹⁴.

a) Pre-Recording - repressiver „Nebenzweck“?

Kompetenzrechtlich problematisch sind die Pre-Recording-Speicherregelungen des § 21 Abs. 6 und Abs. 9 PolG. Unter den dort näher beschriebenen Voraussetzungen darf neben der eigentlichen Aufzeichnung auch die auf der Grundlage des § 21 Abs. 5 PolG entstandene 60 Sekundensequenz davor („Vor-Aufnahme“ bzw. Pre-Recording) längerfristig, d. h., über die 60 Sekundenfrist des § 21 Abs. 9 PolG hinaus, gespeichert werden. Ein (primär) präventiver Speicherzweck ist insoweit schwerlich erkennbar. Zwar wurde vom VGH BW eine Landeskompetenz in Bezug auf § 21 Abs. 3 PolG für Bild- und Tonaufnahmen im Vorfeld konkreter Gefahren (Gefahrenvorsorge) auch bejaht, soweit das gewonnene Datenmaterial zur Strafverfolgung genutzt wird¹⁵. Ein „repressiver Nebenzweck“ – so der VGH BW – komme hier lediglich „im Einzelfall“ zur Geltung und sei daher nicht geeignet, die mit der Gesamtmaßnahme verfolgte primäre Zweckrichtung der Straftatenverhütung zu verdrängen oder zu überlagern¹⁶. Ob diese Rechtsprechung auf die Pre-Recording-Regelung des § 21 Abs. 6 und 9 PolG übertragen werden kann, erscheint jedoch zweifelhaft. Denn der Bodycam-Einsatz betrifft Situationen, in denen sich typischerweise bereits weit mehr als bei der stationären Videoüberwachung nach § 21 Abs. 3 PolG konkretisiert hat, ob eine und gegebenenfalls welche Straftat

bevorsteht. Die Miniaturkamera kommt schließlich nicht anlasslos zum Einsatz; die Aufzeichnung nach § 21 Abs. 6 PolG setzt vielmehr erst im unmittelbaren Vorfeld möglicher Schäden an „Leib und Leben“, d.h. der Begehung von Straftaten ein. Damit hat der Aspekt der Strafverfolgung im Verhältnis zur Prävention beim Einsatz der Bodycam ein weit höheres Gewicht als im Falle statischer Überwachungskameras¹⁷.

Tatsächlich steht der vom Gesetzgeber beabsichtigte – zweifellos präventiv einzuordnende – Abschreckungseffekt des Kameraeinsatzes ungeachtet des gefahrenabwehrrechtlich formulierten Wortlauts des § 21 Abs. 6 PolG im Rahmen des Pre-Recording nicht mehr im Vordergrund bzw. mehr noch: er spielt so gut wie keine Rolle mehr: Denn wirkt die Kamera nicht wie gewünscht straffatabschreckend und es kommt trotz laufender Bodycam zu einer Gefahrensituation „für Leib oder Leben“ bzw. einem strafrechtlich relevanten Verhalten, kann die Speicherung der letzten 60 Sekunden vor Eintritt der Gefahr bzw. Begehung der Tat zur Gefahrenabwehr schon theoretisch nichts mehr beitragen. Die Speicherung der einminütigen Vor-Aufnahme verfolgt dann zwangsläufig auch keinen präventiven Zweck mehr. Für die anders lautende Behauptung bzw. Begründung im Änderungsantrag zum Gesetzentwurf von CDU- und Grünen-Fraktion ist erkennbar der Wunsch der Vater des Gedankens¹⁸. Gestützt wird diese Einschätzung durch die Begründung des ursprünglichen Gesetzentwurfs von CDU- und Grünen-Fraktion, wo der Zweck der Pre-Recording-Funktion bezeichnenderweise in einer „möglichst umfassenden Dokumentation der unmittelbaren Vorgeschichte einer konkreten Konfliktsituation“ gesehen wird¹⁹. Damit wird klar auf die nachträgliche, insbesondere auch strafrechtliche Aufarbeitung des Geschehens abgestellt²⁰. Im Falle des Pre-Recording ist folglich nicht mehr von einem bloßen repressiven Nebenzweck im Sinne der zitierten VGH-Entscheidung von 2003 auszugehen. Die Repression ist insoweit, wenn nicht gar der alleinige, so jedenfalls der Hauptzweck der Speicherung. Aus gutem (kompetenzrechtlichen) Grund hatte die SPD-Fraktion daher in dem von ihr eingebrachten Gesetzentwurf auf die Pre-Recording verzichtet²¹.

b) Abschließende Bundesregelung?

Steht im Falle des Pre-Recording also die Beschaffung von Datenmaterial zu Zwecken der Strafverfolgung im Vordergrund (Beweissammlung, Beweissicherung), unterfällt die Materie der konkurrierenden Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG²². Für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Regelung entscheidend ist daher, ob der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz in abschließender und damit Sperrwirkung für die Länder entfaltender Weise Gebrauch gemacht hat. Nach Auffassung des Landesgesetzgebers soll dies nicht der Fall sein²³. Der Verweis des Gesetzgebers zur Stützung seiner Auffassung auf ein BVerwG-Urteil, demzufolge die Länder nicht gehindert seien, jenseits der §§ 81b, 100 h und 100 f StPO landesrechtliche Regelungen zur Strafverfolgungsvorsorge zu treffen, geht allerdings fehl²⁴. Denn in diesem Urteil ging es – anders als beim Pre-Recording - um den Fall anlassloser, dauernder Überwachung von Kriminalitätsschwerpunkten durch fest installierte Kameras und nicht um einen punktuellen, anlassbezogenen Kameraeinsatz²⁵. Der Gesetzgeber hätte ungeachtet des BVerwG-Urteils Veranlassung gehabt, sich genauer mit der Frage einer eventuell abschließenden Bundesregelung auseinanderzusetzen²⁶. Dies gilt umso mehr, als der VGH BW in einem zeitlich späteren Urteil die Existenz einer abschließenden Bundesregelung jedenfalls für die Anfertigung verdeckter Bild- und Tonaufnahmen

ausdrücklich bejaht hat²⁷. Im Übrigen erscheint fraglich, ob die Speicherung der Vor-Aufnahme überhaupt noch dem Bereich der Strafverfolgungsvorsorge und nicht schon der Strafverfolgung im engeren Sinne zuzurechnen ist. Die Vorstellung, dass sich der Gesetzgeber mit der nachträglichen Speicherung des Pre-Recording eine Technik zu Nutze macht, die letztlich der gezielten Beweismittelbeschaffung dient, ist keineswegs abwegig. In diesem Fall wäre in Gestalt der StPO zweifelsohne von einer abschließenden Bundesregelung auszugehen; denn dass der Landesgesetzgeber nicht befugt ist, eigene Ermittlungsbefugnisse für die Polizei zu schaffen, ist unstrittig²⁸. Auf die Pre-Recording-Regelung hätte der Gesetzgeber daher dem Beispiel anderer Bundesländer²⁹ bzw. dem genannten Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion folgend besser verzichtet.

3. Bestimmtheitsgrundsatz

a) Terminologisches

Könnte § 21 PolG schon in der Vergangenheit vor allem mit Blick auf § 22 PolG nicht als Vorbild für klare Begrifflichkeiten gelten³⁰, sorgen die neu geschaffenen Bestimmungen zur Bodycam zusätzlich für terminologische Konfusion³¹. Datenschutzrechtlich etablierte und in § 3 LDSG legal definierte Begriffe werden in verwirrender Weise mit einer eigenen polizeigesetzlichen Terminologie durchmischt. So ermächtigt § 21 Abs. 5 PolG die Polizei, „Daten durch Anfertigen von Bild- und Tonaufzeichnungen zu erheben“; die Bild- und Tonaufzeichnung im Sinne einer – wenn auch nur temporären – Fixierung von Daten auf einem Datenträger ist aber datenschutzrechtlich nicht mehr als Erhebung von Daten, sondern bereits als deren Speicherung zu qualifizieren. Datenerhebung durch Speicherung ist begrifflich nicht möglich. Problematisch wird das terminologische Durcheinander im Hinblick auf § 21 Abs. 9 PolG; wenn danach jenseits der Voraussetzungen des § 21 Abs. 6 PolG „jede über das Erheben hinausgehende Verarbeitung ausgeschlossen ist“, muss im Pre-Recording als kurzzeitigem Speichervorgang zwangsläufig ein Verstoß gegen das Verarbeitungsverbot des § 21 Abs. 9 PolG gesehen werden. Auch die – zudem unstimme³² – Lösungsregelung des § 21 Abs. 9 PolG läuft leer, wenn schon die Speicherbefugnis fehlt.

Orientiert an den nach allgemeiner Auffassung über § 48 PolG auch im Polizeirecht Geltung beanspruchenden³³ Definitionen des § 3 Abs. 2 LDSG, ist die Regelung des § 21 Abs. 5 und 9 PolG daher ungereimt, um nicht zu sagen unsinnig. Auf einem anderen Blatt steht, dass dies vom Gesetzgeber so sicher nicht gewollt war. Es darf aber erwartet werden, dass im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren mit juristischen Termini sorgfältig(er) umgegangen wird. Im Kontext von Vorschriften, die die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Gegenstand haben, gilt dies umso mehr, als Begriffe hier europarechtlich determiniert³⁴ sind und sich die Frage stellt, inwieweit ein nationaler Gesetzgeber hiervon überhaupt abweichen kann³⁵. In jedem Fall aber ist es dem Gebot der Normenklarheit und damit dem Verständnis des § 21 PolG nicht zuträglich, wenn Begriffe in einer von der unions- und datenschutzrechtlichen Terminologie abweichenden Weise gebraucht werden.

b) Schutzgut des § 21 Abs. 5 PolG

Während § 21 Abs. 6 PolG für die dauerhafte Datenspeicherung eine qualifizierte Gefahr für „Leib oder Leben“ verlangt, wird in § 21 Abs. 5 PolG kein polizeiliches Schutzgut genannt. Vorausgesetzt wird schlicht eine „Gefahr“, ohne dass gesagt würde, auf wen (Polizeibeamte? Dritte?) oder was (öffentliche Sicherheit und/oder Ordnung?) diese Gefahr zu beziehen wäre. Der Gesetzesentwurf der SPD nannte als Datenerhebungszweck in § 21 Abs. 5 PolG noch den „Schutz von Polizeibeamten und Dritten gegen eine Gefahr



für Leib oder Leben“³⁶. Im Gesetzesentwurf der Fraktionen von CDU und Grünen war immerhin noch vom „Schutz von Polizeibeamten und Dritten“ die Rede³⁷; im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde dieser Passus dann durch „Abwehr einer Gefahr“ ersetzt³⁸. Gedanken dazu, welcher Art diese Gefahr sein oder für wen oder was sie bestehen muss, hat sich der Gesetzgeber offenbar nicht mehr gemacht³⁹. Der Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit gebietet aber, dass der zulässige Zweck einer Datenerhebung präzise vorgegeben wird. Der gewählten Gesetzesformulierung ist nicht einmal mehr zu entnehmen, dass der Kameraeinsatz zum Zweck der Eigensicherung und/oder dem Schutz dritter Personen erfolgen soll; erst recht wird nicht deutlich, welche konkreten Gefahren ab welcher Risikoschwelle den Kameraeinsatz rechtfertigen. Ausreichend scheint jedwede Gefahr für irgendein Rechtsgut⁴⁰. Mit der vagen Formulierung „Abwehr einer Gefahr“ genügt § 21 Abs. 5 PolG damit hinsichtlich des Zwecks der Maßnahme nicht ansatzweise den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes. Auch mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist der weit gefasste Tatbestand bedenklich, worauf nicht nur vom Landesdatenschutzbeauftragten hingewiesen wurde⁴¹.

c) „öffentlich zugänglicher Ort“?

Der Kameraeinsatz soll nur an „öffentlich zugänglichen“ Orten zulässig sein. Auch diese Tatbestandsvoraussetzung ist alles andere als klar. Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass der Einsatz der Bodycam jedenfalls an Örtlichkeiten ausgeschlossen sein soll, die dem (weiten?) Wohnungsbegriff des Art. 13 GG unterfallen⁴². Das ist keineswegs selbstverständlich; so werden beispielsweise in der Verwaltungsvorschrift zur Parallelnorm des § 14 Abs. 6 HSOG „Geschäftsräume“ explizit als „öffentlich zugänglich“ im Sinne der hessischen Bodycam-Vorschrift benannt⁴³. In Baden-Württemberg bezeichnet die Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums zu § 31 PolG Räume wie „Kaufhäuser oder Geschäfts- und Betriebsräume mit Publikumsverkehr, die der Öffentlichkeit aufgrund einer tatsächlichen oder mutmaßlichen Einwilligung des Inhabers frei zugänglich sind“, als „Wohnung im Sinne des Gesetzes“⁴⁴. Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob § 21 Abs. 5 PolG einen öffentlich-rechtlichen Status der Einsatz-Örtlichkeit voraussetzt oder es genügt, wenn eine rechtlich private Örtlichkeit der Öffentlichkeit gewidmet (z. B. Ladenpassage) bzw. rein faktisch öffentlich zugänglich ist. Nach dem in der Gesetzesbegründung formulierten Willen des Gesetzgebers soll die tatsächlich für jedermann bestehende Zugänglichkeit entscheidend sein⁴⁵. Mit dem gleichzeitig gewollten Ausschluss der Wohnung ist dies kaum vereinbar. Ein derart weites Verständnis des öffentlich zugänglichen Ortes ist auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit

abzulehnen. Mindestvoraussetzung muss der grundsätzliche Wille des Berechtigten sein, die fragliche Örtlichkeit der Öffentlichkeit zugänglich zu machen⁴⁶. Ob dies ausreicht, muss gleichwohl als strittig gelten⁴⁷. Der Begriff „öffentlich zugänglicher Ort“ wurde aus § 21 Abs. 3 PolG übernommen. In einer dazu ergangenen Entscheidung sah der VGH BW Örtlichkeiten mit besagtem Terminus als „noch ausreichend klar beschrieben“ an: „Angesichts des damit verfolgten Zwecks, lediglich die Überwachung nicht allgemein öffentlich zugänglicher Orte, wie zum Beispiel die Hinterzimmer einschlägiger Lokale, Wohnungen und Geschäftsräume vom Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen“, bestünden keine Bestimmtheitszweifel⁴⁸. Nach einem zum – damals wortgleichen – § 8 Abs. 3 Satz 1 HmbPolDVG a. F.⁴⁹ ergangenen Urteil des OVG Hamburg dagegen durften nur Orte mit öffentlich-rechtlichem Status überwacht werden⁵⁰. Die Hamburger Entscheidung wurde in diesem Punkt vom BVerwG bestätigt⁵¹. Durch die lediglich beispielhafte Aufzählung von Örtlichkeiten jedenfalls, die nicht öffentlich zugänglich sind, ist der öffentlich zugängliche Ort im Sinne des § 21 Abs. 5 PolG positiv noch nicht hinreichend konkret bestimmt. Problematisch ist diese Unbestimmtheit etwa dann, wenn sich ein Einsatzgeschehen von der öffentlichen Straße in Richtung eines Privatgrundstücks und damit einer möglicherweise schon dem Wohnungsbegriff unterfallenden Örtlichkeit verlagert. In einer solchen Situation muss entschieden werden, ob der (weitere) Einsatz der Bodycam mit Blick auf den gewollten Ausschluss der Wohnung noch zulässig ist⁵².

Zu bemängeln ist in diesem Kontext schließlich auch das Fehlen einer Regelung zum Kernbereichsschutz. Unzulässige Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensführung mittels Bodycam sind zwar im Bereich öffentlich zugänglicher Orte unwahrscheinlicher als im nicht öffentlichen Raum, keineswegs aber ausgeschlossen⁵³. Eine allgemein kernbereichsschützende Norm ist aktuell im PolG nicht vorhanden; solange dies der Fall ist, ist der Gesetzgeber gehalten, den verfassungsrechtlich gebotenen Kernbereichsschutz in der jeweiligen speziellen Eingriffsermächtigung zu verankern⁵⁴. Auch dies wurde in § 21 PolG versäumt.

4. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Regelungen zum Einsatz der Bodycam nicht nur als handwerklich misslungen bezeichnet werden müssen⁵⁵. Sie sind von verfassungsrechtlich zweifelhafter Qualität (Gesetzgebungskompetenz; Bestimmtheitsgrundsatz) und mit ihrer – im Unterschied zum angloamerikanischen Vorbild - einseitigen Fokussierung auf den Schutz der Polizei auch rechtspolitisch fragwürdig.

Dr. Andreas Nachbaur

Fußnoten:

- ¹ So durch G. v. 19.12.2000 (GBl. S. 752) und d. G. v. 18.11.2008 (GBl. 390).
- ² VGH BW, NVwZ 2004, 498.
- ³ GBl. S. 569. Ab April 2017 fand in den Polizeipräsidien Mannheim, Stuttgart und Freiburg eine sechswöchige Erprobungsphase statt; ob die Bodycam flächendeckend eingeführt wird, soll nach einer Evaluierung entschieden werden.
- ⁴ Durch G. v. 28.11.2017 (GBl. S. 624 ff.) wurde § 21 PolG erneut geändert; die Ende 2016 mit § 21 Abs. 4, 5 und 8 PolG neu geschaffenen Bodycam-Regelun-

gen finden sich nunmehr in § 21 Abs. 5, 6 und 9 PolG.

⁵ LT-Drs. 16/308.

⁶ LT-Drs. 16/334.

⁷ „Vorreiter“ in Deutschland war Hessen mit einem bereits 2013 gestarteten Pilotprojekt Bodycam; mittlerweile existieren Bodycam-Regelungen auch in Bremen, Hamburg, Rheinland-Pfalz und dem Saarland.

⁸ Kipker/Gärtner, NJW 2015, 296.

⁹ Martini/Nink/Wenzel, NVwZ-Extra 24/2016, 1, 4 f.

¹⁰ LT-Drs. 16/334 S. 4 f.

¹¹ Vgl. Stuttgarter Nachrichten v. 6.5.2017; in die gleiche Richtung Kipker/Gärtner, NJW 2015, 296, 299 und 301; Martini/Nink/Wenzel, NVwZ 2016, 1772.

¹² Strafverfolgungsvorsorge als „eigentlicher Gesetzeszweck“, so Ziebarth, Die Polizei 2017, 76, 79.

¹³ Dies übersehen Martini/Nink/Wenzel, NVwZ-Extra 24/2016, 1, 9.

¹⁴ BeckOK PolR BW/Nachbaur, § 29 Rn. 36; Ruder, Polizeirecht Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2015, Rn. 703.

¹⁵ VGH BW, NVwZ 2004, 498, 499; dagegen Zöller, NVwZ 2005, 1235, 1239; krit. auch Schnabel, NVwZ 2010, 1457, 1459.

¹⁶ VGH BW, aaO.

¹⁷ Martini/Nink/Wenzel, NVwZ-Extra 24/2016, 1, 8 f.

¹⁸ Vgl. LT-Drs. 16/588, S. 6.

¹⁹ LT-Drs. 16/334, S. 5; passend dazu wurde der auf das Pre-Recording verzichtende SPD-Gesetzentwurf (LT-Drs. 16/308) kritisiert, weil er es nicht ermögliche, „die entscheidenden Sekunden vor dem Angriff auf einen Polizeibeamten im Nachhinein auszuwerten“ (LT-Drs. 16/588, S. 3).

²⁰ In diesem Sinne auch der Landesdatenschutzbeauftragte, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, LT-Drs. 16/580, S. 12.

²¹ Vgl. LT-Drs. 16/308, S. 2.

²² BVerfG, NJW 2005, 2603, 2605 ff.; VGH BW, NVwZ-RR 2015, 26.

²³ Siehe S. 5 der Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und Grünen, LT-Drs. 16/334.

²⁴ BVerwG, NVwZ 2012, 757, 761 m. Bspr. Waldhoff, JuS 2013, 94 ff.; zustimmend Kipker/Gärtner, NJW 2015, 296, 297.

²⁵ Ebenso der Landesdatenschutzbeauftragte, LT-Drs. 16/580, S. 13.

²⁶ Die bspw. auch in einer „absichtsvollen Nicht-Regelung“ zu sehen sein kann, vgl. BVerfG, NJW 1999, 841; NJW 2005, 2603; sehr krit. gegenüber der Annahme einer Landeskompetenz Roggan, NVwZ 2001, 134, 138 f.; Schnabel NVwZ 2010, 1457, 1458 f.; zurückhaltend auch der Landesdatenschutzbeauftragte, LT-Drs. 16/580, S. 12 f.

²⁷ VGH BW, NVwZ-RR 2015, 26.

- ²⁸ Schenke/Schenke, in: Steiner (Hrsg.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2006, Rn. 225; Fischer, *VBIBW* 2002, 89, 90.
- ²⁹ So in Rheinland-Pfalz (§ 27a Abs. 3 POG), Hamburg (§ 8 PolDVG) oder NRW (§ 15c PolG)
- ³⁰ Unklare Unterscheidung zwischen bloßer Übertragung und Aufzeichnung, ebenso bezüglich Lichtbilder-Bildaufzeichnung, dazu Stephan/Deger, *Polizeigesetz für Baden-Württemberg*, 7. Aufl. 2014, § 21 Rn. 1.
- ³¹ Ziebarth, *Die Polizei* 2017, 76, 78.
- ³² § 21 Abs. 9 PolG verweist auf Abs. 8, ersetzt aber die dort für den Regelfall normierte Speicheroberstfrist von vier Wochen für Pre-Recording-Daten durch eine Höchstfrist von 60 Sekunden; die nach 21 Abs. 5 PolG erhobenen Daten sind demnach im Regelfall „unverzögerlich, spätestens aber nach 60 Sekunden automatisch zu löschen“. Auch wenn Zweifel anzumelden sind hinsichtlich der gesetzgeberischen Vorstellung(?), „unverzögerlich“ könne schneller sein als die automatische Löschung 60 Sekunden nach Erhebung der Daten, lassen sich ausnahmslose Speicherung und „unverzögerliche Löschung“ in Bezug auf Pre-Recording-Daten nicht miteinander vereinbaren.
- ³³ Stephan/Deger, *Polizeigesetz für Baden-Württemberg*, 7. Aufl. 2014, § 19 Rn. 1a und 2; Belz/Mussmann/Kahlert/Sander, *Polizeigesetz für Baden-Württemberg*, 8. Aufl. 2015, § 19, Rn. 2 und 12.
- ³⁴ Zum Begriff der „Verarbeitung“ s. etwa Art. 2 lit. b) RL 95/46/EG (ABl. 1995 Nr. L 281, S. 31); Art. 4 Nr. 2 DSGVO - ab 25.05.2018 (ABl. 2016 Nr. L 119, S. 1); Art. 3 Nr. 2 RL (EU) 2016/680 (ABl. 2016 Nr. L 119, S. 89).
- ³⁵ Ebenso Ziebarth, *Die Polizei* 2017, 76, 79.
- ³⁶ LT-Drs. 16/308, S. 2.
- ³⁷ LT-Drs. 16/334, S. 2.
- ³⁸ Vgl. LT-Drs. 16/588, S. 1.
- ³⁹ In der Begründung zum Änderungsantrag heißt es insoweit lediglich, „Ein normaler Streifen-
- dienst oder eine normale Streifenfahrt reicht somit für die Datenerhebung nach Absatz 4 nicht aus“, LT-Drs. 16/588, S. 6
- ⁴⁰ BeckOK PolR BW/Nusser, § 21 Rn. 47 f.: „jede Gefahr, also auch schon bei bloßen Ordnungswidrigkeiten“.
- ⁴¹ Vgl. LT-Drs. 16/580, S. 10f.; ebensodie Humanistische Union im Rahmen der parlamentarischen Anhörung, LT-Drs. 16/580, S. 30 ff.
- ⁴² LT-Drs. 16/588, S. 4; Ziebarth, *Die Polizei* 2017, 76, 77 (der die Ausklammerung von Wohnungen in § 21 Abs. 5 PolG kritisiert, vgl. aaO, S. 78); anders z. B. § 15c Abs. PolG NRW, der den Bodycam-Einsatz in Wohnungen ausdrücklich zulässt (näher zum Einsatz der Bodycam in der Wohnung Sitzberger, *Die Polizei* 2017, 211 ff.)
- ⁴³ Anm. Nr. 14.6 der VwV zu § 14 Abs. 6 HSOG.
- ⁴⁴ Anm. 1 der VwV zu § 31 Abs. 1 PolG.
- ⁴⁵ S. 4 der Gesetzesbegründung, LT-Drs. 16/334.
- ⁴⁶ Ziebarth, *Die Polizei* 2017, 76, 77.
- ⁴⁷ Bejahend Stephan/Deger, *Polizeigesetz für Baden-Württemberg*, 7. Aufl. 2014, § 21 Rn. 12; zweifelnd BeckOK PolR BW/Nusser, § 21 Rn. 43.
- ⁴⁸ VGH BW, NVwZ 2004, 498, 501.
- ⁴⁹ „„Die Polizei darf öffentlich zugängliche Orte mittels Bildübertragung und -aufzeichnung offen beobachten...“
- ⁵⁰ OVG Hamburg, BeckRS 2010, 50985.
- ⁵¹ BVerwG, NVwZ 2012 757, 761.
- ⁵² Eventuell könnte der Kameraeinsatz in diesem Fall unmittelbar auf Art. 13 Abs. 7 1. Alt. GG gestützt werden
- ⁵³ BVerfGE 109, 279, 314.
- ⁵⁴ BeckOK PolR BW/Trurnit, *Entwicklungen und Strukturen des Polizeirechts in Baden-Württemberg*, Rn. 32; BVerfG NJW 2016, 1781, 1786 ff.
- ⁵⁵ So auch das Fazit von Ziebarth, *Die Polizei* 2017, 76 ff.

DER AUSLÄNDISCHE GEFÄHRDER ZUR HÖCHSTRICHTERLICHEN RECHTSSPRECHUNG ZU SOGENANTEN „VORFELDMASSNAHMEN DER GEFAHRENABWEHR“

Vorbemerkung

Mit dem Attentat auf den Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz in Berlin am 19.12.2016 durch Anis Amri war der islamistische Terror neben Anschlagsorten wie beispielsweise Paris, Brüssel, Nizza, London und Barcelona in Europa und auch definitiv in Deutschland angekommen. Spätestens seit diesem Zeitpunkt stand der Begriff des (islamistischen) „Gefährders“ im Blickpunkt des politischen und juristischen Interesses¹. So widmete sich beispielsweise das Gustav-Radbruch-Forum der Bundes-ASJ im Mai 2017 dem Thema „Der Gefährder – Die große Unbekannte“. Der Verfasser stellt nachfolgend kursiv das Gefährdungspotential in Deutschland durch „islamistische Gefährder“ dar und geht dann zur Auslegung des Begriffs des Gefährders auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zu sogenannten „Vorfeldmaßnahmen der Gefahrenabwehr“ ein. Dabei handelt es sich um eine überarbeitete und insbesondere im Fußnotenapparat gekürzte Teilauskoppelung des Aufsatzes des Verfassers mit dem Titel „Die >Flüchtlingskrise<, die Rechtsprechung des EuGH und die >Gefährder< - Neue Entwicklungen im Recht der Abschiebungshaft“, welcher im März 2018 in den Verwaltungsblättern Baden – Württemberg (VBIBW) erscheinen wird.

„Islamistische Gefährder“ in Deutschland

Im März 2017 wurden von den deutschen Sicherheitsbehörden 602 „islamistische Gefährder“ identifiziert, von denen sich 300 im Ausland aufhalten sollen. Von den im Inland aufhältigen Personen waren 100 inhaftiert. Inzwischen berichtet der Präsident des Bundeskriminalamtes (BKA) von insgesamt 690 „islamistischen Gefährdern“ ohne die Zusammensetzung dieser Gruppe bislang weiter zu präzisieren². Unter Zugrundelegung der März-Zahlen ist davon auszugehen, dass derzeit die Zahl der ausländischen „islamistischen Gefährder“, die überhaupt für aufenthaltsbedingende Maßnahmen in Frage kommen können, bei bis zu 300 liegen dürfte. Anhand der zugänglichen Quellen kann nicht definitiv gesagt werden, wie viele der betroffenen Ausländer sich auf Abschiebehindernisse berufen können, weil ihnen beispielsweise im Aufnahmeland rechtlich relevante Gefahren drohen oder sie die doppelte Staatsbürgerschaft besitzen (vgl. § 60 Aufenthaltsgesetz >AufenthG<). Zu Beginn des Jahres 2017 war von einer Zahl von 62 bzw. 100 ausreisepflichtigen Asylbewerbern unter den „islamistischen Gefährdern“ die Rede. Bis September 2017 sollen aus Deutschland 36 Gefährder in Drittländer abgeschoben worden sein.

Der Fall Anis Amri belegt, dass die von diesem Personenkreis ausgehende Gefahr nicht unterschätzt werden darf. Die Bundespolitik hat darauf am 27.04.2017 mit der Verabschiedung verschiedener Sicherheitsgesetze, u.a. auch dem sogenannten BKA-Gesetz und danach mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20. Juli 2017 reagiert³.

Der Begriff des „Gefährders“

Obwohl der Begriff „Gefährder“, nicht zuletzt in den Medien, schon fast inflationär gebraucht wurde und gebraucht wird, blieb er nur vage konturiert. Eine Legaldefinition des Begriffs des „Gefährders“ gibt es nicht und wird seitens des Bundesinnenministeriums auch nicht für erforderlich gehalten⁴. Der Begriff entstammt der polizeifachlichen Terminologie und findet Anwendung im Bereich der politisch motivierten Kriminalität. Er wird bundeseinheitlich wie folgt definiert: „Gefährder ist eine Person, zu der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100a StPO (Strafprozessordnung), begehen wird“⁵.

Die Einstufung einer Person als „Gefährder“ löst als solche noch keine Rechtsfolgen aus. Sie stellt also keine rechtliche Grundlage zur Ergreifung von Maßnahmen dar, sondern sie gibt vielmehr Anlass zur Prüfung der rechtlichen Grundlagen zur Ergreifung eben solcher Maßnahmen nach den Bestimmungen des Gefahrenabwehrrechtes⁶.

Bei Gefährdern handelt es sich nicht um einer Straftat Verdächtige im Sinne des § 152 Absatz 2 StPO oder gar um Straftäter, sondern um Personen „bei denen man zwar mit einer Straftat rechnet, für deren Begehung es aber keine konkreten Verdachtsmomente gibt“ oder, journalistisch auf den Punkt gebracht, Gefährder ist „also jemand, dem man einem terroristischen Anschlag zutraut“⁷.

Gleichwohl sind gegen solche Personen sogenannte Vorfeldmaßnahmen der Gefahrenabwehr unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wenn es um den Schutz für ein überragend wichtiges Rechtsgut (beispielsweise eben der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus) geht, wie das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2016 bezüglich heimlicher Überwachungsmaßnahmen nach dem BKA-Gesetz (BKAG) entschieden hat⁸. Dann wird für das

behördliche Einschreiten keine konkrete Gefahr im Sinne des Gefahrenabwehrrechtes⁹, aber „eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne (verlangt), dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen“¹⁰.

Im Sinne dieser Rechtsprechung wurde mit der Novelle vom Juli 2017 der polizeirechtliche Gefahrenbegriff im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz (PAG) weiterentwickelt und die Kategorie der „drohenden Gefahr“ in § 11 Absatz 3 PAG eingeführt. Dadurch werden Eingriffsbefugnisse der Polizei zeitlich vorverlagert, um insbesondere effektiver gegen „Gefährder“ vorgehen zu können¹¹.

Auch dem Aufenthaltsrecht ist die Figur des (ausländischen) „Gefährders“ nicht fremd, wenngleich auch dort der Begriff als solcher vom Gesetzgeber nicht verwandt wird. So ist hier insbesondere der § 58a Aufenthaltsgesetz (AufenthG) zu nennen, der auf die Aufenthaltsbeendigung eben von sog. „Gefährdern“ abzielt¹². Vom BVerwG wird diese Vorschrift als eine „selbständige ausländerrechtliche Maßnahme der Gefahrenabwehr“ eingeordnet¹³, welche die Eingriffsschwelle im Sinne des Gefahrenabwehrrechts vorverlagert. Denn für die auf Tatsachen gestützte Gefahrenprognose im Sinne des § 58a Absatz 1 Satz 1 AufenthG bedarf es nach Ansicht des 1. Revisionsenats des BVerwG, „keiner konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts, vielmehr genügt auf der Grundlage einer hinreichend zuverlässigen Tatsachengrundlage eine vom Ausländer ausgehende Bedrohungssituation im Sinne eines beachtlichen Risikos, das sich jederzeit aktualisieren und in eine konkrete Gefahr umschlagen kann“¹⁴. Das bedeutet aber andererseits, „dass ein bloßer (Gefahren)verdacht oder Vermutungen bzw. Spekulationen nicht ausreichen“¹⁵. Bei den Tatbestandsmerkmalen des § 58a AufenthG handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe¹⁶, weshalb der obersten Landesbehörde bei der für eine Abschiebungsanordnung erforderlichen Gefahrenprognose keine Einschätzungsprärogative zusteht. Bei dieser Entscheidung ist die Behörde an Recht und Gesetz, insbesondere die Grundrechte gebunden und unterliegt ihr Handeln nach Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 GG der vollen gerichtlichen Kontrolle¹⁷.

Dem Einwand, dass § 58a AufenthG als Ermächtigungsgrundlage für eine Abschiebungsanordnung verfassungswidrig sei, trat das BVerwG nicht bei, sondern erklärte diese Regelung für formell und materiell verfassungsgemäß¹⁸.

Das BVerwG bekräftigte seine Rechtsauffassung in weiteren Verfahren, die jeweils mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffen wurden. Das BVerfG bestätigte in den hierauf ergangenen Entscheidungen die Rechtsauffassung des BVerwG und nahm die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung an¹⁹.

Das BVerfG stellte im Hinblick auf § 58a AufenthG klar, dass auch die Verwendung von unbestimmten, der Auslegung und Konkretisierung bedürftigen Begriffen nicht gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenklarheit und Justitiabilität (Bestimmtheitsgrundsatz) verstoße²⁰. Ferner stellte es klar, dass die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei solchen Entscheidungen der vollen Kontrolle der Verwaltungsgerichte unterliege²¹.

Schlussbemerkung

Das BVerwG hat durch seine aufsehenerregende Entscheidungen zu § 58a AufenthG der ausländerrechtlichen Praxis klare Anwendungsmaßstäbe an die Hand gegeben²² und auch einen wichtigen Beitrag zur dogmatischen Einordnung der Problematik der „vorverlagerten Gefahrenabwehr“ geleistet, was nicht nur im Aufenthaltsrecht,

sondern insgesamt im Bereich der Gefahrenabwehr von Bedeutung sein wird.

Rechtspolitisch ist interessant, dass bis zum Berliner Attentat von der Möglichkeit der Anordnung der Abschiebung nach § 58a AufenthG nahezu kein Gebrauch gemacht wurde²³ und sich dies danach, wie weitere Entscheidungen des BVerwG belegen, geändert hat²⁴.

Dr. Herbert O. Zinell

Fußnoten:

¹ Vgl. hierzu u.a. Zinell, PUBLICUS 2017-03 = Sicherheitsmelder v. 15.03.2017.

² Die Angaben beziehen sich auf <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/607470/umfrage/islamistische-gefahrder-in-deutschland/>.

³ Vgl. in Baden-Württemberg auch das Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes v.28. November 2017, GBl. S. 624.

⁴ Vgl. Zinell (Fn.1), m. w. N.

⁵ BT-Drs. 18/11369 S. 2.

⁶ BT-Drs. 18/12196 S. 2.

⁷ Vgl. Zinell (Fn.1), m. w. N.

⁸ BVerfG Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 -.

⁹ Vgl. hierzu Sander/ Belz, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2015, § 3 Anm. 12; Stephan/Deger, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 7. Auflage 2014, § 1 Anm. 37 und § 26 Anm. 10 und Löffelmann in: Dietrich- Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1184.

¹⁰ BVerfG Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 -, Rn. 112.

¹¹ Vgl. hierzu Lindner, PUBLICUS 2017-8 und zum Begriff der „drohenden Gefahr“ im Staatsschutzrecht auch Löffelmann in, Dietrich- Eiffler (FN 9), S. 1184.

¹² Vgl. aber auch bspw. die §§ 2 Absatz 14 Nr. 5a und 62 Absatz 3 und 4 AufenthG.

¹³ BVerwG, Beschl. v. 21.03.2017 - 1VR 1.17 -, Rn. 14.

¹⁴ Ebenda Leitsatz 2 ;vgl. auch Rn.19 ff. m. w. N. Diese Formulierung wird von Kluth als „problematisch“ angesehen, da nicht klar sei worauf sich die Gefahrenprognose beziehen soll (Anmerkung zu BVerwG, Beschl. v. 21.03.2017 - 1 VR 2.17 -, in: ZAR 2017, 227 m. w. N.).



¹⁵ BVerwG Beschl. v. 21.03.2017 – 1VR 1.17 -, Rn. 20 m. w. N. Vgl. auch BMI, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, Ziff. 58a1.3.

¹⁶ Vgl. zum Begriff und zum Prüfungsmaßstab durch die Gerichte; Jarras/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 67 und Art. 72 Rn. 23.

¹⁷ BVerwG, Beschl. v. 21.03.2017 - 1 VR 1.17 -, Rn. 22 m. w. N.

¹⁸ Ebenda Rn. 5.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.07.2017 – 2 BvR 1487/17 - zu BVerwG, Beschl. v. 31.07.2017 – VR 4.17 - und BVerfG, Beschl. v. 26.07.2017 - 2 BvR 1606/17 - zu BVerwG, Beschl. v. 13.07.2017 – VR 3.17 -.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 24. 07. 2017 -2 BvR 1487/17 – Rn. 36 f. m. w. N. Vgl. zum Bestimmtheitsgebot auch Jarras/Pieroth (FN 16), Art. 20 Rn. 83 f. und Pieroth/Pieroth (FN 16, Art. 80 Rn. 13 ff.

²¹ BVerfG, v. 24. 07. 2017 -2 BvR 1487/17 – Rn. 40 ff.

²² Kluth (FN 14) S. 232.

²³ Eine Vorschrift, die seit ihrem Inkrafttreten vor 13 Jahren bis zum Berliner Attentat nur einmal angewandt worden sein soll. Vgl. hierzu Der Spiegel 3/17, 24 ff. (26).

²⁴ BVerwG, Urt. v. 22.08.2017 - 1 A 2.17 und BVerwG, Urt. v. 22.08.2017 - 1 A 3.17 -. Vgl. hierzu auch Pressemitteilung des BVerwG Nr. 56/2017.

TERMINE

27.01.2018	Open Space-Veranstaltung, Stuttgart
14.02.2018	Politischer Aschermittwoch, Ludwigsburg
17.03.2018	ASJ-Landesvorstand, Stuttgart
28.04.2018	Kleiner Landesparteitag, N.N.
05./06.05.2018	ASJ-Fachtagung, Karlsruhe



RÜCKBLICK

ASJ-FACHTAGUNG 2017

Im Mai 2017 fand die erste rechtspolitische Fachtagung der ASJ Baden-Württemberg in Heidelberg statt. Mit der Tagung verband die ASJ Baden-Württemberg ein neues Konzept. Anders als die bisherigen Klausurtagungen richtete sich die Fachtagung an alle rechtspolitisch interessierte Juristinnen und Juristen. Dazu sollte die Tagung Einblicke in eine Vielzahl aktueller Themen bieten.

Nach der Begrüßung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer durch den Landesvorsitzenden Michael Rajkowski berichtete der rechtspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, MdB Dr. Johannes Fechner über „Aktuelle Rechtsthemen aus der Bundestagsfraktion“. Er gab einen Überblick über die bis zum Ende der Legislaturperiode noch anstehenden Gesetzgebungsvorhaben (etwa Vorgehen gegen Fake-News, Geldentschädigung auch für Hinterbliebene nach § 844 BGB, Streichung der steuerlichen Förderung für verfassungsfeindliche Parteien). Anschließend berichtete er über die rechtspolitischen Ziele der Bundestagsfraktion (Ehe für alle, Durchsetzung der Mietpreisbremse, Musterfeststellungsklage). In der Diskussion wurde vor allem die Ausweitung der DNA-Analyse unter dem Stichwort „Aufklärung contra Stigmatisierung“ angesprochen.

Nach diesem Auftakt widmete sich Michael Wenzel, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung der Union durch den Bundesgesetzgeber. Hierbei ging er insbesondere auf die Ausfüllung der zahlreichen Öffnungsklauseln durch das nationale Recht ein. Er vertrat hierzu die Auffassung, die Harmonisierung des europäischen Datenschutzrechts dürfe nicht unterlaufen werden. Er schloss seine Ausführungen zu dem geplanten BDSG mit dem Fazit, dass weniger vermutlich mehr gewesen sei. Manche der geplanten Regelungen seien unionsrechtlich problematisch. Der „große“ Wurf sei dem deutschen Gesetzgeber nicht gelungen.

Nach der Mittagspause warf Martin Hoffmann, German Graduate School of Management and Law Heilbronn, einen Blick auf die vielleicht gar nicht ferne Zukunft des autonomen Fahrens. Er sprach über die Fahrzeugautomation in der Gesetzgebung, d.h. den Entwurf des Bundesverkehrsministeriums zur Änderung des StVG. Hoffmann gab einen Überblick zu den vielfältigen Fragen, die sich beim hoch- und vollautomatisierten Fahren stellen, so z.B. zum Zulassungsrecht und zum Haftungsrecht. Er bewertete den vorliegenden Gesetzentwurf dahin, der Gesetzgeber lege eine übertriebene Hast an den Tag. Es sei besser, zunächst die technische Entwicklung abzuwarten und dann die Normierung anzugehen.

Der zweite Tag der Fachtagung begann mit einem hochinteressanten Vortrag von Fabian Hofmann, Richter am BGH und Mitglied im ASJ-Bundesvorstand, unter dem Titel „Ist Wohnungsmangel und Gentrifizierung ein Naturgesetz oder welche Gegenmaßnahmen gibt es?“ zur Frage der künftigen Wohnungsbaupolitik. Hofmann stellte den Befund voran, dass ein Ende des Anstiegs der Mieten in den Ballungsgebieten nicht abzusehen sei. Die derzeitige Gegenstrategie der Ausweitung des freien und gebundenen Wohnungsbaus verspreche keine nachhaltige Wirkung, weil die soziale Bindung zeitlich befristet sei. Als Gegenmodell stellte Hofmann das sog. Wiener Modell vor. Dieses zeichne sich dadurch aus, dass in Wien der Wohnungs-

markt durch die Stadt „beherrscht“ werde, weil ca. 66 % des Wohnungsbestands durch die Stadt oder Wohnungsbaugenossenschaften bewirtschaftet würden. Der Vorteil dieses Modells sei, dass eine Sozialbindung auf Dauer erreicht werden könne.

Hofmann warf die Frage auf, ob sich dieses Modell auf die deutschen Verhältnisse übertragen lasse. Voraussetzung hierfür sei, dass sich 40 bis 50 % des Wohnungsbestands in kommunaler Hand befänden. Hierzu sei eine erhebliche Steigerung erforderlich, die nur durch Ankäufe aus dem Bestand erreicht werden könne. Finanzierbar sei dies durch die Einführung von Hebesätzen bei der Einkommenssteuer, der Gewerbesteuer für freiberuflich Tätige und einer Bodenwertzuwachssteuer. Wer sich solchen Überlegungen verschließe, müsse die Alternative bedenken, dass die Innenstädte nur von den Wohlhabenden bewohnt würden und Parallelgesellschaften in den Vorstädten entstünden.

Als letzten Programmpunkt gab der innen- und rechtspolitische Sprecher der SPD-Landtagsfraktion, MdL Sascha Binder, einen Überblick zu den aktuellen rechtspolitischen Themen im baden-württembergischen Landtag. Er befasste sich hierbei schwerpunktmäßig mit dem geplanten Neutralitätsgesetz für die Berufsrichter und ehrenamtlichen Richter. Hierbei vertrat er die Auffassung, dass das Verbot von politischen, weltanschaulichen und religiösen Bekundungen im Gerichtssaal nicht nur die Berufsrichter, sondern auch die ehrenamtlichen Richter erfassen solle. Diese These war Ausgangspunkt für eine sehr kontroverse Diskussion.

Insgesamt war die gut besuchte erste rechtspolitische Fachtagung der ASJ-Baden-Württemberg ein gelungener Auftakt. Er macht berechtigte Hoffnungen darauf, dass weitere Tagungen dieser Art einen noch größeren Interessentenkreis ansprechen werden. Ein Begleitprogramm in Form einer juristischen Stadtführung durch Heidelberg rundete die Tagung ab. Ein Dank für die gute organisatorische Vorbereitung gebührt der ASJ Heidelberg und der Landesgeschäftsstelle.

Impressum

Herausgeber
SPD-Landesverband Baden-Württemberg

Redaktionsanschrift
Wilhelmsplatz 10, 70182 Stuttgart
Tel. 0711/61936-0, Fax 0711/61936-20

www.spd-bw.de
www.asj-bawue.de

Layout: Dr. Gudrun Igel-Mann
Konzeption & Gestaltung: IFK Berlin, www.ifk-berlin.org

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben die Meinung der Verfasserin/des Verfassers, nicht aber (unbedingt) die Meinung der Redaktion wieder.