

Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung
Frankfurter Str. 365 • 34134 Kassel

Vorsitzender der
Deputation für Inneres
Herrn Dr. Thomas vom Bruch

Per Mail

Prof. Dr. jur. Mattias G. Fischer

Professur für Polizei- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Dienstrecht und Eingriffsrecht

Frankfurter Straße 365
34134 Kassel

Tel.: +49 561 4806-523
Fax: +49 561 4806-509

mattias.fischer@hfpv-hessen.de
www.hfpv.de

Kassel, 01.09.2020

Stellungnahme zum Entwurf zur Änderung des Bremischen Polizeigesetzes und weiterer Gesetze (Drucksache 20/511 der Bremischen Bürgerschaft)

Sehr geehrter Herr Dr. vom Bruch,

haben Sie vielen Dank für die Benennung als Sachverständiger. Der Bitte um Stellungnahme zu dem Artikelgesetz komme ich gerne nach. Angesichts des Umfangs des Gesetzentwurfs kann nur auf ausgewählte Neuregelungen eingegangen werden.

I. Bewertungsperspektive und Bewertungsmaßstäbe

Die Stellungnahme erfolgt primär aus der verfassungsrechtlichen Perspektive. Gefragt wird also nach der Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit dem Grundgesetz beziehungsweise mit der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Im Staat des Grundgesetzes müssen sich alle polizeilichen Handlungsbefugnisse an der Verfassung, insbesondere den Grundrechten messen lassen. Fest steht auch, dass Maßnahmen der Sicherheitsbehörden, die auf diese Handlungsbefugnisse gestützt werden, geradezu als Inbegriff von Grundrechtseingriffen und damit Freiheitsbeschränkungen anzusehen sind.

Dennoch wäre es ein großes Missverständnis, insoweit per se von einem „Angriff auf die Freiheit“ zu sprechen. Polizeilichem Handeln kommt – ganz im Gegenteil – im Staat des Grundgesetzes vielmehr die Aufgabe zu, Freiheit zu schützen. Das scheinbar paradoxe Verständnis einer *Freiheitsbeschränkung* als *Freiheitssicherung* lässt sich anhand des „Basisfreiheitsrechts“ des Grundgesetzes, dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG), verdeutlichen: Nach allgemeinem Verständnis gibt Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will. Ausnahmslos *jedes* menschliche Verhalten ist damit grundrechtstatbestandlich geschützt¹. Wer tun und lassen darf, was er will, derjenige dürfte in der Konsequenz auch töten, stehlen oder hehlen².

Unbegrenzte Freiheit führt zur Freiheit (nur) der Stärkeren und impliziert damit letztlich Unfreiheit. Deshalb sind Freiheitsbeschränkungen zur Freiheitssicherung notwendig³, deshalb erfordert die Sicherung der Freiheit eine öffentliche Gewalt. Angesichts der „in der Individualfreiheit gelegenen Bedrohung für die Freiheit anderer“ kann „die grundrechtlich bewirkte Ausgrenzung des Staates (...) keine absolute sein“⁴. Der Staat muss „vielmehr auch im Grundrechtsbereich mit seinen Machtmitteln tätig werden dürfen, wenn es zum Zweck des Freiheitsschutzes erforderlich“ ist⁵.

Staatliche Freiheitssicherung kann also als notwendiger Reflex auf eine prima facie unbegrenzte Individualfreiheit verstanden werden. Verfassungstextlich spiegeln zunächst die so genannten Grundrechtsschranken diesen Befund wider – sie ermöglichen staatliches, also auch polizeiliches Intervenieren zur Freiheitssicherung. So findet etwa das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG seine ausdrücklichen Schranken in den Rechten anderer und in der verfassungsmäßigen Ordnung. Damit wird zugleich deutlich, dass Grundrechtseingriffe keinesfalls mit Grundrechtsverletzungen gleichgesetzt werden dürfen.

In ständiger Rechtsprechung betont das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus, dass der Sicherheitsgesetzgeber polizeiliche Eingriffsbefugnisse nicht nur schaffen *darf*, sondern freiheitsschützend handeln *muss*. Gefahrenabwehr ist als solche nicht etwa rechtsstaatsfeindlich, sondern nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein verfassungsrechtliches, genauer: grundrechtliches Gebot. Der Staat, so führt das Gericht etwa in seinem Urteil zum BKA-Gesetz aus, sei grundrechtlich insbesondere dazu verpflichtet, „das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu schützen, das heißt vor allem, auch vor

¹ Ständige Rspr. seit BVerfGE 6, 32/36 f.

² „So ist selbst der Mord durch Art. 2 Abs. 1 GG tatbestandlich erfasste Freiheitsbetätigung“, Michael Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 2003, S. 182, Rn. 14.

³ Dazu aus sozialphilosophischer Sicht instruktiv Karl Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, Bern 1957, S. 156 ff.

⁴ Dieter Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hg.), Staatsaufgaben, Frankfurt/Main 1996, S. 613/619.

⁵ Ebd.

rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“⁶. Diese an den Staat und damit auch an den Gesetzgeber adressierte grundrechtliche Schutzpflicht⁷ zielt letztlich darauf ab, „die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen“⁸.

Die Grundrechtsschranken und die grundrechtliche Schutzpflicht bedeuten allerdings nicht, dass Grundrechtseingriffe beliebig zulässig sind – auch nicht zum Zweck des Schutzes der Bevölkerung, der anderenfalls kein *Freiheitsschutz* mehr wäre. Polizeistaatlichkeit steht im fundamentalen Widerspruch zum Grundgesetz. Polizeiliches Handeln wäre dann polizeistaatliches Handeln, wenn rechtliche Begrenzungen fehlten. Wiederum mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Das Grundgesetz unterwirft auch die Verfolgung des Zieles, die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen, rechtsstaatlichen Bindungen, zu denen insbesondere das Verbot unangemessener Eingriffe in die Grundrechte als Rechte staatlicher Eingriffsabwehr zählt.“⁹ An anderer Stelle spricht das Bundesverfassungsgericht treffend von der „rechtsstaatlichen Asymmetrie, nach der Bürgerinnen und Bürger prinzipiell frei sind, der Staat ihnen gegenüber bei Eingriffen in ihre Freiheit jedoch gebunden und damit rechenschaftspflichtig ist“¹⁰.

Die rechtsstaatliche Begrenzung der staatlichen Schutzverpflichtung hat zur Folge, dass für jeden Grundrechtseingriff – also auch für jede polizeiliche Maßnahme – eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist (Vorbehalt des Gesetzes). Und auch dem demokratischen Gesetzgeber, gem. Art. 1 Abs. 3 GG uneingeschränkt an die Grundrechte gebunden, ist es verwehrt, grundrechtlich garantierte Freiheiten nach Belieben zu verkürzen. Denn polizeiliche Befugnisnormen müssen als einschränkende Gesetze in jeder Hinsicht formell und materiell verfassungsgemäß sein.

Für den Sicherheitsgesetzgeber bedeutet dies, dass er neben den zwischen Bund und Ländern aufgeteilten Gesetzgebungskompetenzen insbesondere das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 in Verb. mit Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) und den Grundrechten folgende Bestimmtheitsgebot sowie den ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten abgeleiteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten hat¹¹.

Damit sind die zentralen verfassungsrechtlichen Maßstäbe skizziert, an denen der vorliegende Gesetzentwurf zu messen ist.

⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 100. Diese Schutzpflicht verortet das Gericht verfassungstextlich „sowohl in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 als auch in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG“ (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 220).

⁷ Grundlegend: BVerfGE 39, 1/42; 46, 160/164 f.; 88, 203/251 ff.

⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 128.

⁹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 128.

¹⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 37.

¹¹ Das ist der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts – siehe aus der jüngsten Rechtsprechung etwa BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 90.

II. Stellungnahme zu ausgewählten Neuerungen des Gesetzentwurfs

Vorbemerkung: Die Normen des Bremischen Polizeigesetzes (BremPolG) werden im Folgenden in der von dem Gesetzentwurf vorgesehenen neuen Nummerierung zitiert.

1. Wohnungsverweisung zum Schutz vor häuslicher Gewalt (§ 12)

Bei der Befugnis zur Wohnungsverweisung und zum Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt sieht der Gesetzentwurf eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle vor. So soll als Eingriffsvoraussetzung nicht mehr eine „gegenwärtige Gefahr“ für Leib, Leben oder Freiheit erforderlich sein, sondern bereits eine diesbezügliche („einfache“) Gefahr im Sinne von § 2 Nr. 3 a) BremPolG ausreichen. Damit wäre ein polizeiliches Einschreiten zukünftig nicht erst dann gestattet, wenn ein (nächster) gewaltsamer Übergriff bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht (vgl. die Legaldefinition der gegenwärtigen Gefahr in § 2 Nr. 3 b BremPolG), sondern bereits dann, wenn erst zu einem späteren Zeitpunkt und auch mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad mit (weiteren) Übergriffen zu rechnen ist. Der Gesetzentwurf führt praktische „Begründungsprobleme“ als Argument für diese Verschärfung an. So ergebe sich die spezifische Gefahrenlage, die eine Wohnungsverweisung erforderlich macht, „in der Regel nicht aus einer extremen Dringlichkeit, sondern aus der für häusliche Gewalt typischen sehr hohen Wiederholungswahrscheinlichkeit“, so dass eine gegenwärtige Gefahr nur schwer zu begründen sei. Obergerichtliche Entscheidungen zeigen freilich, dass es für die Bejahung einer gegenwärtigen Gefahr durchaus ausreichen kann, wenn eine so genannte Gewaltbeziehung vorliegt, in der jederzeit mit weiteren Übergriffen zu rechnen ist.¹²

Ungeachtet der Frage polizeipraktischer Erwartungen ist die geplante Herabsetzung der Eingriffsschwelle jedenfalls verfassungsrechtlich fragwürdig. Wohnungsverweisungen führen zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte aus Art. 11 Abs. 1 GG (Freizügigkeit), 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung), 14 Abs. 1 GG (Eigentum) und ggf. auch Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz von Ehe und Familie). Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG¹³, auf den zu Recht auch in der Gesetzesbegründung hingewiesen wird.

¹² Vgl. nur OVG Münster, 5 E 1205/14 v. 23.12.2014, Leitsatz 1.

¹³ Während die Rechtsprechung einen solchen Eingriff bejaht (etwa OVG Münster, 5 A 2428/15 v. 12.12.2017, Rn. 24), wird in der Literatur vertreten, eine Wohnungsverweisung führe nicht zu einem Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG (Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 15 Rn. 5; a. A. wiederum Krugmann, NVwZ 2006, 152/154).

Das Wohnungsgrundrecht lässt Eingriffe nur unter besonderen Voraussetzungen zu. Im Zusammenhang mit Wohnungsverweisungen ist insoweit der qualifizierte Gesetzesvorbehalt des Art. 13 Abs. 7 Hs. 2 GG einschlägig. Diese Bestimmung gestattet Eingriffe in Art. 13 Abs. 1 GG „auf Grund eines Gesetzes“ zur „Verhütung dringender Gefahren“. Der Begriff der „dringenden Gefahr“ ist umstritten. Aus durchaus beachtlichen Gründen wird im Hinblick auf den Wortlaut insoweit – jedenfalls auch – eine besondere zeitliche Nähe zum schädigenden Ereignis verlangt.¹⁴ Aufgrund dieses Verständnisses wäre es verfassungsrechtlich unzulässig, Wohnungsverweisungen bereits beim Vorliegen einer „einfachen“ Gefahr im Sinne von § 2 Nr. 3 a) BremPolG zuzulassen. Nicht von ungefähr verlangen daher Landespolizeigesetze auch anderer Bundesländer regelmäßig eine gegenwärtige Gefahr als Voraussetzung der Wohnungsverweisung (Niedersachsen: § 17a Abs. 1 Satz 1 NPOG; Nordrhein-Westfalen: § 34a Abs. 1 Satz 1 PolG NRW; Schleswig-Holstein: § 201a Abs. 1 Satz 1 LVwG SH; Hessen: § 31 Abs. 2 Satz 1 HSOG).

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass die Bremer Landesverfassung (BremVerf) in Art. 14 ebenfalls ein Wohnungsgrundrecht enthält. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 BremVerf fasst die Schranken des Landesgrundrechts noch deutlich enger als Art. 13 GG. Einschränkungsmöglichkeiten, wie sie Art. 13 Abs. 7 GG vorsieht, fehlen völlig. Nach dem alleinigen Maßstab der Landesverfassung wäre eine Befugnis zur Wohnungsverweisung daher ungeachtet ihrer näheren Ausgestaltung von vornherein verfassungswidrig. Nicht von ungefähr wurde an anderer Stelle bereits betont, die Landesverfassung werde insoweit „den praktischen Erfordernissen der zuständigen Verwaltungsbehörden zur wirksamen Abwehr von Gefahren nicht gerecht“.¹⁵ Solange die Norm allerdings existiert, sollte der Landesgesetzgeber ungeachtet der schwierig zu beantwortenden Frage, ob und inwieweit Art. 142 GG der Weitergeltung von Art. 14 Abs. 2 Satz 2 BremVerf entgegensteht, zumindest nicht von einem engen Verständnis von Art. 13 Abs. 7 GG und dem darin normierten Begriff der dringenden Gefahr ausgehen.

Mit der geplanten Herabsetzung der Eingriffsschwelle bei der Wohnungsverweisung droht nach alledem die Schaffung einer verfassungswidrigen Befugnisnorm.

2. Datenübermittlung in Fällen häuslicher Gewalt (§ 54 Abs. 4)

Eine weitere Neuerung betrifft den Komplex häuslicher Gewalt: Der Gesetzentwurf sieht vor, dass Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte zukünftig immer dann, wenn sie „von Handlungen häuslicher Gewalt Kenntnis“ erlangen, die „für eine Kontaktaufnahme erforderlichen

¹⁴ Dazu im Einzelnen Krugmann, NVwZ 2006, 152/154; so im Ergebnis auch Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 128.

¹⁵ So Blackstein, in: Fischer-Lescano/Rinken u.a. (Hg.), Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, 2016, Art. 14, Rn. 9.

personenbezogenen Daten“ der betroffenen Personen an bestimmte Beratungsstellen übermitteln müssen (§ 54 Abs. 4 Satz 1 BremPolG).

Diese Datenübermittlungspflicht führt zu einem schwerwiegenden Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung – sowohl beim Täter als auch beim Opfer häuslicher Gewalt.

Die Rechtfertigung dieses Eingriffs scheidet meines Erachtens an der fehlenden Bestimmtheit der Norm. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) abgeleitete allgemeine Bestimmtheitsgebot verlangt, dass Rechtsnormen so präzise formuliert sind, dass die normausführende Verwaltung, hier der Polizeivollzugsdienst, über nachvollziehbare präzise Handlungsvorgaben verfügt und die Gerichte in die Lage versetzt werden, die Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns anhand klarer normativer Maßstäbe zu überprüfen. Deshalb ist der Gesetzgeber gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.¹⁶ Diesen Anforderungen trägt § 54 Abs. 4 Satz 1 BremPolG nicht hinreichend Rechnung, soll die Datenübermittlungspflicht doch entfallen, wenn „eine Kontaktaufnahme zum Zwecke der Beratung (...) offensichtlich aussichtslos wäre“.

Das Kriterium der offensichtlichen Aussichtslosigkeit ist nicht hinreichend bestimmt. Damit fehlt es an einer klaren Vorgabe, wann die Datenübermittlungspflicht entfallen soll. Die Gesetzesbegründung verstärkt diesen Befund, indem dort die Situation, dass sich eine „betroffene Person vehement gegen eine solche Datenübermittlung wehrt“, als Beispiel für eine Ausnahme von der Übermittlungspflicht genannt wird. Insoweit fehlt es insbesondere auch an einer hinreichenden Differenzierung zwischen Opfer und Täter. Für die Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten ist eine solche Regelung kaum handhabbar.

3. Zuverlässigkeitsüberprüfung im Polizeivollzugsdienst

In Artikel 2 des Gesetzentwurfs ist eine Ergänzung des Bremischen Beamtengesetz (BremBG) vorgesehen, mit der eine „Zuverlässigkeitsüberprüfung im Polizeivollzugsdienst“ eingeführt werden soll (§ 107a BremBG in der Fassung des Entwurfs, künftig als BremBG-E zitiert). Diese Zuverlässigkeitsprüfung soll im Kern der „Feststellung“ des „jederzeitigen Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung“ dienen (§ 107a Abs. 1 BremBG-E). Überprüft werden sollen zum einen Bewerberinnen und Bewerber vor deren Einstellung (§ 107a Abs. 2 BremBG-

¹⁶ Vgl. dazu etwa BVerfGE 108, 186/234 f.; 93 213/238; 87, 234/263.

E), zum anderen aber auch regelmäßig alle Polizeivollzugsbeamtinnen und – beamte „im Abstand von höchstens sieben Jahren“ (§ 107a Abs. 3 BremBG-E).

Das Erfordernis eines „jederzeitigen Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung“ (§ 107a Abs. 1 BremBG-E) ist *keine Neuerung*, sondern unter dem tradierten Begriff der „Verfassungstreuepflicht“ bereits grundgesetzlich und beamtenrechtlich durch bundesrechtliche Normen vorgegeben:

Die Pflicht zur Verfassungstreue wird zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG gezählt.¹⁷ Demnach sind *alle* Beamtinnen und Beamte schon von Verfassungs wegen dazu verpflichtet, sich mit der „freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung“ des Grundgesetzes zu identifizieren.¹⁸ Insbesondere soll es dabei um die „innere Bereitschaft“ der Beamtinnen und Beamten gehen, die „dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten“.¹⁹ Von den Beamtinnen und Beamten wird nicht nur ein Bekenntnis zu dieser Ordnung, sondern auch ein aktives Eintreten für diese verlangt.²⁰ Die Verfassungstreue stellt eine Voraussetzung dar, die bereits bei der Berufung in das Beamtenverhältnis erfüllt sein muss: „Es ist eine von der Verfassung (Art. 33 Abs. 5 GG) geforderte (...) rechtliche Voraussetzung für den Eintritt in das Beamtenverhältnis, dass der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Ordnung einzutreten.“²¹ Dabei kann die Verfassungstreue dem Zugangskriterium der „Eignung“ im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG zugeordnet werden.²²

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben finden im Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) – in diesem Bundesgesetz werden, gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG, die beamtenrechtlichen Grundstrukturen für alle Landesbeamten einheitlich geregelt – ihre einfachgesetzliche Konkretisierung: So zählt es nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamStG zu den Grundpflichten der Beamtinnen und Beamten, dass diese „sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten“.²³ Und § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG bestimmt, dass in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, wer „die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten“.²⁴

¹⁷ BVerfGE 39, 334/346.

¹⁸ BVerfGE 39, 334/347 f.

¹⁹ BVerfGE 92, 140/151.

²⁰ BVerfGE 39, 334/348.

²¹ BVerfGE 39, 334, Leitsatz 4.

²² BVerfGE 39, 334/351 f.; 92, 140/151.

²³ Gem. § 71 Deutsches Richtergesetz (DRiG) gilt diese Bestimmung auch für die Richter im Landesdienst.

²⁴ Diese Einstellungsvoraussetzung ist in Bezug auf den Richterdienst nahezu gleichlautend auch in § 9 Nr. 2 DRiG normiert.

Daraus, dass die Verfassungstreue verfassungs- und beamtenrechtlich als Einstellungsvoraussetzung anzusehen ist, folgt zwingend, dass die entsprechende Eignung der Bewerberinnen und Bewerber bereits heute im Verlauf des Auswahlverfahrens überprüft werden muss.²⁵ Auch insoweit kommt der beabsichtigten Neuregelung also *nur deklaratorischer Charakter* zu.

Problematisch, umstritten und – im bundesweiten Vergleich – uneinheitlich waren in der Vergangenheit allerdings das *Überprüfungsverfahren* und die *Überprüfungspraxis*, wie insbesondere die Diskussion über die als „Extremistenbeschluss“ oder „Radikalenerlass“ bezeichnete Gemeinsame Erklärung des Bundeskanzlers (Willy Brandt) und der Ministerpräsidenten der Länder zum Erfordernis der Verfassungstreue vom 28. Januar 1972²⁶ und die dieser Vereinbarung folgende Entwicklung zeigen. Diese Schwierigkeiten hingen – und hängen nach wie vor – mit zwei Problemen zusammen: (1) welche Anforderungen sind an die Verfassungstreue konkret zu stellen bzw. welche Erkenntnisse müssen vorliegen, um die Verfassungstreue einer Person bejahen oder verneinen zu können? und (2) welche Maßnahmen dürfen ergriffen werden, um die entsprechenden Erkenntnisse zu gewinnen?

Insoweit betritt der Gesetzentwurf Neuland, wird doch hier erstmals beabsichtigt, das Überprüfungsverfahren auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen und in diesem Zusammenhang auch detailliert zu regeln, welche Informationen die Einstellungsbehörde zur Überprüfung der Zuverlässigkeit erheben bzw. abfragen darf (§ 107a Abs. 4 BremBG-E) und wie mit den so gewonnenen Daten umzugehen ist (§ 107a Abs. 5 BremBG-E).

Eine gesetzliche Regelung (auch) des Überprüfungsverfahrens ist schon vor dem Hintergrund der mit der Prüfung einhergehenden Eingriffe in grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrechte – insbesondere in das Recht der informationellen Selbstbestimmung – aus Gründen des Vorbehalts des Gesetzes sehr zu begrüßen. Meines Erachtens ist die Regelung in ihrer Ausgestaltung aber teilweise problematisch bzw. verfassungsrechtlich bedenklich.

a) Zum Erfordernis einer Einwilligung in die Datenverarbeitung als Voraussetzung für die Zuverlässigkeitsüberprüfung von Bewerberinnen und Bewerbern (§ 107a Abs. 2 Satz 3 BremBG-E)

Der Gesetzentwurf knüpft die Zuverlässigkeitsprüfung von Bewerberinnen und Bewerbern an die vorherige Einwilligung der betroffenen Person (§ 107 Abs. 2 Satz 3 BremBG-E). Demnach

²⁵ Dazu im Einzelnen bereits BVerfGE 39, 334/352 ff.

²⁶ Diese oft als Rechtsakt missverständene Erklärung ist beispielsweise abgedruckt in: Hanspeter Knirsch u.a. (Hg.), „Radikale“ im öffentlichen Dienst – Eine Dokumentation, 1977, S. 12.

müsste die Zuverlässigkeitsprüfung zukünftig völlig entfallen, wenn es an einer entsprechenden Einwilligung fehlt. Nach der Logik des Gesetzentwurfs wären dann noch nicht einmal Identitätsprüfungen (§ 107a Abs. 4 Nr. 1 BremBG-E) zulässig; selbst Recherchen über Bewerberinnen und Bewerber auf öffentlich zugänglichen Internetseiten und öffentlich zugänglichen Seiten sozialer Netzwerke (§ 107 Abs. 4 Nr. 9 BremBG-E) müssten unterbleiben.

Eine solche Regelung entspricht nur dann den verfassungs- und beamtenstatusrechtlichen Vorgaben, wenn eine fehlende Einwilligung zwingend zur *Nichteinstellung* führt. Denn wie bereits dargelegt wurde, folgt schon aus Art. 33 Abs. 5 GG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG, dass in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Das setzt zwingend eine entsprechende Eignungs-Prüfung (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) voraus.²⁷

Zwar enthalten die bundesrechtlichen Regelungen keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Überprüfung, doch zeigen diese Normen doch deutlich, dass die Überprüfung jedenfalls nicht völlig entfallen darf. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Gerade weil die Entfernung eines Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit aus dem Dienst wegen Verletzung seiner Treuepflicht nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nur im Wege eines förmlichen Disziplinarverfahrens möglich ist, muss der Dienstherr darauf sehen, dass niemand Beamter wird, der nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten. Der Dienstherr hat – auch dem Bewerber gegenüber – die Pflicht, die verfassungsrechtlich möglichen Vorkehrungen zu treffen, damit er nicht genötigt wird, Beamte wegen Verletzung ihrer politischen Treuepflicht in ein Disziplinarverfahren zu ziehen. Das verfassungsrechtlich legitime Mittel dazu ist die Prüfung und Entscheidung, ob die Persönlichkeit des Bewerbers die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten wird.“²⁸

Die Feststellung der Verfassungstreue ist damit eine unabdingbare Voraussetzung für die Einstellung in den Beamten- oder Richterdienst. Kann eine diesbezügliche Prüfung aufgrund der fehlenden Einwilligung der Bewerberin oder des Bewerbers nicht erfolgen, kommt eine Einstellung von vornherein nicht in Betracht. Es kann durchaus verwundern, dass diese gerade auch aus Bewerbersicht fundamentalen Zusammenhänge weder im Gesetzestext noch in der

²⁷ BVerfGE 39, 334/355.

²⁸ BVerfGE 39, 334/352. Deutlich – und insoweit nicht abweichend – auch das Sondervotum des Richters W. R. Wand zu dieser Entscheidung: „Wenn es – und dies ist auch die Ansicht der Mehrheit – zutrifft, dass die Behörden *von Verfassung wegen verpflichtet* sind, die freiheitlich demokratische Grundordnung und die Funktionstüchtigkeit der Beamtenschaft dadurch zu schützen, dass sie nur solchen Bewerbern den Zugang zum Beamtenverhältnis ermöglichen, die die erforderliche Gewähr für Verfassungstreue bieten, so *müssen* sie die Eignung des Bewerbers (...) schon vor seiner Einstellung, und zwar nicht nur ‚vorläufig‘, sondern eingehend prüfen; anderenfalls verletzen sie selbst die Verfassung“ (BVerfGE 39, 334/390 – Hervorhebungen im Original).

Gesetzesbegründung angesprochen werden. Empfohlen wird daher, einen entsprechenden klarstellenden Hinweis bereits in den Gesetzestext aufzunehmen – etwa in einem anzufügenden § 107a Abs. 2 Satz 4 BremBG-E –, um Missverständnissen vorzubeugen und um hinsichtlich der Folgen einer fehlenden Einwilligung für größtmögliche Transparenz zu sorgen.

b) Das Problem der Beschränkung der Zuverlässigkeitsprüfung auf den Polizeivollzugsdienst

Problematisch und letztlich mit den verfassungs- und beamtenstatusrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist es, die Zuverlässigkeitsprüfung ausschließlich für den Polizeivollzugsdienst vorzusehen. Denn die ausdrückliche Aufnahme einer Zuverlässigkeitsprüfung in das Bremische Beamtengesetz bei gleichzeitiger Beschränkung dieser Prüfung auf den Polizeivollzugsdienst bedeutet im Umkehrschluss: Hinsichtlich aller anderen Landesbeamtinnen und -beamten und Bewerberinnen und Bewerber für entsprechende Stellen, also für Beamtinnen und Beamte der übrigen Landesverwaltung, für Lehrerinnen und Lehrer, für Hochschullehrerinnen und -lehrer, in der Konsequenz letztlich auch für Richterinnen und Richter, dürfte eine solche Prüfung zukünftig nicht (mehr) erfolgen.

Eine solche Regelung wäre schon mit Art. 33 Abs. 5 GG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG nicht vereinbar, wonach – wie bereits dargelegt – in ein Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Das setzt zwingend eine entsprechende Eignungs-Prüfung (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) voraus. Zwar enthalten die bundesrechtlichen Regelungen keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Überprüfung, doch zeigen diese Normen doch deutlich, dass die Überprüfung jedenfalls nicht völlig entfallen darf. Insoweit kann erneut auf die einschlägigen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts verwiesen werden.²⁹

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung wäre im Übrigen auch eine nach unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern bzw. Funktionen differenzierende Zuverlässigkeitsprüfung fragwürdig, weist das Gericht in der zitierten Entscheidung doch auch ausdrücklich darauf hin, dass die Verfassungstreue und die diesbezügliche Überprüfungspflicht bereits von Verfassungs wegen gleichermaßen „für jedes Beamtenverhältnis [gelten, also] für das Beamtenverhältnis auf Zeit, für das Beamtenverhältnis auf Probe und für das Beamtenverhältnis auf Widerruf ebenso wie für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. Sie ist auch einer Differenzierung je nach der Art der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten nicht zugänglich. Denn in diesem Zusammenhang ist von erheblicher Bedeutung, dass jeder Beamte, der sich gegen die freiheitliche demokratische

²⁹ BVerfGE 39, 334/352.

Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigt oder an Bestrebungen teilnimmt, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen, nicht nur als eine Gefahr im Hinblick auf die Art der Erledigung der ihm obliegenden Dienstaufgaben anzusehen ist, sondern auch als eine Gefahr im Hinblick auf die naheliegende Möglichkeit der Beeinflussung seiner Umgebung, seiner Mitarbeiter, seiner Dienststelle, seiner Behörde im Sinne seiner verfassungsfeindlichen politischen Überzeugung“.³⁰

Damit hat das Bundesverfassungsgericht in der zitierten Entscheidung also sogar dem denkbaren und in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutierten Ansatz einer differenzierenden „Verfassungstreue erster, zweiter und dritter Klasse“ ausdrücklich eine Absage erteilt. Der Gesetzentwurf sieht in § 107a BremBG-E aber noch nicht einmal vor, die (angehenden) Landesbeamtinnen und -beamten grundsätzlich „standardmäßig“ auf ihre Verfassungstreue hin zu überprüfen und Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte einer „verschärften“ Überprüfung zu unterziehen, sondern beschränkt die Prüfung von vornherein auf den Polizeivollzugsdienst. Eine solche landesbeamtenrechtliche Regelung ist mit den bundesrechtlichen Vorgaben unvereinbar.

c) Das Problem der turnusmäßigen Zuverlässigkeitsprüfung hinsichtlich bestehender Beschäftigungsverhältnisse (§ 107a Abs. 3 BremBG-E)

Es versteht sich von selbst, dass ein Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht nur für den Zeitpunkt der Begründung des Beamtenverhältnisses (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG), sondern für die gesamte Dauer des Beamtenverhältnisses (§ 33 Abs. 1 Satz 3 BeamStG) verlangt wird. Angesichts praktischer Erfahrungen ist die Möglichkeit, dass einzelne Beamtinnen und Beamte im Verlauf ihrer Dienstzeit ihre Identifizierung mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung aufgeben, verfassungsfeindliche Bestrebungen unterstützen und auch im Übrigen die charakterliche Eignung für ihren Dienst verlieren, zudem nicht von der Hand zu weisen – in der Gesetzesbegründung wird dies zu Recht thematisiert. Aus Verfassungsfreunden können Verfassungsfeinde werden.

Insofern erscheint es auf den ersten Blick als nur konsequent, wenn der Gesetzentwurf die Zuverlässigkeitsprüfung nicht nur für Bewerberinnen und Bewerber (§ 107a Abs. 2 BremBG-E), sondern turnusmäßig auch für alle Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte „im Abstand von höchstens sieben Jahren“ vorsieht (§ 107 a Abs. 3 Satz 1 BremBG-E).

Dennoch unterliegt der geplante „Verfassungstreue-TÜV“ verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine turnusmäßige anlasslose Zuverlässigkeitsprüfung führt mit ihren im großen Umfang

³⁰ BVerfGE 39, 334/355 – Hervorhebung im Original.

möglichen Datenerhebungen (siehe dazu § 107a Abs. 4 BremBG-E) zu erheblichen Grundrechtseingriffen. Auch Beamtinnen und Beamte sind Grundrechtsträger. Hier geht es insbesondere um Eingriffe in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung. Die Rechtfertigung dieser Grundrechtseingriffe scheidet meines Erachtens am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Zwar dürften an der Geeignetheit der Maßnahme keine Zweifel bestehen. Die Grundrechtseingriffe sind aber nicht erforderlich. Denn im Unterschied zu den Bewerberinnen und Bewerbern sind die Beamtinnen und Beamten der (Einstellungs-)Behörde bekannt.

So ist davon auszugehen, dass bereits die tagtägliche Wahrnehmung des Verhaltens der Beamtinnen und -beamten innerhalb und u.U. auch außerhalb des Dienstes insbesondere durch Dienstvorgesetzte – aber auch durch aufmerksame Kolleginnen und Kollegen und nicht zuletzt durch das so genannte polizeiliche Gegenüber – hinreichend Aufschluss darüber gibt, ob und inwieweit sich die Beamtinnen und Beamte mit den Grundwerten der freiheitlich demokratischen Grundordnung identifizieren und auch tatsächlich für diese Werte einstehen. Dies insbesondere auch deshalb, weil es beim Einstehen für diese Grundwerte doch insbesondere darum gehen soll, die „dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten“.³¹

Eine aussagekräftigere Erkenntnisquelle als die Art und Weise der täglichen Dienstausbübung ist insoweit kaum denkbar. Auch aus der Gesetzesbegründung wird nicht ersichtlich, warum darüber hinaus noch zusätzliche, immer wiederkehrende und anlasslose Überprüfungen erforderlich sein sollen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass noch in der allgemeinen Vorrede zur Gesetzesbegründung von der Einführung einer Zuverlässigkeitsprüfung *ausschließlich* für Bewerberinnen und Bewerber gesprochen, eine Überprüfung auch der Beamtinnen und Beamten also nicht einmal thematisiert wird.

Eine Überprüfung nicht nur der Bewerberinnen und Bewerber für den Polizeivollzugsdienst, sondern auch aller Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten durch einen regelmäßigen anlasslosen „Verfassungstreue-TÜV“ wäre nach alledem unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Eine solche Prüfung erweckt den Eindruck, als vertraute der Gesetzgeber den Wahrnehmungen der Dienstvorgesetzten nicht bzw. als halte er diese für unzureichend, um die Verfassungstreue der Beamtinnen und Beamten tatsächlich sicherzustellen. Damit würden letztlich alle Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten unter den Generalverdacht einer verfassungsfeindlichen Gesinnung gestellt. Auch wenn gegenwärtig die Existenz einzelner

³¹ BVerfGE 92, 140/151.

rechtsextremer Zellen in der Polizei jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, ist ein solcher Generalverdacht nicht gerechtfertigt.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Mattias G. Fischer