

GAZEAS

GOLTSTEINSTRASSE 89 | 50968 KÖLN
T +49 221 97 58 58-10 | F +49 221 97 58 58-28
KANZLEI@GAZEAS.DE

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/945

A09, A14

Schriftliche Stellungnahme

zur

Anhörung des Innenausschusses am 13. November 2018
zum Änderungsantrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP
(LT-Drs. 17/3865) zu dem Gesetzesentwurf der Landesregierung – Gesetz zur Stärkung
der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des
Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (LT-Drs. 17/2351)

von

Dr. Nikolaos Gazeas LL.M. (Auckland)

Rechtsanwalt
Lehrbeauftragter der Universität zu Köln

Köln, 8. November 2018

Zusammenfassung

- Der Änderungsantrag stellt einen **ganz wesentlichen Schritt** auf dem Weg zu einem **ausgewogenen, rechtsstaatlichen Polizeigesetz** dar. Er ist daher zu begrüßen. Die vorgesehenen Änderungen des PolG NRW sind indes (weiterhin) **nicht frei von – auch verfassungsrechtlichen – Schwächen**.
- Die Hinweise und Anmerkungen des **Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des Niedersächsischen Landtages** vom 26. Oktober 2018 sind in vielen Punkten auf die geplanten Änderungen im PolG NRW übertragbar. Die **Hinweise**, insbesondere die geäußerte **Kritik in verfassungsrechtlicher Hinsicht**, ist **sehr ernst zu nehmen**. Es wird empfohlen, sie in diesem Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen.
- Die **Erweiterung des Katalogs terroristischer Straftaten** in § 8 Abs. 4 PolG-E **ist abzulehnen**. Sie ist **in sich widersprüchlich** und läuft in weiten Teilen **Gefahr, verfassungswidrig** zu sein. Die Straftaten nach §§ 89a, 89b, 91 und 129a sowie §§ 129b i.V.m. 129a StGB sollten aus dem Deliktskatalog gestrichen werden. Dasselbe gilt für die §§ 224 und 310 Abs. 1 und 2 StGB. Insgesamt erscheint insoweit eine Homogenität mit § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG empfehlenswert.
- Die **Tatbestandsmerkmale „individuelles Verhalten“ und „innerhalb eines übersehbaren Zeitraums“** in den §§ 20c Abs. 1 Nr. 2, 34b Abs. 1 Nr. 2 und 34c Abs. 1 Nr. 2 PolG-E zur Bestimmung der Eingriffsschwelle einer drohenden terroristischen Gefahr sind in **hohem Maße unbestimmt**. Die **Eingriffsvoraussetzungen** sollten, sofern seine Einführung weiterhin gewünscht wird, aus systemischen und verfassungsrechtlichen Gründen, **überarbeitet werden**. Der Gesetzgeber des PolG-E sollte mindestens zum Tatbestandsmerkmal „*innerhalb eines übersehbaren Zeitraums*“ **klarstellen**, welcher Zeitraum damit maximal gemeint ist.
- Bei den Regelungen zur **Quellen-TKÜ** in § 20c PolG-E **fehlt** weiterhin die tatsächliche Möglichkeit einer **ausreichenden richterlichen Kontrolle**. Es weiterhin empfohlen, **eine gesetzliche Regelung** dahingehend zu schaffen, dass nur solche Software für eine Quellen-TKÜ eingesetzt werden darf, deren Voraussetzungen nach § 20c Abs. 2 und 3 PolG-E zuvor von einer **geeigneten Stelle (BfDI/LfDI) überprüft** worden sind (**Zertifizierung der Software**).
- Die vorgesehenen Regelungen zur **Aufenthaltsvorgabe** (§ 34b PolG-E) und zur **elektronischen Aufenthaltsüberwachung** (§ 34c PolG-E) begegnen **Bedenken** insbesondere im Hinblick auf den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**.

- Dies vorgesehenen Regelungen zum **Gewahrsam** (§§ 35, 38 PolG-E) werfen weiterhin (auch **verfassungsrechtliche**) **Bedenken** auf. Ein **Gewahrsam zur Durchsetzung von Anordnungen** nach den §§ 34b und 34c PolG-E erscheint **bedenklich und systemwidrig**. Fragwürdig ist zudem die **Ausweitung des Gewahrsams** auf bis zu 28 Tage für *jede* unmittelbar bevorstehende Straftat. Selbst mit Blick auf terroristische Straftaten ist ein Gewahrsam von länger als insgesamt 14 Tagen schon mit Blick auf seine **Erforderlichkeit** fragwürdig. Das vorgesehene **Rechtsschutzverfahren** führt zu einer substantiellen Einschränkung des Rechtsschutzes und ist im Lichte rechtsstaatlich wünschenswerter Verfahrensregelungen völlig **unzureichend**. Eine **grundlegende Überarbeitung wird weiterhin empfohlen**. In rechtsstaatlicher Hinsicht ist die **verpflichtende Beiordnung eines anwaltlichen Beistandes** von zentraler Bedeutung. Es wird empfohlen, zumindest eine Regelung dahingehend zu schaffen, dass einer in Gewahrsam genommenen Person ein anwaltlicher Beistand beigeordnet wird.

- Die vorgesehene **Evaluation** erscheint zu einem früheren Zeitpunkt erwägenswert.

Gliederung

| | | |
|------|---|----|
| A. | Vorbemerkungen..... | 5 |
| B. | Zu einzelnen Änderungen im Änderungsantrag (ÄndA)..... | 6 |
| I. | Zu § 8 Abs. 4 PolG-E: – Definition von terroristischen Straftaten..... | 6 |
| 1. | Allgemeine Anmerkungen | 6 |
| 2. | Zu den einzelnen Straftaten..... | 6 |
| II. | Zu § 12a PolG-E – Strategische Fahndung..... | 11 |
| III. | Zu § 20c PolG-E – Datenerhebung durch die Überwachung der laufenden Telekommunikation..... | 12 |
| 1. | Allgemeines | 12 |
| 2. | Definition der Eingriffsvoraussetzungen einer drohenden terroristischen Gefahr – insbesondere das Tatbestandsmerkmal „innerhalb eines übersehbaren Zeitraums“ 12 | |
| 3. | Richterliche Kontrolle | 14 |
| 4. | Angabe des Endzeitpunktes in Beschluss | 15 |
| 5. | Benachrichtigungspflichten | 16 |
| 6. | Evaluation..... | 16 |
| IV. | Zu § 34b PolG-E – Aufenthaltsvorgabe | 16 |
| V. | Zu § 34c PolG-E – Elektronische Aufenthaltsüberwachung..... | 17 |
| VI. | Zu §§ 35 und 38 PolG-E – Gewahrsam und Dauer der Freiheitsentziehung..... | 18 |
| 1. | Allgemeine Anmerkungen | 18 |
| 2. | Verfassungsrechtliche Bedenken bei Gewahrsam zur Durchsetzung von Aufenthaltsanordnungen und Anordnungen einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung | 18 |
| 3. | Zur Dauer des Gewahrsams..... | 19 |
| 4. | Rechtsschutzmöglichkeiten – Notwendigkeit einer Pflicht zur Beiordnung eines anwaltlichen Beistandes..... | 20 |

A. Vorbemerkungen*

Der Änderungsantrag (ÄndA) stellt einen ganz wesentlichen Schritt auf dem Weg zu einem rechtsstaatlichen Polizeigesetz dar. Er ist daher zu begrüßen. Besonders zu begrüßen ist die eingehende Auseinandersetzung mit der Sachverständigenanhörung vom 7. Juni 2018.

Der eingebrachte ÄndA ist indes weiterhin nicht frei von – auch verfassungsrechtlichen – Schwächen. Hierauf soll in dieser Stellungnahme im Schwerpunkt eingegangen werden.

Ziel eines jeden Gesetzes im Bereich des Sicherheitsrechts sollte es sein, eine angemessene Balance zwischen notwendiger Sicherheit und gebotener Freiheit zu erreichen. Der vorgelegte ÄndA wird diesem Ziel weitaus besser gerecht, als es beim ursprünglichen Gesetzesentwurf der Fall gewesen ist. Eine angemessene Balance findet er gleichwohl noch nicht. Es besteht weiterhin an einzelnen Stellen nach Ansicht des *Verf.* Nachjustierungsbedarf.

Ein tatsächlicher Bedarf für eine „vorgreifliche“ Einführung aller vorgesehenen Befugnisse zum jetzigen Zeitpunkt unter Zurückstellung der geplanten grundsätzlichen Überarbeitung des Polizeigesetzes ist jedenfalls für die Bereiche jenseits der Terrorismusbekämpfung weiterhin nicht erkennbar.

Der ÄndA verweist an mehreren Stellen¹ auf den im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Gesetzesentwurf zur Reform des Polizeigesetzes in Niedersachsen² und übernimmt Überlegungen und Regelungstechniken von dort.

Zu dem niedersächsischen Gesetzesentwurf hat der Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des Niedersächsischen Landtages am 26. Oktober 2018 eine sehr ausführliche, sorgfältig bearbeitete und sehr wichtige Hinweise – insbesondere zu verfassungsrechtlichen Fragen – enthaltende Vorlage mit Anmerkungen und Formulierungsvorschlägen vorgelegt.³ Die Hinweise sind mit dem zuständigen Ministerium für Inneres und Sport abgestimmt und teilweise vom Ministerium bereits übernommen worden. Sie betreffen an vielen Stellen auch Regelungen, die in gleicher oder vergleichbarer Weise im hiesigen Gesetzesentwurf (GesE) und ÄndA enthalten sind. Die Hinweise, insbesondere die geäußerte Kritik in verfassungsrechtlicher Hinsicht, ist sehr ernst zu nehmen. Der *Verf.* empfiehlt, die Hinweise aus Niedersachsen auch in diesem Gesetzgebungsverfahren zu

* Ich danke Herrn Akad. Rat a.Z. Dr. *Thomas Grosse-Wilde*, Universität Bonn, für den wertvollen

¹ Vgl. LT-Drs. 17/3865, S. 6, 7, 12, 13, 15, 19 und 23.

² Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion der CDU vom 8. Mai 2018, LT-Drs. 18/850.

³ Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85.

berücksichtigen. In dieser Stellungnahme wird teilweise hierauf verwiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird die – zum Teil sehr ausführliche – Kritik jedoch hier nicht vollumfänglich in dieser Stellungnahme wiedergegeben, sondern darauf verwiesen.

Eine umfassende substantiierte Stellungnahme zu allen Punkten des ÄndA kann durch den *Verf.* an dieser Stelle nicht erfolgen, da dies mehr Zeit erfordert, als zur Verfügung stand. Die vorliegende schriftliche Stellungnahme beschränkt sich daher auf punktuelle Hinweise, die wiederum ohne Anspruch auf wissenschaftlichen Tiefgang erörtert werden. Im Übrigen wird auf die Stellungnahme des *Verf.* zur Anhörung am 7. Juni 2018 verwiesen, soweit die Änderungsvorhaben weiterhin in Gestalt des GesE weiterverfolgt werden.–Weitere Ausführungen des *Verf.* bleiben bei Bedarf der Anhörung vorbehalten.

B. Zu einzelnen Änderungen im Änderungsantrag (ÄndA)

Die Zitierung von Paragraphen im PolG-E bezieht sich auf die Fassung des ÄndA.

I. Zu § 8 Abs. 4 PolG-E: – Definition von terroristischen Straftaten

1. Allgemeine Anmerkungen

Der Gesetzgeber will an dem Begriff der drohenden terroristischen Gefahr dem Grunde nach festhalten. Dieser soll nunmehr regelungstechnisch anders eingeführt werden. Die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle auf den Bereich einer nur drohenden Gefahr wird bei den jeweiligen Eingriffsbefugnissen (§§ 20c, 34b und 34c PolG-E) verortet. In § 8 Abs. 4 PolG-E ist eine Definition von terroristischen Straftaten vorgesehen.

Es gilt weiterhin die bereits in der Stellungnahme vom 7. Juni 2018 dargelegte Kritik des *Verf.* an einer Vorverlagerung der Eingriffsschwelle für die vorgesehenen Maßnahmen (s. Stellungnahme Gazeas, S. 12 ff.).

Zu begrüßen ist, dass mit dem neuen § 8 Abs. 4 PolG-E eine nunmehr klare Definition von terroristischen Straftaten vorgesehen ist, die die Unzulänglichkeiten in der Definition der vorherigen Fassung beseitigt.

2. Zu den einzelnen Straftaten

Die nunmehr vorgesehene Struktur der Definition in § 8 Abs. 4 PolG-E entspricht der Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG.

Während § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG jedoch vollumfänglich, aber auch abschließend auf die in § 129a Abs. 1 und 2 StGB bezeichneten Straftaten verweist, geht der in § 8 Abs. 4 PolG-E vorgesehene Katalog darüber hinaus. Er enthält mehrere

Straftaten, die nicht im Katalog des § 129a Abs. 1 und 2 StGB und entsprechend nicht in § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG enthalten sind. Dies sind die Straftaten nach den §§ 89a, 89b, 89c, 224, 227, 310 Abs. 1 und 2, 328 Abs. 1 und 2, sowie § 330 Abs. 1 und 2 StGB.

Die beabsichtigte Erweiterung des Straftatenkatalogs ist offensichtlich an die gleichlautende Vorschrift im PolG-E Niedersachsen angelehnt.

Die Erweiterung des Straftatenkatalogs über die in § 129a Abs. 1 und 2 StGB genannten Straftaten hinaus ist abzulehnen. Zum einen ist ein sachlicher Grund für diese Ausweitung gegenüber der bundesgesetzlichen Norm nicht erkennbar. Warum in NRW mehr Straftaten terroristische Straftaten sein sollen als im Falle einer Bekämpfung durch das BKA oder einer strafrechtlichen Verfolgung ist nicht ersichtlich.

Noch schwerer wiegt jedoch die damit verbundene Vorverlagerung der Eingriffsschwellen durch Aufnahme der Straftaten nach §§ 89a, 89b, 89c sowie § 129a und § 129b i.V.m. § 129a StGB. Was auf den ersten Blick wegen des Terrorismusbezugs als selbstverständlich erscheinen mag, ist bei Licht betrachtet verfassungsrechtlich angreifbar. Der Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des Niedersächsischen Landtages (GBD Nds.) hat die hiermit einhergehenden Probleme sehr dezidiert und überzeugend ausgeführt. Hierauf wird vollumfänglich verwiesen.⁴

Die Erweiterung des Begriffs der terroristischen Straftat gegenüber dem BKAG hält der *Verf.* mit dem GBD Nds. im Hinblick auf die Eingriffsgrundlagen, die den Begriff der terroristischen Straftat künftig verwenden und im Hinblick auf die damit teilweise ermöglichten gravierenden Grundrechtseingriffe für verfehlt. Sie ist in sich widersprüchlich und dürfte Gefahr laufen, verfassungswidrig zu sein.

Mit den §§ 89a, 89b und 89c StGB sollen Straftaten in den Katalog eingefügt werden, die bereits Vorbereitungshandlungen konkreter Terroranschläge unter Strafe stellen, und zwar ohne dass es tatsächlich zu diesen Anschlägen kommen muss. Diese Vorbereitungshandlungen müssen in der Regel auf eine schwere Bezugstat gerichtet sein (d.h. auf einen konkreten Terroranschlag, z. B. Mord, Geiselnahme oder Sprengstoffexplosion). Zwar können solche schweren Bezugstaten die zusätzliche Voraussetzung im Satzteil nach der Buchstaben-Auflistung erfüllen, d. h. dazu bestimmt sein, „die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen

⁴ S. Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 9-14. Die nachstehenden Ausführungen sind hieraus entnommen und nicht weiter als Zitate gekennzeichnet.

eines Staates, eines Landes oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen“ und dazu geeignet sein, „durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen [zu] können“. Die Vorbereitungshandlungen selbst können jedoch, auch wenn sie für sich genommen strafbar sind, kaum auf eine solche Einschüchterung oder Nötigung gerichtet sein. Sie können erst recht nicht zu der verlangten erheblichen Beeinträchtigung des Staatswesens geeignet sein. Schon weil die Straftaten nach den §§ 89a, 89b und 89c StGB die zusätzliche Anforderung der Staatschutzklausel nicht erfüllen können, ist deren Aufnahme in den Straftatenkatalog widersprüchlich.

Noch deutlicher wird dieser Widerspruch bei den in den Katalog aufgenommenen §§ 129a und 129b i.V.m. § 129a StGB. Die Strafbarkeit der Bildung einer terroristischen Vereinigung setzt nach § 129a Abs. 2 StGB voraus, dass schwere Bezugstaten bezweckt werden, die zur Einschüchterung der Bevölkerung bestimmt und zur Schädigung des Staates geeignet sind. Die Bildung einer solchen Vereinigung kann wohl kaum selbst schon zur Einschüchterung, Nötigung usw. bestimmt sein, wenn die Vereinigung erst darauf gerichtet sein soll, Bezugstaten zu begehen, die diese einschüchternde Wirkung haben.

Die Aufnahme dieser Delikte führt nach Ansicht des GBS Nds. und des *Verf.* im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere deswegen zur Verfassungswidrigkeit der darauf gestützten Eingriffsbefugnisse, weil durch die Erweiterung des Straftatenkatalogs das faktische Geschehen, das die dortigen Grundrechtseingriffe rechtfertigt, noch weiter in das Vorfeld einer konkreten Gefahr verlegt wird als das Bundesverfassungsgericht es in der BKAG-Entscheidung gebilligt hat. Dies beruht darauf, dass die in den §§ 89a, 89b, 89c, 129a und 129b StGB enthaltenen Straftatbestände ihrerseits bereits Vorbereitungshandlungen zu den eigentlichen Terrorakten unter Strafe stellen.

Nach der geplanten Änderung würde es zur Rechtfertigung eines schwerwiegenden Eingriffs wie einer Telekommunikationsüberwachung (§ 20c PolG-E), einer Aufenthaltsvorgabe (§ 34b PolG-E) oder einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 34c PolG-E) ausreichen, dass bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person „innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine ihrer Art nach konkretisierte Weise“ eine Vorbereitungshandlung wie z. B. die Ausreise nach Syrien (§ 89 Abs. 2a StGB) oder die Sammlung von Mitteln zur Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB) begehen wird (vgl. etwa § 20c Abs. 1 Nr. 2 PolG-E).

Das mag an folgendem Beispiel veranschaulicht werden:

Ein Mann muslimischen Glaubens bucht ein One-Way-Ticket in die Türkei. Nach zweifelhafter, schwer überprüfbarer Zeugenaussage soll er vorhaben, sich später nach Syrien absetzen, um sich dort in einem Terrorcamp

ausbilden zu lassen. Ein strafprozessualer Anfangsverdacht, jedenfalls ein dringender Tatverdacht einer Straftat nach § 89a Abs. 2a ist nicht gegeben. Die Zeugenaussagen sind dafür nicht konsistent genug.

Für die Annahme einer drohenden Gefahr dürften die vorliegenden Tatsachen indes genügen. Mithin soll das Polizeirecht mit den Mitteln der Telekommunikationsüberwachung, der Aufenthaltsvorgabe, der elektronischen Fußfessel und ggfls. sogar des Gewahrsams mit bis zu 28 Tagen (zwei Mal 14 Tage) bei unmittelbar bevorstehender Straftat – hier der Ausreise aus Deutschland nach § 89a Abs. 2a StGB – in diesem Fall greifen.

Die Vorverlagerung der Eingriffsschwellen in das Vorfeld von *Vorbereitungshandlungen* (*nicht* in das Vorfeld von *Terroranschlägen*) betrifft die §§ 89a, 89b, 89c, 129a und 129b StGB insgesamt. Besonders augenfällig wird die Problematik bei einer exemplarischen Betrachtung von § 89c Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 StGB, auf die der GBD Nds. zutreffend hinweist: Dieser stellt die Sammlung bzw. Annahme von Vermögenswerten unter Strafe, wenn diese zur Begehung einer Straftat nach § 89a Abs. 2a StGB bestimmt sind, also z.B. zu einer Ausreise nach Syrien, um sich dort im Umgang mit Waffen unterweisen zu lassen. Nach dem ÄndA ist es nicht einmal erforderlich, dass ein Anfangsverdacht gemäß § 152 Abs. 2 StPO besteht, dass die Zielperson den Tatbestand des § 89c Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 StGB bereits erfüllt hat (der die Vorbereitung eines anderen Vorbereitungsdelikts [§ 89 a Abs. 2 a StGB] mit Strafe bedroht – d. h. die Strafbarkeit ohnehin schon weit in das Vorfeld einer Verletzung oder auch nur einer konkreten Gefährdung der geschützten Rechtsgüter verlagert). Es ist nach dem ÄndA auch nicht erforderlich, dass die (konkrete) Gefahr besteht, dass der das Vorfeld konkreter Rechtsgutsgefährdungen erfassende Straftatbestand des § 89b StGB von der Zielperson in absehbarer Zeit erfüllt wird. Es genügt vielmehr schon die auf das individuelle Verhalten der Zielperson gestützte Annahme, dass diese in überschaubarer Zukunft (irgendwelche) terroristischen Straftaten, also – im Fall des § 89 c StGB – Sammlungen von Terrorismusfinanzierungsmitteln versuchen wird.

Mit dem GBD Nds. pointiert ausgedrückt, genügt also das *Vorfeld des Vorfelds der konkreten Gefahr der Begehung einer strafbaren Vorbereitung einer Vorbereitungshandlung eines terroristischen Anschlags*, um daran schwere Grundrechtseingriffe wie Aufenthalts- und Kontaktverbote, eine elektronische Aufenthaltsüberwachung oder TKÜ-Maßnahmen zu knüpfen. Maßnahmen in einem derart weiten Vorfeld sind klassischerweise den Nachrichtendiensten vorbehalten, die bewusst über *keine* Exekutivbefugnisse verfügen.

Die Erweiterung der Eingriffsbefugnisse um dieses Vorfeld dürfte die vom Bundesverfassungsgericht im BKAG-Urteil gesetzten Grenzen überschreiten. Diese Bewertung entspricht auch der des GBD Nds. Ausgangspunkt der Maßgaben des BVerfG für (heimliche) Datenerhebungen zur Gefahrenabwehr (präventive Maßnahmen) ist, dass diese dem Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter wie

Leib, Leben oder Freiheit der Person sowie Bestand oder Sicherheit des Bundes oder eines Landes dienen müssen⁵ und dass „eine Gefährdung dieser Rechtsgüter im Einzelfall hinreichend konkret absehbar ist“⁶, wenn auch nicht zwingend in der klassischen polizeirechtlichen Form der konkreten Gefahr⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei ausdrücklich untersagt, dass „der tatsächliche Eingriffsanlass noch weiter in das Vorfeld einer in ihren Konturen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird“.⁸

In den Fällen der §§ 89a, 89b, 89c, 129a und 129b StGB – hier insbesondere in der oben zu § 89c StGB exemplarisch skizzierten Konstellation – dürfte die Prognosebasis im Hinblick auf eine konkret absehbare Gefährdung der geschützten Rechtsgüter (Leib, Leben oder Freiheit der Person sowie Bestand oder Sicherheit des Bundes oder eines Landes) den vom Bundesverfassungsgericht geforderten Maßgaben nicht mehr genügen.

Es sprechen gute Gründe dafür, dass der Bundesgesetzgeber aus den vorstehend genannten Gründen die §§ 89a, 89b, 89c, 129a und 129b StGB bewusst nicht in den Katalog der terroristischen Straftaten in § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG n. F. aufgenommen hat. Das BKAG wurde erst kürzlich novelliert (1. Juni 2017 – in Kraft getreten am 28. Mai 2018). Ein „Übersehen“ dieser zentralen Terrorismusdelikte bei der Konzeption des § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG kann ausgeschlossen werden.

Der *Verf.* empfiehlt – mit dem GBD Nds. – die Straftaten in §§ 89a, 89b, 89c, 129a und § 129b i.V.m. § 129a StGB aus dem Katalog des § 8 Abs. 4 Nr. 1 PolG-E zu streichen.

Im terroristischen Kontext erscheint es zudem systemwidrig, allein eine gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) als Anknüpfungstat zu wählen (hierunter fällt unter bestimmten Umständen bereits ein Tritt mit einem beschuhten Fuß). Bei § 310 StGB (Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens) ist zudem zu bedenken, dass es sich hierbei (ebenfalls) um ein Vorbereitungsdelikt zu §§ 307-309 StGB handelt. Die Anknüpfung an § 310 Abs. 1 und 2 StGB führt damit wie bei den §§ 89a, 89b, 89c StGB zu einer sehr weiten Vorverlagerung der Eingriffsschwelle. Die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen dürfte auch hier bei den jeweiligen Eingriffsbefugnissen überschritten sein.

In Niedersachsen hat das Ministerium für Inneres und Sport aufgrund der

⁵ BVerfGE 141, 220, 270, Rn. 108.

⁶ BVerfGE 141, 220, 271, Rn. 109.

⁷ BVerfGE 141, 220, 271 ff., Rn. 111 f.

⁸ BVerfGE 141, 220, 273, Rn. 113.

vorstehend genannten Kritik einer Streichung der §§ 89a, 89b und 89c StGB zugestimmt. Eine Streichung der §§ 129a und 129b StGB hält es hingegen – für nicht erforderlich, was im Lichte des vorstehend Ausgeführten nicht überzeugt.

Der *Verf.* empfiehlt daher die Streichung von §§ 224 und 310 Abs. 1 und 2 StGB aus dem Katalog des § 8 Abs. 4 Nr. 1 PolG-E.

Der *Verf.* empfiehlt ferner zu prüfen, ob eine Aufnahme der weiteren Straftatbestände (§§ 227, 328 Abs. 1 und 2, 330 Abs. 1 und 2 StGB) notwendig ist oder ob hierauf schon aus Gründen der Homogenität mit dem Bundesrecht verzichtet werden kann.

II. Zu § 12a PolG-E – Strategische Fahndung

Die in § 12a Abs. 1 Satz 2 PolG-E vorgesehene Formulierung ist in mehreren Punkten unbestimmt und läuft Gefahr, die Grenze zwischen einer nach § 12a Abs. 1 Satz 2 PolG-E zulässigen Inaugenscheinnahme und einer Durchsuchung nach den §§ 39, 40 PolG zu verwässern. Auch im Lichte der Begründung des ÄndA⁹ stellt sich etwa die Frage, ob das Einsehen einer Handtasche, einer Aktentasche oder einer Reisetasche, die sich in einem Fahrzeug befindet, (unter Zuhilfenahme der Hände des Polizeibeamten) noch ein in Augenschein nehmen oder schon eine Durchsuchung darstellt. Das sollte in den Gesetzgebungsmaterialien klargestellt werden. Von der Eingriffsintensität her macht es für den Betroffenen im Ergebnis indes kaum einen Unterschied, ob ein Polizeibeamter seine Reisetasche durchwühlt oder er aufgefordert wird, die dort befindlichen Gegenstände selbst herauszuholen. Letzteres stellt eine Art „selbst durchgeführte Durchsuchung auf Anordnung“ dar. Dies dürfte nach Ansicht des *Verf.* die Grenzen einer zulässigen Inaugenscheinnahme i.S.d. § 12a Abs. 1 Satz 2 PolG-E sprengen.

Es wird angeregt, in den Gesetzgebungsmaterialien anhand eines Beispiels klarzustellen, welche Fälle unter § 12a Abs. 1 Satz 2 PolG fallen.

⁹ LT-Drs. 17/3865, S. 8 f.

III. Zu § 20c PolG-E – Datenerhebung durch die Überwachung der laufenden Telekommunikation

1. Allgemeines

Auf die in der Stellungnahme des *Verf.* zur Anhörung vom 7. Juni 2018 erörterten Punkte wird zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen (s. Stellungnahme *Gazetas* S. 18 ff.). Diese gelten auch für den ÄndA und werden nachstehend nicht mehr vollumfänglich wiederholt.

2. Definition der Eingriffsvoraussetzungen einer drohenden terroristischen Gefahr – insbesondere das Tatbestandsmerkmal „innerhalb eines übersichtbaren Zeitraums“

§ 20c Abs. 1 Nr. 2 PolG-E knüpft die Zulässigkeit einer TKÜ – insoweit inhaltlich unverändert – auch an eine „drohende terroristische Gefahr“ an. Eine Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung soll auch dann möglich sein, wenn das „individuelle Verhalten“ einer Person „die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie innerhalb eines übersichtbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierten Weise eine terroristische Straftat nach § 8 Absatz 4 begehen wird.“

Auf die damit einhergehende Problematik hat *Verf.* in seiner früheren Stellungnahme hingewiesen (s. Stellungnahme *Gazetas*, S. 12 ff.).

Ob ein tatsächlicher Bedarf für eine derartige Herabsetzung der Eingriffsschwelle besteht, vermag diesseits nicht abschließend beurteilt zu werden. Diese Frage sollte jedoch beantwortet werden.

Die aus dem BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts übernommenen Begrifflichkeiten zur Bestimmung der Eingriffsschwelle einer drohenden terroristischen Gefahr sind in hohem Maße unbestimmt. Unklar bleibt insbesondere, was mit den folgenden Begriffsbestimmungen gemeint sein soll:

- „individuelles Verhalten“
- „innerhalb eines übersichtbaren Zeitraums“.

Bei der verwendeten Definition bleibt unklar, welches „individuelle Verhalten“ die „konkrete Wahrscheinlichkeit“ dafür begründet, dass künftig eine Straftat begangen werden soll.¹⁰ Noch unbestimmter, unklarer und damit – auch verfassungsrechtlich – problematischer ist das Merkmal der zeitlichen Komponente „innerhalb eines übersichtbaren Zeitraums“. Hier bleibt völlig offen, ob Tage, Wochen, Monate oder

¹⁰ S. ebenso kritisch Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 27; vgl. ferner instruktiv *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145, 148.

gar Jahre noch ein „übersehbarer Zeitraum“ sind. Lexikalisch sind fünf ebenso wie 50 Jahre ein (noch) übersehbarer Zeitraum innerhalb eines menschlichen Lebens. Mit Blick auf die hiesige Verwendung könnten auch Zeiträume von mehreren Monaten bis hin zu einigen Jahren dem Wortlaut nach unter dem Begriff „übersehbarer Zeitraum“ subsumiert werden. Da die zeitliche Frage der Schlüssel ist, der den Schrank zu schwerwiegenden Eingriffsbefugnissen öffnet, sind die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes entsprechend hoch anzusetzen.

Zwar rührt die Übernahme des Begriffs aus dem BKA-Urteil selbst. Indes ist es als sehr zweifelhaft zu bewerten, ob die wörtliche Übernahme aus dem BKAG-Urteil dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot entspricht¹¹ oder ob das BVerfG vom Gesetzgeber eine normenklare Umsetzung der Vorgaben erwartet hat. Diesen Punkt kritisiert auch der GBD Nds. in dieser Form.¹²

Der Gesetzgeber sollte hier nicht denselben Fehler begehen wie der Bundesgesetzgeber im BKAG und Formulierungen aus dem BKA-Urteil unreflektiert übernehmen, ohne ihnen eine hinreichende Bedeutung zu verleihen. Denn dies steht im diametralen Widerspruch zur Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts im BKA-Urteil, die Prognoseanforderungen *hinreichend bestimmt* auszugestalten.¹³ Eine solche Ausgestaltung, ist Aufgabe des Gesetzgebers; sie kann nicht durch die Übernahme höchstrichterlicher Entscheidungsgründe (z.T. im Wortlaut) ersetzt werden. Dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen Rahmen vorgegeben hat, entbindet ihn nämlich nicht von seiner Aufgabe, diesen Rahmen durch hinreichend klar und verständlich formulierte Tatbestandsmerkmale auszufüllen. Im BKA-Urteil heißt es insoweit ausdrücklich (nach Verwendung der vorstehenden Begrifflichkeiten):

„Die diesbezüglichen Anforderungen sind normenklar zu regeln.“¹⁴

Der Gesetzgeber des PolG-E sollte weiterhin mindestens zum Tatbestandsmerkmal „*innerhalb eines übersehbaren Zeitraums*“ klarstellen, welchen Zeitraum er sich hier maximal vorstellt. Ein Zeitraum von über sechs Monaten erscheint dem *Verf.* schwerlich, ein Zeitraum von über einem Jahr nicht mehr vertretbar. Es könnte auch erwogen werden, diesen Zeitraum ins Gesetz zu schreiben. Eine weitere Überlegung könnte sein, stattdessen die Formulierung „*innerhalb eines kurzen absehbaren Zeitraums*“ zu verwenden, was jedenfalls präziser wäre als der bisherige Begriff des „übersehbaren Zeitraums“.

¹¹ Vgl. auch etwa *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145, 148.

¹² Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 17.

¹³ BVerfGE 141, 220, insb. Rn. 164.

¹⁴ BVerfGE 141, 220, Rn. 164.

Es wird empfohlen, zum Tatbestandsmerkmal „*innerhalb eines übersehbaren Zeitraums*“ klarstellen, welchen Zeitraum der Gesetzgeber sich hierunter vorstellt.

Es wird angeregt, dieses Tatbestandsmerkmal durch eine präzisere Fassung zu ersetzen. Eine solche könnte lauten: „*innerhalb eines kurzen absehbaren Zeitraums*“).

3. Richterliche Kontrolle

Bei dem vorgesehenen Verfahren fehlt weiterhin die tatsächliche Möglichkeit einer ausreichenden richterlichen Kontrolle. § 20c Abs. 2 und 3 PolG-E sehen den Anforderungen des BKA-Urteils folgend bestimmte technische Mindestanforderungen für die Anordnung und Durchführung der Quellen-TKÜ vor. Der die TKÜ anordnende Richter ist jedoch in der Praxis außer Stande, die Einhaltung dieser Vorgaben zu überprüfen. Hieran ändert auch die vorgesehene Ergänzung in § 20c Abs. 4 Nr. 4 PolG-E nichts, wonach im Antrag „die Bezeichnung des Herstellers und der Softwareversion des einzusetzenden technischen Mittels“ anzugeben sind. Diese Angaben dürften zu keiner spürbaren Verbesserung der richterlichen Kontrolle führen, da keine Zertifizierung der zum Einsatz vorgesehenen Software durch eine unabhängige Stelle vorgesehen ist.¹⁵ Was die Software tatsächlich kann, wird der richterlichen Kontrolle auch auf Grundlage des ÄndA weiterhin nicht zugänglich sein.

Die Angaben zur einzusetzenden Software und ihrer Version sind nur im Antrag der Polizei, nicht jedoch im Beschluss des Gerichts (vgl. § 20c Abs. 6 PolG-E) aufzunehmen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der gerichtliche Beschluss nicht eine Beschränkung des Einsatzes der angegebenen Software enthalten soll. Ohne diese Festlegung führt die Erweiterung der Angabepflichten im Antrag zu keinerlei erkennbarer Verbesserung des Rechtsschutzstandards.

Die „Standardisierte Leistungsbeschreibung“ (SLB) zur Quellen-TKÜ ist, soweit ersichtlich, entgegen der Angaben in der Begründung des ÄndA¹⁶ nicht mehr auf der Homepage des BKA abrufbar.¹⁷

Es wird weiterhin empfohlen, eine gesetzliche Regelung dahingehend zu schaffen, dass nur solche Software für eine Quellen-TKÜ eingesetzt werden darf, deren Voraussetzungen nach § 20c Abs. 2 und 3 PolG-E zuvor von einer geeigneten unabhängigen Stelle (BfDI/LfDI) überprüft worden sind. Die Überprüfung ist in einem Zertifikat niederzulegen. Die Zertifizierung ist bei Beantragung der Maßnahme nachzuweisen.

¹⁵ S. dazu Vorschlag des Verf. in Stellungnahme zur Anhörung am 7. Juni 2018, S. 20.

¹⁶ LT-Drs. 17/3865, S. 12.

¹⁷ S.

https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sonstiges/standardisierendeLeistungsbeschreibungQuellenTKUE.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Stand: 8. November 2018).

Es wird zudem empfohlen, in § 20c Abs. 6 PolG-E eine Pflicht aufzunehmen, wonach im Falle einer Quellen-TKÜ die Bezeichnung des Herstellers und der Softwareversion im Beschluss des Gerichts anzugeben ist. In § 20c Abs. 6 Satz 2 PolG-E sollten nach dem Wort „soll“ der Punkt gestrichen werden und nachfolgend eingefügt werden:

„3. Die Bezeichnung des Herstellers und der Softwareversion des einzusetzenden technischen Mittels“.

§ 20c Abs. 6 sieht eine Befristung der Anordnung auf höchstens drei Monate vor, jedoch keine Höchstfrist. Hier sollte erwogen werden, ob etwa nach sechs Monaten die Zuständigkeit der nächsthöheren gerichtlichen Instanz übertragen wird. Eine dahingehende Regelung enthält etwa § 100e Abs. 2 StPO für den Fall einer repressiven Online-Durchsuchung und Wohnraumüberwachung.

Es sollte erwogen werden, nach sechs Monaten die Zuständigkeit der nächsthöheren gerichtlichen Instanz zu übertragen.

Das vorgesehene Verfahren nach dem FamFG sollte, wenn es – entgegen der Empfehlungen – nicht in diesem Gesetzgebungsverfahren einer kritischen Überprüfung unterzogen wird, zumindest im Rahmen der angekündigten grundlegenden Überarbeitung des Polizeigesetzes kritisch hinterfragt werden. Die Tatsache, dass das Verfahren nach dem FamFG nicht erst in diesem Gesetzgebungsverfahren eingeführt worden ist, ist kein überzeugender Grund dafür, die Angemessenheit des damit einhergehenden Rechtsschutzes nicht kritisch zu hinterfragen.

4. Angabe des Endzeitpunktes in Beschluss

In der Praxis hat es sich bewährt, bei Anordnungen von befristeten heimlichen Überwachungsmaßnahmen neben Art, Umfang und Dauer der Maßnahme auch die konkrete „Benennung des Endzeitpunktes“ (z.B. „12.12.2017, 23:59 Uhr“) anzugeben, damit insoweit einerseits Rechtsicherheit andererseits auch Handlungssicherheit – auch für den durchführenden Telekommunikationsdienst-Erbringer – besteht und sich nicht bei der Berechnung der Dauer der Maßnahme Fehler einschleichen, die auch dazu führen können, dass eine Maßnahme vorzeitig beendet wird, obwohl die Polizei noch rechtzeitig eine Fortsetzungsanordnung eingeholt hat. Das BKAG (s. etwa § 20l Abs. 4 Nr. 3 sowie § 20k Abs. 6 Nr. 3) sieht daher ebenso wie die StPO (s. hier § 100e Abs. 3 Nr. 3) die Benennung des Endzeitpunktes der Maßnahme in der richterlichen Anordnung vor. Dies sollte auch für das PolG NRW gelten.

In § 20c Abs. 6 Satz 2 PolG-E sollte eingefügt werden:

„4. Art, Umfang, Dauer und Endzeitpunkt der Maßnahme.“

5. Benachrichtigungspflichten

Im Hinblick auf die vorgesehene Benachrichtigungspflicht – s. dazu Stellungnahme *Gazetas* zur Anhörung am 7. Juni 2018, S. 20 ff. – wird weiterhin empfohlen, die verfassungsrechtlich sehr bedenkliche Einschränkung der Benachrichtigungspflicht in § 17 Abs. 5 Satz 2 PolG NRW zu streichen.

Es wird empfohlen, § 17 Abs. 5 Satz 2 PolG NRW – auch im Hinblick auf die Benachrichtigungspflichten in anderen Fällen – zu streichen.

6. Evaluation

Mit § 20c PolG-E wird erstmals eine sehr weitgehende Überwachungsbefugnis mit zum Teil nachrichtendienstlichem Charakter im PolG NRW geschaffen. Diese geht auch mit vielen Unwägbarkeiten bei der Umsetzung der Quellen-TKÜ einher. Es bestehen technische wie rechtliche Unsicherheiten. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Evaluierung zu einem früheren Zeitpunkt als bis zum 30. Juni 2023 angemessener.

IV. Zu § 34b PolG-E – Aufenthaltsvorgabe

Die neue Überschrift ist unvollständig, soweit auf den Begriff des Kontaktverbots verzichtet wird. Denn die Vorschrift enthält in Absatz 1 auch ein Kontaktverbot.

Der ÄndA folgt hier – weitgehend nahezu wortgleich – dem Formulierungsvorschlag in § 17 PolG-E Nds.¹⁸ Die vorgesehene Regelung begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf ihre Vereinbarung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; sie dürfte teilweise verfassungswidrig sein. Hierzu hat der GBD Nds. sehr substantiierte, ernst zu nehmende Hinweise erteilt, die der *Verf.* teilt und auf die vollumfänglich verwiesen wird.¹⁹

Die mit der Verwendung der Terminologie zur „drohenden terroristischen Gefahr“, insbesondere des unbestimmten Rechtsbegriffs „innerhalb eines übersehbaren Zeitraums“ dargelegten Bedenken (s. oben unter B.III.2.) gelten auch hier.

Es wird empfohlen, zum Tatbestandsmerkmal „*innerhalb eines übersehbaren Zeitraums*“ klarstellen, welchen Zeitraum der Gesetzgeber sich hierunter vorstellt.

Es wird angeregt, dieses Tatbestandsmerkmal durch eine präzisere Fassung zu ersetzen. Eine solche könnte lauten: „*innerhalb eines kurzen absehbaren Zeitraums*“).

¹⁸ S. LT-Drs. 17/3865, S. 13.

¹⁹ S. Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 35 ff.

Der *Verf.* ist weiterhin der Ansicht, dass eine derart weitgehende Vorverlagerung der Eingriffsbefugnis auf den Bereich einer drohenden terroristischen Gefahr nicht gesichert auf Grundlage des BKA-Urteils erfolgen kann, da es sich bei der Aufenthaltsvorgabe und dem Kontaktverbot nicht um bloße heimliche (informationelle) Überwachungsmaßnahmen handelt, sondern um imperative Maßnahmen, durch die in den Kausalverlauf eingegriffen wird. Hier ist unverändert streitig, ob das Bundesverfassungsgericht die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle auch für imperative Eingriffe bei Terrorismusbezug für verfassungsrechtlich zulässig erachtet. Auf diese Problematik weist auch der GBD Nds. instruktiv hin.²⁰ Mit Blick auf die Maßnahme der Aufenthaltsvorgabe (und des Kontaktverbots) ist zu bedenken, dass diese Maßnahme je nach Art und Dauer ihrer Anwendung eine sehr erhebliche Eingriffsintensität erlangen können. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit wird belastbar erst nach Vorliegen einer aussagekräftigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beurteilt werden können.

Da für die Maßnahme der Aufenthaltsvorgabe keine Maximalfrist vorgesehen ist, sollte erwogen werden, – wie für den Fall der TKÜ vorgeschlagen – nach sechs Monaten die Zuständigkeit der nächsthöheren gerichtlichen Instanz zu übertragen.

Es sollte erwogen werden, nach sechs Monaten die Zuständigkeit der nächsthöheren gerichtlichen Instanz zu übertragen.

V. Zu § 34c PolG-E – Elektronische Aufenthaltsüberwachung

Der ÄndA folgt hier – weitgehend nahezu wortgleich – dem Formulierungsvorschlag in § 17c PolG-E Nds.²¹ Die vorgesehene Regelung begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Inländerdiskriminierung und eines Verstoßes gegen Art. 13 Abs. 1 und 4 GG. Hierzu hat der GBD Nds. sehr substantiierte, ernst zu nehmende Hinweise erteilt, die der *Verf.* teilt und auf die vollumfänglich verwiesen wird.²²

Die mit der Verwendung der Terminologie zur „drohenden terroristischen Gefahr“, insbesondere des unbestimmten Rechtsbegriffs „innerhalb eines übersehbaren Zeitraums“ dargelegten Bedenken (s. oben unter B.III.2.) gelten auch hier.

Es wird empfohlen, zum Tatbestandsmerkmal „*innerhalb eines übersehbaren Zeitraums*“ klarstellen, welchen Zeitraum der Gesetzgeber sich hierunter vorstellt.

²⁰ S. Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 17 ff., 23 f.

²¹ S. LT-Drs. 17/3865, S. 15.

²² S. Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 44 ff.

Es wird angeregt, dieses Tatbestandsmerkmal durch eine präzisere Fassung zu ersetzen. Eine solche könnte lauten: „*innerhalb eines kurzen absehbaren Zeitraums*“).

Für die Maßnahme der elektronischen Aufenthaltsüberwachung ist keine Maximalfrist vorgesehen. Gerade mit Blick auf die mit zunehmender Dauer der Überwachungsmaßnahme steigenden Intensität des Grundrechtseingriffs, die insbesondere aufgrund der Möglichkeit, Bewegungsprofile des Betroffenen zu erlangen, besonderes Gewicht erfährt, sollte erwogen werden, – wie für den Fall der TKÜ und der Aufenthaltsvorgabe vorgeschlagen – nach sechs Monaten die Zuständigkeit der nächsthöheren gerichtlichen Instanz zu übertragen.

Es sollte erwogen werden, nach sechs Monaten die Zuständigkeit der nächsthöheren gerichtlichen Instanz zu übertragen.

VI. Zu §§ 35 und 38 PolG-E – Gewahrsam und Dauer der Freiheitsentziehung

1. Allgemeine Anmerkungen

Der Freiheitsentzug stellt einen der schwerwiegendsten Grundrechtseingriffe überhaupt dar. Der Gesetzesentwurf sah eine qualitative und zeitlich erhebliche Ausweitung des Gewahrsams vor. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass diese Maßnahme nicht mehr an den Begriff der drohenden terroristischen Gefahr angeknüpft wird. Gleichwohl verblieben bei den nunmehr vorgesehenen Änderungen weiterhin verfassungsrechtliche und konventionsrechtliche Bedenken. Zudem ist insbesondere die Frage der Erforderlichkeit aufzuwerfen.

Es wird zunächst auf die bereits geäußerte Kritik in der Stellungnahme des *Verf.* zur Anhörung am 7. Juni verwiesen, die teilweise weiter gilt (Stellungnahme *Gazetas*, S. 22 ff.).

Erhebliche verfassungsrechtliche und konventionsrechtliche (Art. 5 MRK) Bedenken hat auch der GBD Nds. zu dem insoweit in vielen Punkten parallelen Regelungsentwurf in Niedersachsen erhoben. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.²³

2. Verfassungsrechtliche Bedenken bei Gewahrsam zur Durchsetzung von Aufenthaltsanordnungen und Anordnungen einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E sieht weiterhin vor, Gewahrsam auch zur Durchsetzung einer Aufenthaltsanordnung und eines Kontaktverbots nach § 34b PolG-E oder

²³

S. Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 53 ff.

zur Durchsetzung einer Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 34c anordnen zu können, wenn dies unerlässlich ist.

Dies wirft verfassungsrechtliche Bedenken auf, die auch der GBD Nds. eingehend ausgearbeitet hat. Hierauf wird verwiesen.²⁴ Grundsätzlich werden polizeiliche Anordnungen (sofern sie vollziehbar sind) im Falle ihrer Nichtbefolgung mit den Zwangsmitteln der §§ 50 ff. PolG NRW durchgesetzt.

Weiterhin fehlt eine plausible Begründung, warum es neben der Strafbewehrung in § 34d PolG-E (und der Möglichkeit der Vollstreckung nach den §§ 50 ff. PolG-E) auch noch des Erzwingungsgewahrsams bedarf. Dies gilt einmal mehr, als ein Gewahrsam bei Nichtbefolgung der (vollziehbaren) Anordnung – bei Vorliegen der Voraussetzungen – auch auf § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG-E gestützt werden könnte, wenn die Straftat unmittelbar bevorsteht oder fortgesetzt werden soll.²⁵

Die auch bislang schon vorgesehene Regelung zur Durchsetzung eines Platzverweises unterscheidet sich strukturell von den vorgesehenen Erweiterungen und stellt daher keinen legitimen Grund dar, den Katalog des Gewahrsams insoweit zu erweitern. Der Platzverweis kann durch den Gewahrsam der betroffenen Person tatsächlich unmittelbar durchgesetzt werden, indem die Person von dem Ort, von dem sie verwiesen worden ist, an einen anderen Ort verbracht und dort festgehalten wird. Dagegen wird eine Anordnung zum Tragen einer elektronischen Fußfessel oder eine Aufenthaltsvorgabe nicht unmittelbar durch den Gewahrsam „durchgesetzt“ (die betroffene Person trägt in der Haft keine „Fußfessel“). Ähnliche Zweifel an der unmittelbaren Durchsetzung bestehen auch im Hinblick auf das Aufenthaltsgebot.

Es sollte erwogen werden, die Durchsetzung der vorstehenden Maßnahmen allein über den Verwaltungszwang durchzusetzen und § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E zu streichen.

3. Zur Dauer des Gewahrsams

Fragwürdig ist die Ausweitung des Gewahrsams auf bis zu 28 Tage für *jede* unmittelbar bevorstehende Straftat. Zwar werden die Grenzen durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gesetzt. Rechtstaatlich klarer wäre es, nach der Schwere von Straftaten auch mit Blick auf die Länge des möglichen Gewahrsams zu differenzieren.

²⁴ S. Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 53 f.

²⁵ Ebenso für Niedersachsen S. Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes im Landtag Niedersachsen vom 26. Oktober 2018, 81/85/891/1179-85, S. 55.

Im Vergleich zu anderen Rechtsstaaten ist die vorgesehene Dauer des Präventivgewahrsams von einem Monat in Terrorismusfällen hoch. Selbst in Großbritannien, das für ein sehr starkes Sicherheitsrecht bekannt ist, ist die Präventivhaft in Terrorismusfällen zunächst im Jahr 2000 von sieben auf 14 Tage erhöht worden, im Jahr 2006 von 14 auf 28 Tage, um dann im Jahr 2011 wieder auf 14 Tage reduziert zu werden. Die Rückführung auf 14 Tage war dem Umstand geschuldet, dass ein Bedarf für eine 28 Tage dauernde Präventivhaft mangels Anwendungsfällen nicht bestand.²⁶

Es sollte erwogen werden, den Unterbindungsgewahrsam für unmittelbar bevorstehende Straftaten außerhalb des Terrorismusbereichs auf eine kurze Zeit zu beschränken und einen längeren Zeitraum von höchstens insgesamt 14 Tagen allein für terroristische Straftaten vorzusehen.

4. **Rechtsschutzmöglichkeiten – Notwendigkeit einer Pflicht zur Beiordnung eines anwaltlichen Beistandes**

Die Rechtsschutzmöglichkeiten bleiben weiterhin defizitär. Insoweit wird zunächst auf die Stellungnahme des *Verf.* zur Anhörung am 7. Juni 2018 verwiesen (Stellungnahme *Gazetas*, S. 30 f.)

In rechtstaatlicher Hinsicht ist die Beiordnung eines anwaltlichen Beistandes von zentraler Bedeutung. Im Bereich des Strafrechts sowie des Rechtshilferechts ist im Oktober 2018 vom BMJV ein Referentenentwurf zur Verbesserung der Rechtsstellung des Betroffenen in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben vorgelegt worden.²⁷ Danach soll ein Fall notwendiger Verteidigung (demnächst) nicht mehr erst – wie nach geltendem Recht – mit der Vollstreckung von Untersuchungshaft oder vorläufiger Unterbringung, sondern bereits mit der Vorführung vor einen Richter vorliegen. Auch in Auslieferungsverfahren soll durch Änderung des IRG eine notwendige Rechtsbeistandschaft künftig an die Festnahme der gesuchten Person angeknüpft werden.²⁸ Die – auch europarechtliche – Tendenz geht folglich dahin, einer festgenommenen Person möglichst frühzeitig einen Rechtsanwalt an die Seite zu stellen, und zwar auch über das reine Strafverfahren hinaus. Nach der geplanten Neuregelung soll dies bereits vor einer Vorführung vor dem Richter erfolgen. Insoweit trifft es demnächst nicht mehr zu, wie der ÄndA als Argument aufführt, dass nach dem Strafprozessrecht

²⁶ Vgl. dazu etwa *Home/Berman*, Memo „Pre-Charge Detention in Terrorism Cases“ vom 15. März 2012, Library House of Commons, No. SN/HA/5634, S. 1 f.

²⁷ Referentenentwurf des BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 11. Oktober 2018, abrufbar unter https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html (Stand: 8. November 2018). Referentenentwurf des BMJ, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, S. 2, 3.

vor Erlass eines Haftbefehls eine Pflichtverteidigung nicht zwingend erforderlich ist.²⁹

Es ist kein überzeugender sachlicher Grund ersichtlich, warum im Falle eines Gewahrsams, der jedenfalls länger als 24 Stunden dauern soll, keine regelhafte Beiordnung eines Rechtsanwalts erfolgen soll. Freiheitsentziehung ist einer der gravierendsten Grundrechtseingriffe, die unsere Rechtsordnung kennt. Eine Ingewahrsamnahme kann über die reine Freiheitsentziehung hinaus mitunter schwerste soziale Konsequenzen anfangen vom Verlust des Arbeitsplatzes, zur Folge haben. Gerade vor dem Hintergrund, dass der polizeiliche Präventivgewahrsam in der gegenwärtigen bundesweiten Diskussion in besonderer Weise Kritik ausgesetzt ist, weil er auch in nicht angezeigten Fällen zur Anwendung kommen könnte, würde die Schaffung einer Regelung, wonach jede in Gewahrsam genommenen Person spätestens nach 24 Stunden ihrer Festnahme einen Rechtsanwalt beigeordnet bekommt, dazu führen, dass der polizeiliche Gewahrsam mehr Akzeptanz erfahren würde. Das FamFG und die dort vorgesehene Möglichkeit („kann“) der Beiordnung eines Prozesspflegers sind bei weitem nicht ausreichend, um die Rechte des Betroffenen in rechtstaatlich angemessener Weise zu wahren. So muss der Prozesspfleger nach dem FamFG kein Rechtsanwalt sein; das FamFG knüpft nicht zwingend an juristischen Beistand an, sondern an tatsächliche Unterstützung in der Lebenslage. Die Regelung im FamFG knüpft ihrer Idee nach an die Hilfsbedürftigkeit an und sieht nur fakultativ die Möglichkeit einer Beiordnung vor. Dies wird der Situation eines präventiven Gewahrsams und der Schwere des damit verbundenen gravierenden Grundrechtseingriffs nicht gerecht.

Es ist rechtsstaatlich hochgradig irritierend, auf der einen Seite die Vorschriften zum Gewahrsam aktuell zu verschärfen und auf der anderen Seite, wie es im ÄndA heißt, Fragen der anwaltlichen Vertretung auf einen zeitlich nicht bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft „im Rahmen einer grundsätzlichen Überarbeitung des Polizeigesetzes“ zu vertagen.³⁰

Es wird empfohlen, eine Regelung dahingehend zu schaffen, dass einer in Gewahrsam genommenen Person ein anwaltlicher Beistand beigeordnet wird.

Es wird zudem empfohlen, das Rechtsschutzverfahren grundlegend zu überarbeiten.

²⁹ S. LT-Drs. 17/3865, S. 13.

³⁰ S. LT-Drs. 17/3865, S. 13.