

10.10.2018

## Änderungsantrag

**der Fraktion der CDU und  
der Fraktion der FDP**

**zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein „Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen - Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen“ (Drucksache 17/2351)**

Die Fraktionen von CDU und FDP beantragen, Artikel 1 des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein „Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen - Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen“ – Drucksache 17/351 – wie folgt zu ändern:

1. Nummer 1 wird wie folgt geändert:

a) In Buchstabe b werden nach den Wörtern „Überwachung der“ das Wort „laufenden“ eingefügt.

b) In Buchstabe d wird die Angabe „§ 34b Aufenthalts- und Kontaktverbot“ durch die Angabe „§ 34b Aufenthaltsvorgabe“ ersetzt.

2. Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. Dem § 8 wird folgender Absatz 4 angefügt:

(4) Straftaten nach

1. § 89a, § 89b, § 89c, § 129a, § 129b in Verbindung mit § 129a, § 211, § 212, § 224, § 226, § 227, § 239a, § 239b, § 303b, § 305, § 305a, §§ 306 bis 306c, § 307 Absatz 1 bis 3, § 308 Absatz 1 bis 4, § 309 Absatz 1 bis 5, § 310 Absatz 1 oder 2, § 313, § 314, § 315 Absatz 1, 3 oder 4, § 316b Absatz 1 oder 3, § 316c Absatz 1 bis 3, § 317 Absatz 1, § 328 Absatz 1 oder 2, § 330 Absatz 1 oder 2 oder § 330a Absatz 1 bis 3 des Strafgesetzbuchs,

Datum des Originals: 09.10.2018/Ausgegeben: 10.10.2018

Die Veröffentlichungen des Landtags Nordrhein-Westfalen sind einzeln gegen eine Schutzgebühr beim Archiv des Landtags Nordrhein-Westfalen, 40002 Düsseldorf, Postfach 10 11 43, Telefon (0211) 884 - 2439, zu beziehen. Der kostenfreie Abruf ist auch möglich über das Internet-Angebot des Landtags Nordrhein-Westfalen unter [www.landtag.nrw.de](http://www.landtag.nrw.de)

2. den §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuchs vom 26. Juni 2002 (BGBl. I S. 2254), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3150) geändert worden ist,

3. § 19 Absatz 1 bis 3, § 20 Absatz 1 oder 2, § 20 a Absatz 1 bis 3, § 19 Absatz 2 Nummer 2 oder Absatz 3 Nummer 2, § 20 Absatz 1 oder 2, § 20 a Absatz 1 bis 3, jeweils auch in Verbindung mit § 21, oder § 22 a Absatz 1 bis 3 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. November 1990 (BGBl. I S. 2506), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 2 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist, und

4. § 51 Absatz 1 bis 3 des Waffengesetzes vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2133) geändert worden ist,

sind terroristische Straftaten im Sinne dieses Gesetzes, wenn und soweit sie dazu bestimmt sind,

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 eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen,

und sie durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen können.“

3. In Nummer 3 wird § 12a Absatz 1 wie folgt geändert:

a) Satz 1 Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. zur Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 8 Absatz 3 und zur Verhütung von terroristischen Straftaten nach § 8 Absatz 4,“.

b) Die Sätze 2 und 3 werden wie folgt gefasst:

„Fahrzeuge und mitgeführte Sachen dürfen in Augenschein genommen werden. Die Polizei darf verlangen, dass mitgeführte Sachen sowie Fahrzeuge einschließlich an und in ihnen befindlicher Räume und Behältnisse geöffnet werden; im Übrigen ist die Durchsuchung von Personen, mitgeführten Sachen und Fahrzeugen unter den Voraussetzungen der §§ 39 und 40 zulässig.“

c) In Satz 4 werden die Wörter „auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist“ durch die Wörter „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ und das Wort „Absatz“ durch das Wort „Satz“ ersetzt.

4. Nach Nummer 3 wird folgende Nummer 3a eingefügt:

„In § 14 Absatz 1 Nummer 1 wird nach der Angabe „§ 12“ die Angabe „und § 12a“ eingefügt.

5. In Nummer 4 Buchstabe a werden in Nummer 2 die Wörter „tatsächliche Anhaltspunkte“ durch das Wort „Tatsachen“ ersetzt und nach dem Wort „Bedeutung“ die Wörter „nach § 8 Absatz 3“ eingefügt.

6. In Nummer 5 wird § 20c wie folgt geändert:

a) In der Überschrift wird nach dem Wort „**der**“ das Wort „**laufenden**“ eingefügt.

b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 wird das Wort „Telekommunikation“ durch die Wörter „laufende Telekommunikation“ ersetzt.

bb) Satz 1 Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. deren individuelles Verhalten die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine terroristische Straftat nach § 8 Absatz 4 begehen wird,“.

c) Absatz 5 Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

„4. im Falle des Absatzes 2 auch eine möglichst genaue Bezeichnung des informationstechnischen Systems, in das zur Datenerhebung eingegriffen werden soll, sowie die Bezeichnung des Herstellers und der Softwareversion des einzusetzenden technischen Mittels“.

d) In Absatz 8 Satz 9 werden nach der Angabe „§ 18“ die Wörter „Absatz 3 Satz 3 und“ eingefügt.

e) Absatz 10 Satz 1 Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. das zur Datenerhebung eingesetzte Mittel einschließlich der Angabe des Herstellers und der eingesetzten Softwareversion,“.

f) In Absatz 12 wird die Angabe „31. Juni“ durch die Angabe „30. Juni“ ersetzt.

7. Nummer 6 wird wie folgt geändert:

a) § 34b wird wie folgt geändert:

aa) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

**„§ 34b**

**Aufenthaltsvorgabe“**

bb) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Die Polizei kann zur Verhütung von terroristischen Straftaten nach § 8 Absatz 4 einer Person untersagen, sich ohne Erlaubnis der Polizei von ihrem Wohn- oder Aufenthaltsort oder aus einem bestimmten Bereich zu entfernen oder sich an bestimmten Orten aufzuhalten (Aufenthaltsvorgabe), wenn

1. bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betroffene Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine terroristische Straftat nach § 8 Absatz 4 begehen wird oder

2. das individuelle Verhalten der betroffenen Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie innerhalb eines übersehbaren Zeitraums eine terroristische Straftat nach § 8 Absatz 4 begehen wird.

Unter den Voraussetzungen des Satzes 1 kann die Polizei zur Verhütung von Straftaten nach § 8 Absatz 4 einer Person auch den Kontakt mit bestimmten Personen oder Personen einer bestimmten Gruppe untersagen (Kontaktverbot). Die Befugnisse nach Satz 1 und 2 stehen der Polizei auch zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder des Landes zu.“

cc) In Absatz 2 Satz 2 werden nach dem Wort „Vorschriften“ die Wörter „des 7. Buches“ eingefügt.

dd) In Absatz 3 Nummer 2 wird in den Buchstaben a und b jeweils nach der Angabe „Absatz 1“ die Angabe „Satz 1“ eingefügt.

ee) In Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 wird in den Buchstaben a und b jeweils nach der Angabe „Absatz 1“ die Angabe „Satz 1“ eingefügt.

b) § 34c wird wie folgt geändert:

aa) Absätze 1 und 2 werden wie folgt gefasst:

„(1) Die Polizei kann zur Verhütung von terroristischen Straftaten nach § 8 Absatz 4 eine Person verpflichten ein technisches Mittel, mit dem der Aufenthaltsort dieser Person elektronisch überwacht werden kann, ständig im betriebsbereiten Zustand am Körper zu tragen, die Anlegung und Wartung des technischen Mittels zu dulden und seine Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen, wenn

1. bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach § 8 Absatz 4 begehen wird oder

2. deren individuelles Verhalten eine konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründet, dass sie innerhalb eines übersehbaren Zeitraums eine Straftat nach § 8 Absatz 4 begehen wird, um diese Person durch die Überwachung und die Datenverwendung von der Begehung dieser Straftat abzuhalten.

(2) Die Befugnis gemäß Absatz 1 steht der Polizei auch zu, wenn

1. dies zur Abwehr einer Gefahr für die sexuelle Selbstbestimmung nach §§ 174 bis 178, 182 des Strafgesetzbuchs unerlässlich ist oder

2. die Person, der gegenüber die Anordnung nach Absatz 1 getroffen werden soll, nach polizeilichen Erkenntnissen bereits eine Straftat nach § 238 des Strafgesetzbuchs begangen hat und bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie weitere Straftaten nach § 238 des Strafgesetzbuchs begehen wird.

Die Befugnis gemäß Absatz 1 steht der Polizei ferner zu, wenn Maßnahmen nach § 34a getroffen wurden und eine Überwachung der Befolgung dieser Maßnahmen auf andere Weise nicht möglich oder wesentlich erschwert ist.“

bb) In Absatz 6 Satz 2 werden nach dem Wort „Vorschriften“ die Wörter „des 7. Buches“ eingefügt.

cc) In Absatz 10 Satz 1 wird die Angabe „31. Juni“ durch die Angabe „30. Juni“ ersetzt.

8. Nummer 7 Buchstabe b wird wie folgt geändert:

a) Nummer 6 wird gestrichen.

b) Nummer 7 wird Nummer 6.

9. In Nummer 8 Buchstabe b wird Absatz 2 wie folgt geändert:

a) In Satz 1 werden die Wörter „Auf Grund dieses Gesetzes gilt für die richterliche Entscheidung eine von Absatz 1 Nummer 3 abweichende Frist in folgenden Fällen“ durch die Wörter „Durch die in Absatz 1 Nummer 3 vorgesehene richterliche Entscheidung kann in folgenden Fällen eine abweichende Frist des polizeilichen Gewahrsams bestimmt werden“ ersetzt.

b) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 2 Alternative 1 (Straftat) bis zu 14 Tagen, durch weitere richterliche Entscheidung ist eine einmalige Verlängerung um bis zu 14 Tage zulässig,“.

c) Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

„4. gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 6 bis zu sieben Tagen,“.

Begründung:Zu § 8:

Die Mehrheit der Gutachter hat die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der in der Einbringungsfassung der Novelle gewählten Regelungstechnik ausdrücklich anerkannt oder jedenfalls nicht als verfassungswidrig bewertet (vgl. etwa Gutachten Prof. Dr. von Coelln, Seite 3; Gutachten Prof. Dr. Thiel, Seite 5; Gutachten Prof. Dr. Schwarz, Seite 4 folgende; Gutachten Prof. Dr. Gusy, Seite 4; Gutachten Prof. Dr. Ennuschat, Seite 7; im Ergebnis Einschätzung der Verfassungswidrigkeit dagegen im Gutachten Prof. Dr. Arzt, Seite 6 folgende, Gutachten Dr. Gazeas, Seite 9 folgende).

Auf der anderen Seite wird als rechtspolitischer Kritikpunkt darauf aufmerksam gemacht, dass der „Anwendungsbereich der Gefährderformel“ bei der gewählten Lösung, selbständige Anknüpfungsmöglichkeiten in § 8 Abs. 4 und 5 zu schaffen, in Zukunft „weiter oder enger ausfallen“ könnte (so etwa Gutachten Prof. Dr. Gusy, Seite 4, noch weitergehend Gutachten Prof. Dr. Arzt, Seite 6 folgende).

Nachdem der Bundesgesetzgeber auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. April 2016 (BVerfGE 141, 220) in der Weise reagiert hat, dass er in den §§ 55, 56, 57 des BKA-Gesetzes die Eingriffsmaßnahmen, um die es geht, als jeweils eigenständige Standardmaßnahmen formuliert hat, mit einer – aufgrund der Organkompetenz beschränkten - Anknüpfung an die Kategorie der Gefahren des internationalen Terrorismus in § 5 Absatz 1 Satz 2 BKA-Gesetz, bietet es sich an, diese Regelungstechnik für die – freilich wesentlich breiteren - landespolizeirechtlichen Handlungsnotwendigkeiten und gesetzgeberischen Zielsetzungen zu übernehmen und, streng orientiert an den entsprechenden konkreten Vorgaben im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. April 2016, die zusätzlichen und rechtspolitisch sinnvollen und notwendigen Eingriffsermächtigungen als Standardmaßnahmen in den neuen Rechtsgrundlagen der §§ 20c, 34b, 34c zu formulieren.

Die gleiche Regelungstechnik, in der Anhörung von mehreren Gutachtern empfohlen (siehe etwa Gutachten Dr. Löffelmann, Seite 4), haben jüngst z. B. auch die Fraktionen von SPD und CDU mit ihrem Gesetzentwurf zu einem „Reformgesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung und anderer Gesetze“ vom 8. Mai 2018 gewählt, mit auch materiell-rechtlich gleichlautenden oder ganz ähnlichen Bestimmungen zu (neuen) Eingriffsgrundlagen und Schutzgutbestimmungen (Drucksache 18/850).

Zu einer Absenkung des Schutzstandards und der polizeilichen Befugnisse kommt es aufgrund dieser Regelungstechnik nicht.

Insoweit ist zu betonen, dass die neuen Handlungsinstrumente und Eingriffsgrundlagen der Polizei im Bund und in den Ländern bereits vielfach vorhanden sind. Auf die entsprechende Lage in der Gesetzgebung in Bund und Ländern wird in dieser Begründung zu den einzelnen Folgeänderungen eingegangen.

Mit dem neuen § 8 Absatz 4 – an Stelle der Absätze 4 und 5 in der Einbringungsfassung - wird eine eigene Kategorie der terroristischen Straftaten geschaffen. Die Formulierung entspricht im Wesentlichen der gleichlautenden Vorschrift im Gesetzentwurf von SPD und CDU im niedersächsischen Landtag (Drucksache 18/850, Seite 2), wobei in der Anhörung empfohlene begriffliche Präzisierungen und Straffungen, etwa hinsichtlich der geschützten staatlichen Stellen und Organisationen, vorgenommen wurden. So fallen beispielsweise wichtige öffentliche nationale Einrichtungen bereits unter den Behördenbegriff (siehe Gutachten Dr. Gazeas, Seite 15).

Der zusätzliche Bedeutungsgehalt des spezifisch Terroristischen setzt die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 20. April 2016 um (BVerfGE 141, 220). Von mehreren Gutachtern in der Anhörung im Landtag ist im Einzelnen nachgewiesen worden, dass das Bundesverfassungsgericht eine in dieser Form verfügte Erweiterung der

Vorfeldarbeit der Polizei, vor und unterhalb der konkreten Gefahr und im Bereich der Verhütung und Bekämpfung von Straftaten gemäß § 1, ausdrücklich erlaubt. Die Polizeigesetzgebung in Nordrhein-Westfalen folgt insoweit der Regelungstechnik des Bundes mit seinem zentralen Anknüpfungspunkt hinsichtlich der Gefahren des internationalen Terrorismus in § 5 Absatz 1 Satz 2 BKA-Gesetz.

Zugleich reiht sich der neue § 8 Absatz 4 mit seinem Katalog der terroristischen Straftaten ein in die Regelungsmechanik des mit der Einbringung unverändert gelassenen § 8 Absatz 3 mit seiner Aufzählung der erheblichen Straftaten.

§ 8 Absatz 3 ist bereits seit langem – und, soweit ersichtlich, insoweit unbeanstandet in der polizeilichen und richterlichen Praxis - Inhalt des Polizeigesetzes; die Vorschrift dient als Anknüpfungspunkt hinsichtlich der Schutzgutfestlegung etwa bei § 16a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 (Observation) und § 17 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 (Einsatz verdeckter Mittel). Zwar ist in der Anhörung von einigen Gutachtern darauf hingewiesen worden, der Katalog der Straftaten in § 8 Absatz 3 sollte zum gegebenen Zeitpunkt systematisch neu geordnet werden; auch haben SPD und CDU in Niedersachsen im Mai 2018 einen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gestützten Vorschlag zur Änderung der dortigen Parallelnorm eingebracht (Drucksache 18/850, Seite 2). Allerdings richtet sich die Kritik zum einen in erster Linie an die nordrhein-westfälischen Gesetzgeber früherer Legislaturperioden, und eine umfassende Aufbereitung der entsprechenden fachlichen Aspekte bleibt einer grundsätzlichen Überarbeitung des Polizeigesetzes vorbehalten.

Vor allem aber wird durch die Beschränkung der Schutzgutverknüpfung des § 8 Absatz 3 (nur mit den Eingriffsgrundlagen in § 12a und § 15a, bei gleichzeitiger Änderung der Kategorien der drohenden Gefahr, sichergestellt, dass es insoweit nicht zu von einigen Institutionen und Gutachtern befürchteten unverhältnismäßigen Ausweitungen der polizeilichen Eingriffsmöglichkeiten kommen kann.

Mit den Absätzen 3 und 4 des § 8 behält bzw. schafft der Gesetzgeber damit gleichsam „vor der Klammer“ konkrete Anknüpfungspunkte, die besonders schwere mögliche Verstöße gegen das Strafrecht normenklar bezeichnen, unter Verzicht auf die erstmalige Einführung einer neuen Gefahrenkategorie der „drohenden“ Gefahr, die aber tatsächlich keine (konkrete) Gefahr wäre, sondern, in der Sprache und der bewährten Begrifflichkeit der polizeilichen Gefahrenkategorien, einen Raum der - rechtspolitisch freilich zwingend notwendigen - Vorfeldtätigkeit der Polizei bezeichnet.

Eine Änderung der rechtspolitischen Ziele der Einbringungsfassung im Sinne einer Absenkung oder Verwässerung neuer polizeilicher Eingriffsmöglichkeiten ist damit nicht verbunden.

Einigen Gutachten und Stellungnahmen in der Anhörung war möglicherweise die Einschätzung zu entnehmen, das Bundesverfassungsgericht habe in der genannten Entscheidung vom 20. April 2016 generell nur Gefahrerforschungsmaßnahmen ohne jede Eingriffsqualität auf dem Gebiet des Vorfelds der konkreten Gefahr erlauben wollen. Doch überzeugt diese Auffassung nicht.

In der polizeirechtlichen Dogmatik ist seit langem anerkannt, dass der Gefahrenverdacht die Gefahrenaufklärung (etwa durch Auskunftersuchen und Befragungen) rechtfertigt, in Fällen besonderer Dringlichkeit auch vorläufige Sicherungsmaßnahmen, wohlgermerkt unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl. statt aller Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Auflage 2017, Rn. 194 folgende; Schönbroicher/Heusch, Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen, 2014, § 1 Rn. 26 folgende). Maßnahmen mit Eingriffscharakter unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr sind nach herrschender und zutreffender Auffassung davon abhängig, ob und inwieweit entsprechende spezialgesetzliche Eingriffsbefugnisse gegeben sind, die ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein müssen (vgl. statt aller: Brüning, Einstweilige Verwaltungsführung, 2003, Seite 224 folgende). Auch aufgrund dieser allgemeinen polizeirechtsdogmatischen Ausgangslage muss davon ausgegangen werden,

dass das Bundesverfassungsgericht gerade die Zulässigkeit von Eingriffsmaßnahmen im Gefahrenvorfeld im Blick hatte und nicht die ohnehin schon immer zulässigen Gefahrerforschungsmaßnahmen ohne Eingriffsqualität. Bei den Maßnahmen im Gefahrenvorfeld, die Eingriffsqualität haben, wird begrifflich z. T. von „Überwachungsmaßnahmen“ gesprochen (Pieroth, GSZ 2018, Seite 133 (135)).

#### Zu § 12a:

In der Anhörung ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass nur wenige Länder die strategische Fahndung (noch) nicht kennen und dass die neue nordrhein-westfälische Regelung eine weniger eingriffsintensive Normierung darstellt als mehrere Vergleichsvorschriften zur sog. „Schleierfahndung“ in anderen Ländern (Gutachten Prof. Dr. von Coelln, Seite 2).

Ferner ist zutreffend darauf aufmerksam gemacht worden, dass es sich bei § 12a keineswegs um eine „vollkommen verdachtsunabhängige Maßnahme“ handle, denn sie setze den nicht personenbezogenen Verdacht künftiger Straftaten voraus; § 12a liege daher phänomenologisch näher an den Befugnisnormen zur Identitätsfeststellung als an der anlass- und verdachtsunabhängigen sog. Schleierfahndung (Gutachten Dr. Löffelmann, Seite 4).

Nach § 12a ist für eine strategische Fahndung - anlassbezogen - erforderlich, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass in dem betreffenden Gebiet Straftaten der in Absatz 1 bezeichneten Art begangen werden sollen. In Abgrenzung zur Identitätsfeststellung nach § 12 ist der „Ort“ wesentlich weiter gefasst, und es muss keine besondere „Gefährlichkeit“ von diesem Ort selbst ausgehen; zugleich ist der mögliche Personenkreis größer und die polizeiliche Tref-ferwahrscheinlichkeit damit höher.

Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist damit klar umgrenzt. Dagegen verlangt eine Reihe von Landesgesetzgebern für bestimmte Orte bzw. Gegebenheiten (Grenzbereich, Flughäfen, Bahnhöfe u. a.) keinen weiteren Anlass für Kontrollen (etwa Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen, Thüringen).

In der Praxis legen die Kreispolizeibehörden aufgrund ihres kriminalfachlichen Controllings Kriminalitätsbrennpunkte in ihren Bezirken fest und erarbeiten entsprechende Bekämpfungskonzepte mit präventiven und repressiven Maßnahmen. Schwerpunkt sind landesweit aktuell zum Beispiel die Bekämpfung der Eigentumskriminalität mit dem Wohnungseinbruchsdiebstahl und der Geldausgabeautomatensprengung.

Die strategische Fahndung eröffnet die Möglichkeit, mehrere Kontrollstellen als Teil eines Gesamtkonzepts temporär einzurichten. Die Kontrollstellen werden an geeigneten Stellen eingerichtet, ausschlaggebend sind insbesondere auch praktische Erwägungen wie z. B. verkehrsrechtlich gefahrlose Anhaltmöglichkeiten für die zu kontrollierenden Fahrzeuge.

Die weitere polizeiliche Vorgehensweise richtet sich nach den angetroffenen Umständen und Hinweisen in dem jeweiligen Anhaltefall und den entsprechenden weiteren Rechtsgrundlagen, etwa die Befragung nach § 9, die Durchsuchung nach §§ 39, 40 und die parallele Durchführung von Maßnahmen der Verkehrskontrolle nach § 36 Abs. 5 StVO, ferner kommen Durchsuchungen nach § 163b StPO in Betracht.

In den Details der Formulierungen werden begriffliche Klarstellungen vorgenommen, die von einigen Gutachtern vorgeschlagen worden sind (vgl. etwa Gutachten Prof. Dr. Ennuschat, Seite 4 folgende: „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“).

Im Wortlaut der Norm wird die Zulässigkeit von Verfügungen der Polizei klargestellt, wonach verschlossene Sachen und Räume von und in Fahrzeugen geöffnet werden müssen. Wie in der Gesetzesbegründung bereits ausgeführt, darf die Polizei anordnen, dass Sachen und Räume von und in Fahrzeugen sowie Behältnisse geöffnet werden müssen, ohne dass hinsichtlich dieser Verfügung die weiteren Vorgaben des § 40 geprüft werden müssten. Nur für



die weiteren Untersuchungshandlungen, die sich an das Öffnen und die Inaugenscheinnahme anschließen, müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 39 und 40 gegeben sein. Die der Polizei eingeräumte Befugnis zur Anordnung des Öffnens von Sachen und Räumen von Fahrzeugen ist erforderlich und verhältnismäßig, um der strategischen Fahndung praktische Wirksamkeit zu verleihen, während, auf der anderen Seite, die grundrechtlich geschützte Belastungswirkung (siehe dazu etwa Gutachten Dr. Löffelmann, Seite 5) auf die von strategischen Fahndungen betroffenen Personen sehr gering ist.

Der Hinweis von Prof. Dr. Gusy auf das in der Gesetzesbegründung schon zitierte EuGH-Urteil vom 21. Juni 2017 in der Rechtssache, C-9/16 zur Vereinbarkeit nationalen Polizeirechts mit dem Schengen-Grenzregime (NVwZ 2017, Seite 1608 folgende), wonach nationale Polizeirechtsregelungen in der Verwaltungspraxis nicht zu einer faktischen Umgehung bzw. Außerkraftsetzung des Schengener Abkommens und damit zu einem Verstoß gegen vorrangiges Europarecht führen dürfen, ist berücksichtigt.

Der EuGH hat in diesem Urteil zu Vorschriften des Bundespolizeigesetzes entschieden, dass die Abschaffung ständiger und regulärer Grenzkontrollen an den Binnengrenzen als vorrangiges europäisches Recht nicht durch nationale polizeiliche Vorschriften unterlaufen werden dürfe, die im Ergebnis die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen entfalten würden. Allerdings wurde in der Anhörung auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die einzelnen Sicherungen, die der EuGH zum Geltungserhalt des Europarechts präzisiert hat, nicht zwingend in den Rechtstext des jeweiligen Polizeigesetzes aufgenommen werden müssen, sofern in der Verwaltungspraxis jedenfalls sichergestellt sei, dass sie bei der Anordnung entsprechender Kontrollen beachtet werden.

Der EuGH lässt insoweit ausdrücklich die herkömmliche deutsche Steuerung der Ermessenspraxis im Wege von Verwaltungsvorschriften genügen, die konkrete Überprüfung der einzuhaltenden europarechtlichen Vorgaben sei dann Sache der nationalen Gerichte (Randnummer 60 und folgende). Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass seitens des Ministeriums des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen durch entsprechende Verwaltungsvorschriften der Polizeiverwaltung in jedem Fall eine Ermessenssteuerung in der Weise herbeigeführt wird, dass die neuen Befugnisse in § 12a nicht zu einer in der Wirkung gleichen Maßnahme werden können wie die kompetenzgemäß auf der europarechtlichen Ebene geregelten Grenzübertrittskontrollen.

Die weitergehenden und grundsätzlichen Vorbehalte gegen die strategische Fahndung, die in der Anhörung zum Teil vorgetragen wurden, überzeugen nicht.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt. Bei der Formulierung von Eingriffstatbeständen zur Abwehr abstrakter Gefahren darf der Gesetzgeber erwarten, dass die besonderen Maßgaben zur Verhältnismäßigkeit „zur Norm entwickelt werden können“ (Pieroth, GSZ 2018, Seite 133 (137)). In der juristischen Literatur wird zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass dies bei § 12a des Gesetzentwurfs geschehen ist (Pieroth, GSZ 2018, Seite 133 (137)).

Dass die Identitätsfeststellung nicht reibungslos gelingen könnte, wie in der Anhörung vereinzelt befürchtet wurde, dürfte ein Ausnahmefall in der Praxis sein. Wiederum nur in Ausnahmefällen dürfte es dann zu einer Ingewahrsamnahme kommen, weil auch insoweit eigenständig der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. In den Fällen indes, in denen zureichende Gründe für die Klärung der Identität im Gewahrsam vorliegen, hat sich die Eignung des Instruments der strategischen Fahndung bzw. sog. Schleierfahndung zur präventiven Straftatenbekämpfung erwiesen.

Auch die allgemeinen und eher pauschalen Unterstellungen zu einem sog. racial profiling bei der strategischen Fahndung durch die Polizei sind zurückzuweisen. Grundlage der Personenkontrollen bei der Polizei sind Analyse- und Auswertungsergebnisse aufgeklärter Taten aus laufenden Ermittlungsverfahren, den Vorgangsbearbeitungssystemen sowie allgemeiner Erkenntnisse zu Tätern, Tatmittel, modus operandi, Verhalten in der Vortatphase, Anfahrts- oder

Fluchtwege, Örtlichkeit, einschlägige Tatzeiten und Verhalten von Personen. Daraus und aus der Vielfalt der Anlässe polizeilichen Einschreitens ergibt sich, dass keinesfalls oder überwiegend immer die gleiche Personengruppe Zielgruppe polizeilicher Maßnahmen ist.

Zudem sind die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten des Landes an Recht und Gesetz gebunden, und racial profiling verbietet sich nach dem Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 GG. Maßstab bei der Frage der Rechtmäßigkeit einer Eingriffsgrundlage kann aber niemals eine – zu Unrecht – unterstellte rechtswidrige Anwendungspraxis sein.

#### Zu § 14:

Die Aufnahme des § 12a in § 14 erfolgt zur Klarstellung. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden und dafür Sorge zu tragen, dass Identitätsfeststellungen stets gleichen Voraussetzungen unterliegen, wird in § 14 Absatz 1 Nummer 1 deshalb auch die Verweisung auf § 12a aufgenommen.

#### Zu § 15a:

Bei § 15a wird auf Empfehlung einiger Gutachter sichergestellt, dass die neue Nummer 2 begrifflich an die neue Nummer 1 anknüpft (vergleiche etwa Gutachten Prof. Dr. Ennuschat, Seite 4). Es handelt sich um eine offene und nicht um eine heimliche Beobachtung. Die Videobeobachtung zur Verhinderung von Straftaten ist zulässig und stellt keine repressiv-polizeiliche Maßnahme dar (BVerwGE 141, 329)

Wichtig erscheint die Hervorhebung, dass es, unter rechtsstaatlichen und polizei-einsatztaktischen Gesichtspunkten, zu einer streng sach- und aufgabenbezogenen Anwendung der Möglichkeiten zur Anordnung der Videobeobachtung kommt, und dass insoweit durch den Gesetzgeber verfügt ist, dass diese seitens der Polizei nur erlaubt ist, wenn gleichzeitig sichergestellt und aktenkundig ist, dass ein unverzügliches Eingreifen der Polizei möglich ist.

Das auf Gesetzesebene (nicht nur durch Verwaltungsvorschrift) verfügte Junktim ist unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten angemessen. Der Geltungs- und Rechtsbefolgungsanspruch des Rechtsstaats würde Schaden erleiden, wenn Überwachungsmöglichkeiten geschaffen oder erhalten würden, ohne dass eine sofortige und nachhaltige polizeiliche Gefahrenverhütung, -bekämpfung und Verfolgung sichergestellt wäre, und zwar nicht nur abstrakt und allgemein, sondern konkret hinsichtlich jeder einzelnen Beobachtungseinrichtung.

Mit dem Instrument der konkret durchgeführten Videobeobachtung können an den entsprechenden Orten Ansammlungen von potentiellen Straftätern erkannt, Interventionskräfte an diese herangeführt und Straftaten verhütet bzw. Gefahren für die Rechtsordnung abgewendet werden. Darüber hinaus ermöglicht die Videobeobachtung die Identifizierung von Straftätern an diesen Orten.

Deshalb ist in § 15a ein bewusstes Junktim zwischen der Zulässigkeit der Beobachtung und dem tatsächlichen unverzüglichen polizeilichen Eingreifen verfügt, dass ausnahmslos für die Behördenpraxis gilt und u. a. entsprechende behördliche Anordnungen und Dokumentationen nach sich zieht. Damit wird der Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr umgesetzt, wie etwa auch in dem Gutachten von Prof. Dr. von Coelln anerkannt wird (Seite 2).

Vor diesem Hintergrund ist die vereinzelte grundsätzlichere Kritik nicht überzeugend, mit der Neufassung werde die Eingriffsgrundlage des § 15a gleichsam uferlos (vergleiche etwa Gutachten Dr. Löffelmann, Seite 5; für die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift dagegen zutreffend Pieroth, GSZ 2018, Seite 133 (137)). Ein hier möglicherweise zum Ausdruck kommendes Misstrauen gegen die Praxis der polizeilichen Ausgangsbehörden vor Ort ist unangebracht. Ausgeblendet wird die umfassende Rechtfertigungsnotwendigkeit jeder Kreispolizeibehörde

(der Landrat in staatlicher Organleihe als Chef der Kreispolizeibehörde) und jedes Polizeipräsidiums vor Ort und gegenüber der örtlichen Einwohner- und Bürgergesellschaft, was die Anordnung und den Betrieb von Videobeobachtungseinrichtungen angeht.

Abgesehen von dem auch hier geltenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat keine Polizeibehörde auch nur die geringste Veranlassung dazu und das geringste Interesse daran, einsatzfachlich nicht zwingend indizierte Einrichtungen zu installieren. Sollte dies doch vorkommen, würde ein solches Verhalten im Aufsichtswege beendet. Jede Beobachtungseinrichtung ist Teil eines umfassenden örtlichen Diskussionsprozesses und muss im Hinblick auf die strengen gesetzlichen Anforderungen permanent gerechtfertigt werden, und die im Landtag vertretenen Parteien können, auch ohne förmliche Evaluierungsklausel, jederzeit Auskunft über die entsprechende polizeiliche Praxis in Nordrhein-Westfalen verlangen.

#### Zu § 20c:

Bei den Änderungsbefehlen handelt es sich zum einen um eine rechtssystematische Folgeänderung zu § 8 Absatz 4.

Ferner wird der Anregung gefolgt, ausdrücklich auch auf § 18 Absatz 3 Satz 3 hinsichtlich des Vertrauensverhältnisses zu den Berufsheimnisträgern zu verweisen.

Schließlich wird in Absatz 5 und 10 eine ausdrückliche Verpflichtung zur Angabe des Herstellers der Software und der Softwareversion aufgenommen. Die Begründung ergibt sich unter dem Blickwinkel der Frage der Effektivität des nachträglichen Rechtsschutzes. Die bisher vorgesehene Dokumentation im Antrag an das Gericht ermöglicht zwar eine nachträgliche Überprüfung der Maßnahme durch den Betroffenen, stellt diese aber vor sehr hohe Hürden: In der Praxis dürfte es für Betroffene nämlich nur schwerlich möglich sein, auch die eingesetzte Softwareversion des zur Quellen-TKÜ verwendeten Tools zu ermitteln, zumal sich diese Versionen durch technisch notwendige Aktualisierungen und Anpassungen sehr häufig ändern. Derjenige, der sich nachträglich gegen eine Quellen-TKÜ wendet, müsste in einer solchen Konstellation zwecks effektiver Nachprüfung diese Information erst aus der polizeilichen Dokumentation beziehen und dafür ggf. einen separaten Rechtsbehelf einlegen. Dieser zusätzliche Schritt könnte Betroffene davon abhalten, um Rechtsschutz nachzusuchen. Diese Verkomplizierung entfällt, wenn die Softwareversion schon aus der Verfahrensakte zur Anordnung der Gefahrenabwehrmaßnahme selbst ersichtlich ist. Ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse liegt in einer solchen zusätzlichen Angabe ebenfalls nicht, da sich aus der Versionsnummer oder -bezeichnung einer Software keinerlei Rückschlüsse auf den Quellcode ziehen lassen. Insoweit ist derzeit nicht ersichtlich, dass es zu unzumutbaren Erschwernissen bei der Beschaffung geeigneter Software und damit zu einer Gefährdung der Einsatztauglichkeit des neuen Instruments kommen könnte.

In der Anhörung wurde z. T. der Eindruck erweckt, als sei Nordrhein-Westfalen das erste oder das einzige Land, das im Polizeigesetz die Befugnis zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (TKÜ) sowie zur sog. Quellen-TKÜ vorsehe.

Dies ist indes nicht zutreffend. Im Gegensatz zu den allermeisten Ländern war die präventiv-polizeiliche Telekommunikationsüberwachung in Nordrhein-Westfalen bislang nicht zulässig (vgl. Pieroth, GSZ 2018, Seite 133 (135)). Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Thüringen weisen bereits entsprechende Vorschriften auf; Rheinland-Pfalz, Bayern und Baden-Württemberg auch im Gefahrenvorfeld, weitere Länder sehen in ihren Polizeigesetzen zumindest Vorschriften zur Überwachung der Telekommunikation (ohne sog. Quellen-TKÜ) vor (etwa Brandenburg, Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt).

Im Land Niedersachsen liegt ein Novellierungsvorschlag von SPD und CDU vom 8. Mai 2018 vor, wonach – in dem vorgeschlagenen § 33a - die Eingriffsvoraussetzungen, was die Schutzgüter angeht, niedriger angesetzt sind als in § 20c Absatz 1, indem eine Anordnung im Falle jeder dringenden Gefahr erfolgen kann (Drucksache 18/850, Seite 12). Demgegenüber ist nach § 20c Absatz 1 Nummer 1 des nordrhein-westfälischen Regierungsentwurfs die Telekommunikationsüberwachung bei Störern nur zulässig, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib oder Leben einer Person geboten ist.

Mit dem neuen § 20c wird insofern eine verfassungsrechtlich zulässige Rechtsfortbildung geleistet, die andernorts längst vollzogen wurde; hierzu sollen folgende weitere und zusätzliche praktische Erläuterungen gegeben werden.

Basierend auf dem Beschluss bzw. der Anordnung einer präventiven Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) wird der Provider beauftragt, die TKÜ-Daten an die Polizei auszuleiten. Teile des TKÜ-Datenstroms sind kryptiert; dies ist regelmäßig der Fall, wenn End-zu-End verschlüsselte Dienste, wie z.B. WhatsApp oder Telegram genutzt werden. Diese Kommunikation kann mit gängigen polizeilichen Mitteln nicht dekryptiert werden. Um eine Dekryptierung zu ermöglichen, wird in die Telekommunikationsendgeräte eine Software eingebracht. Diese Software dient ausschließlich dem Zweck, die vom Provider erhaltenen TKÜ-Daten in eine auswertbare Form zu bringen. Die eingebrachte Software ist so konzipiert, dass durch sie kein Onlinezugriff auf das Telekommunikationsendgerät ermöglicht wird, um beispielsweise gespeicherte Daten zu betrachten oder zu kopieren. Insbesondere ist kein Zugriff auf Funktionen des informationstechnischen Systems möglich, beispielsweise Kamera, Mikrofon und Tastatur.

Die einzusetzende Software wird auf Grundlage der „Standardisierten Leistungsbeschreibung (SLB)“ betrieben, sie ist auf der Homepage des Bundeskriminalamts abrufbar. Die sog. Standardisierte Leistungsbeschreibung wurde im Jahr 2012 durch die Strafverfolgungs- und Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder in gemeinsamer Abstimmung unter Berücksichtigung aller verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben und unter Beteiligung des Datenschutzes für Entwicklung und Einsatz von Quellen-TKÜ-Software entwickelt. Auch der konkrete Einsatz erfolgt unter Beteiligung der zuständigen Datenschutzbeauftragten. Insofern bewegen sich Einführung und praktische Anwendung des Instruments in dem durch die Praxis des Bundes gesetzten Rahmen.

Zudem hat das Bundesverfassungsgericht in dem Urteil vom 20. April 2016 ausdrücklich entschieden, dass die Rechtsanordnung von der Anwendung des Instruments im Verantwortungsbereich der Exekutive zu unterscheiden sei, die maßgebliche Passage in Randnummer 234 des Urteils (BVerfGE 141, 220 (311)) lautet insoweit:

*„Keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen die zusätzlichen weiteren Voraussetzungen, unten denen § 20I Abs. 2 BKAG subsidiär eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung erlaubt. Insbesondere ist die Vorschrift nicht deshalb verfassungswidrig, weil sie, wie die Beschwerdeführer meinen, in ihrer Nummer 1 unerfüllbare Anforderungen stellt. Ob oder wie sich die durch technische Maßnahmen sicherstellen lässt, dass ausschließlich die laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird, betrifft die Anwendung der Norm, nicht aber ihre Gültigkeit. ...“*

In der Anhörung wurde z. T. darauf aufmerksam gemacht, dass die Maßnahmen und die individuellen Belastungswirkungen auch stets dem jeweiligen Stand der Technik entsprechen müssen. Dies ist im Ergebnis zutreffend, allerdings ergeben sich die entsprechenden Rechtspflichten der zuständigen Behörden unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, so dass eine (nochmalige) Bekräftigung in der jeweiligen fachgesetzlichen Vorschrift nicht zwingend erfolgen muss.

Schließlich wurde in der Anhörung zu § 20c, aber auch zu §§ 34b und 34c sowie zu der Verlängerung der Gewahrsamsfristen die Auffassung vertreten, die vorgesehene Anwendbarkeit des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) weise rechtsstaatliche Defizite auf (vgl. etwa Stellungnahme Dr. Gazeas, Seite 30 folgende). Allerdings finden sich bereits seit langem im Polizeigesetz Verweise auf das FamFG bzw. auf die bis 2009 geltende Vorläufervorschrift, das Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen. Ebenso ist dies durchgängige Praxis in zahlreichen Polizeigesetzen der Länder und des Bundes (vgl. etwa § 40 Absatz 2 Bundespolizeigesetz). Im Verfahren nach dem FamFG gilt der Untersuchungsgrundsatz, ebenso wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Nach dem Strafprozeßrecht ist vor Erlass eines Haftbefehls eine Pflichtverteidigung nicht zwingend erforderlich (vgl. § 140 Abs. 1 StPO); auf der anderen Seite kann eine in präventiv-polizeilichen Gewahrsam genommene Person jederzeit einen Rechtsbeistand verlangen. Ein rechtsstaatliches Defizit des Verfahrens im Polizeigesetz gegenüber dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren bzw. strafprozessualen Regelungen lässt sich nicht begründen. Einer vollständig eigenständigen Regelung des gerichtlichen Verfahrens im Polizeigesetz dürfte nicht nur der Belang der Vermeidung der Zersplitterung des gerichtlichen Verfahrensrechts entgegenstehen; vielmehr wäre insoweit auch die vorrangige konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zu beachten (Art. 74 Absatz 1 Nr. 1 Grundgesetz). Bei den Maßnahmen nach § 20c soll daher das 1. Buch des FamFG zur Anwendung kommen, bei den Maßnahmen nach §§ 34b und 34c das 7. Buch (vergleiche dort). Allerdings sollen alle Fragen im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren und der anwaltlichen Vertretung im Rahmen einer grundsätzlichen Überarbeitung des Polizeigesetzes aufbereitet und einer weiteren Klärung zugeführt werden.

#### Zu § 34 b:

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung des § 8, mit der einheitlichen Verwendung der Bezeichnung „Aufenthaltsvorgabe“. Eingriffsgrundlage und Schutzgutbestimmung werden in der Vorschrift selbst vorgenommen, mit Verweis auf den Katalog der terroristischen Straftaten in § 8 Absatz 4.

Die Vorschrift ist in Anlehnung an § 55 BKA-Gesetz formuliert, welcher wiederum in offenkundig verfassungsrechtlich zutreffender Weise die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. April 2016 in dem Verfahren zum BKA-Gesetz umsetzt.

Bei terroristischen Straftaten ist es, auch im Vorfeld der eigentlichen konkreten Gefahr, verfassungsrechtlich zulässig, bestimmte, rechtsförmlich genau bezeichnete Vorfeldmaßnahmen durchzuführen, auch und gerade solche mit Eingriffscharakter.

Eine parallele, nahezu wortgleiche Vorschrift findet sich in dem Gesetzentwurf von SPD und CDU im niedersächsischen Landtag vom 8. Mai 2018 (Drucksache 18/850, Seite 3).

Mit der Formulierung wird auch auf die Kritik eingegangen, im Gesetzentwurf in der Fassung der Einbringung sei eine (unklare) Verknüpfung der Eingriffsbefugnis nach § 34b Absatz 1 mit mehreren polizeilichen Aufgabenbereichen nach § 1 PolG vorgenommen worden (*vergleiche etwa die Einschätzung im Gutachten Prof. Dr. Ennuschat, Seite 9: „Verwässerung des polizeirechtlichen Gefahr- und Störerbegriffs“*). Durch die neugewählte Formulierung und die Trennung der insoweit einschlägigen Fallgruppen polizeilichen Handelns wird deutlich, dass die Maßnahme bei definierten Gefahren und Schutzgütern im Sinne des § 8 Absatz 1 und, im Gefahrenvorfeld, zur Verhütung drohender terroristischer Taten nach § 8 Absatz 4 erlaubt ist.

Es wird klargestellt, dass das 7. Buch des FamFG hinsichtlich des Verfahrens anwendbar ist.

In der Anhörung ist z. T. der Richtervorbehalt mit dem Argument in Zweifel gezogen worden, dass das Gericht stets nur die Prognose der Polizei auf Plausibilität überprüfen, jedoch keine eigene Prognose anstellen werde. Diese Grundsatzkritik an jeder Art von Richtervorbehalt im

präventiv-polizeilichen Bereich überzeugt jedoch nicht. Die Ausübung der zahlreichen richterlichen Befugnisse im präventiv-polizeilichen Bereich in einer jahrzehntelangen Praxis gibt nicht Anlass zu einer Besorgnis, dass die Ausübung der Zuständigkeit durch die Justiz nicht mit der gebotenen Gründlichkeit und Distanz zu dem Handeln der Polizei erfolgen würde.

Ferner wurde in der Anhörung darauf hingewiesen, dass im Rahmen des Vollzugs der Vorschrift stets und soweit wie möglich die Wahrnehmung berechtigter Interessen zu ermöglichen sei. Es handelt sich dabei um eine für die Polizeipraxis selbstverständliche Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der geltendes Recht ist und im Rahmen der gesamten polizeilichen Arbeit zu beachten ist.

Zur weiteren polizeirechtlichen und polizeifachlichen Erläuterung und Begründung der Maßnahmen nach § 34b und § 34c soll an dieser Stelle ergänzend folgendes festgehalten werden.

Kontaktverbote und Aufenthaltsgebote sind geeignete Maßnahmen, um Gefährder zu isolieren und Anschlagspannungen zu konterkarieren. Sie bewirken beim Adressaten eine Einschränkung des räumlichen Handlungsspielraums; die Anschlagspannungen fortzuführen oder umzusetzen wird wesentlich erschwert. Darüber hinaus werden bislang eingespielte Kommunikationsstrukturen zu potenziellen Unterstützern sowie Mittätern empfindlich gestört, da gewohnte Kommunikationspartner nicht aufgesucht werden können. Ein Austausch über Telekommunikation und soziale Medien kann letztlich die persönliche Kommunikation nicht vollständig ersetzen.

In diesem Zusammenhang kann auch der generelle Kontakt in die salafistische Szene, z. B. das Aufsuchen von extremistisch geprägten Moscheen, begrenzt werden, was den Radikalisierungsdruck beim Gefährder erheblich senken kann. Ein Aufenthaltsgebot und ein Kontaktverbot beschränkt die Möglichkeit, Tat fördernde Kontakte zu unterhalten. In einem räumlich beschränkten Umfeld lassen sich Anschlagspannungen und Vorbereitungshandlungen nur sehr schwer verbergen. Den Sicherheitsbehörden wird die Möglichkeit gegeben, gezielte Überwachungsmaßnahmen engmaschiger durchzuführen. Dem Gefährder wird die Möglichkeit genommen, seine Handlungen durch verstärkte Mobilität zu verschleiern.

Aufenthaltsgebote sind auch ein geeignetes Mittel, um das unkontrollierte „Abtauchen“ von Gefährdern zu verhindern. Eine solche Auflage zwingt den Adressaten letztlich, für die Sicherheitsbehörden sichtbar und damit überwachbar zu bleiben. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung stellt in diesem Zusammenhang kein Mittel zur Erstellung eines Bewegungsprofils dar, sie ist vielmehr eine Maßnahme, um Kontaktverbote und Aufenthaltsverbote konsequent durchzusetzen und zu überwachen. Verstöße gegen Ver- und Gebote werden über die elektronische Aufenthaltsüberwachung feststellbar und können (bzw. müssen) eine ebenso konsequente Sanktionierung nach sich ziehen, um die Einhaltung der Auflagen durchsetzbar zu machen.

Im konkreten Einzelfall könnte dies z. B. bedeuten, dass ein Gefährder das Aufenthaltsgebot erhält, die Grenzen seiner Meldekommune nicht zu verlassen. Darüber hinaus wird ein Kontaktverbot ausgesprochen, das den Umgang mit einem namentlich bekannten salafistischen Prediger, der innerhalb der Kommune einen Gebetsraum betreibt, verhindern soll. Dieses Kontaktverbot würde jede persönliche Kontaktaufnahme zu der Person umfassen und sich zusätzlich als Betretungsverbot des bekannten Gebetsraums auswirken.

Die Einhaltung des Aufenthaltsgebots und des Kontaktverbotes, soweit letzteres sich auf den Gebetsraum bezieht, können über eine Maßnahme nach § 34c überwacht werden. Räumliche Überschreitungen der gesetzten örtlichen Grenzen würden unmittelbar bei einer zentralen Überwachungsstelle einen technischen Alarm auslösen, der unverzüglich der Leitstelle der für die Überwachung des Gefährders zuständigen Polizeibehörde mitgeteilt wird. Die Mitteilung des Alarms würde auch die Information über den aktuellen Aufenthaltsort des Gefährders umfassen. Die Leitstelle der zuständigen Polizeibehörde informiert die zuständige Staatsschutz-

dienststelle oder setzt unverzüglich bereits von der Fachdienststelle hinterlegte Planentscheidungen um. Eine mögliche Maßnahme bei Verlassen des räumlich gebotenen Bereichs könnte die sofortige Fahndung nach dem Gefährder darstellen, der bei Antreffen in Gewahrsam genommen und rückgeführt werden könnte.

Daran wird deutlich, dass zu treffende Maßnahmen im Falle einer Auflagenverletzung auch die rechtliche Möglichkeit umfassen müssen, eine ggf. notwendige Rückführung des Gefährders mit einer freiheitsentziehenden Maßnahme umsetzen zu können. Welche abgestuften Maßnahmen letztlich bei einem Verstoß erfolgen, muss einzelfallabhängig anhand einer Gefahrenprognose entschieden werden.

#### Zu § 34c:

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung bei § 8 Absatz 4 und 5, mit der Klarstellung, dass für das gerichtliche Verfahren das 7. Buch des FamFG gilt.

§ 34c Absatz 1 ist so formuliert, dass Eingriffsvoraussetzungen und Schutzgüter in der Vorschrift genannt sind, mit einem Bezug auf § 8 Absatz 4 (neu) im Bereich der Gefahrenverhütung. § 34 c Absatz 2 erfasst dagegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Stalking. Zudem findet § 34c Absatz 2 Satz 2 Anwendung zur Überwachung der im Kontext von Fällen häuslicher Gewalt im Sinne des § 34a PolG angeordneten polizeilichen Maßnahmen (Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot).

Die Vorschrift entspricht in der Regelungssystematik dem § 17c des Gesetzentwurfs von SPD und CDU im niedersächsischen Landtag (Drucksache 18/850, Seite 5). Allerdings ist der Kreis der geschützten Rechtsgüter bei Vorfeldbefugnissen der Polizei dort erweitert auf die schweren organisierten Gewalttaten. Dagegen ist in § 34c Absatz 2 vorgesehen, dass die elektronische Aufenthaltsüberwachung auch erfolgen darf zur Abwehr von Gefahren für die sexuelle Selbstbestimmung und bei sog. Stalkern (§ 238 des Strafgesetzbuchs) sowie zur Überwachung der Befolgung von Maßnahmen zur Wohnungsverweisung nach § 34a.

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung („Fußfessel“) als justizielle Maßnahme der Führungsaufsicht nach § 68b StGB ist am 1. Januar 2011 durch den Bundesgesetzgeber eingeführt worden. Ein Antrag auf Gewährung einstweiligen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes dagegen hatte keinen Erfolg (Bundesverfassungsgericht, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 7. Dezember 2017 – 2 BvR 2640/17, juris). Mittlerweile liegt obergerichtliche Rechtsprechung vor, wonach in diesem Zusammenhang auch präventive Zielsetzungen zulässig sein können (vgl. etwa OVG Hamburg, Urteil vom 6. Oktober 2011 – 2 Ws 83/11, juris).

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung als präventiv-polizeiliche Maßnahme im Gefahrenvorfeld zur Verhütung terroristischer Straftaten eingeführt haben die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und Mecklenburg-Vorpommern. Geplant ist die Einführung, soweit hier bekannt, in Brandenburg, Hamburg, Saarland, Sachsen und Sachsen-Anhalt.

In Bayern ist die Eingriffsgrundlage auch zur Abwehr konkreter Gefahren für bedeutende Rechtsgüter konzipiert; zu diesen bedeutenden Rechtsgütern gehört auch die sexuelle Selbstbestimmung (Art. 34 Absatz 1 i. V. m. Art. 11 Absatz 3 Satz 2 PAG).

Die Einführung der „elektronischen Fußfessel“ zur Gefahrenabwehr und zu Gefahrenverhütungszwecken ist in der Anhörung des Landtags nicht nur unter verfassungsrechtlichen, sondern auch unter polizeifachlichen Vorzeichen kritisch erörtert worden.

Ein Aspekt betrifft die grundsätzliche Eignung des Instruments zur Abwehr terroristischer Gefahren. So weist die Gewerkschaft der Polizei in Bayern laut Gutachter Dr. Löffelmann darauf hin, mit der elektronischen Fußfessel werde ein zu allem entschlossener Terrorist nicht davon abgehalten werden können, sich in die Luft zu sprengen; nach der Logik des Terrorismus, so

der genannte Gutachter weiter, könne sogar die Gefahr einer Instrumentalisierung der staatlichen Überwachungsmaßnahme zu Propagandazwecken bestehen: Anschläge, die trotz „elektronischer Fesselung“ verübt würden, seien eine öffentlichkeitswirksame Demonstration hoheitlicher Hilflosigkeit (Seite 8 folgende auch mit Zitierung der erwähnten Stellungnahme der GdP in Bayern).

In der Anhörung ist z. T. auch von einzelnen Gutachtern kritisiert worden, die Formulierung „um diese Person durch die Überwachung und die Datenverwendung von der Begehung dieser Straftat abzuhalten“ im letzten Halbsatz deute auf einen gefahrenabwehrenden Charakter der Norm im Gesetzentwurf, während die „elektronische Fußfessel“ tatsächlich allein Überwachungsmaßnahmen ermögliche (Gutachten Prof. Dr. Gusy, Seite 10).

Allerdings dürften in Bezug auf diese konkrete Formulierung, die auch der Bundesgesetzgeber in § 56 Absatz 1 BKA-Gesetz verwendet hat, und auf die allgemeinen Ziele des Instruments Missverständnisse vorliegen. Insoweit wird auf die Erläuterungen oben zu § 34b verwiesen; ergänzend ist auf Folgendes aufmerksam zu machen.

Es ist zunächst offenkundig, dass die Verpflichtung zum Tragen und zur Nichtbeeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des elektronischen Überwachungsgeräts allein und als solche keine Maßnahme sein kann, die die Gefahrenlage umgehend und nachhaltig beseitigt, da die betreffende Person aufgrund der fehlenden Hinderung ihrer faktischen Fortbewegungsmöglichkeiten in der konkreten Situation sehr wohl (weiterhin) eine polizeiliche Gefahr oder sogar Störung darstellen kann.

Dies spricht jedoch nicht gegen die Eignung der elektronischen Überwachung. Entscheidend ist hinsichtlich der Eignungsbeurteilung des polizeilichen Instruments, dass mit der Verpflichtung zum Führen des Geräts der polizeiliche Überwachungsdruck und die Erfolgsaussichten polizeilichen Handelns schon wegen der insoweit gegebenen Aufenthaltsbestimmung der betreffenden Person signifikant steigen, und dies bei konkreten Gefahren bzw. bei möglicherweise drohenden sehr schweren terroristischen Straftaten.

Dem könnte auch nicht entgegengehalten werden, dass die Person es selbst in der Hand hat, die Aufenthaltsbestimmungskompetenz der die Person überwachenden Polizeibehörde in der Weise in die Leere laufen zu lassen, dass sie vorsätzlich gegen das gesetzliche Gebot verstößt, die Funktionsfähigkeit des Geräts nicht zu beeinträchtigen. Denn in einem solchen Fall ist der Polizeibehörde die Möglichkeit eröffnet, die betreffende Person auf richterliche Anordnung auf Antrag der Polizei für bis zu sieben Tagen in Gewahrsam zu nehmen, um die Verpflichtung mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen.

In der Anhörung ist ferner darauf hingewiesen worden, dass die sog. „elektronische Fußfessel“ in Deutschland „eher selten“ angewendet werde (Gutachten Prof. Dr. Gusy, Seite 10). Ob dieser Einschätzung für den justiziellen Bereich nach § 68b StGB beizupflichten ist, ist fraglich: Immerhin unterlagen Ende August 2017 laut Kenntnis und Aussage der Bundesregierung 93 Personen im Rahmen der Führungsaufsicht der elektronischen Aufenthaltsüberwachung aufgrund einer Weisung nach § 68b StGB (vgl. BT-Drucksache 19/764 vom 15. Februar 2018).

Unabhängig davon ist insoweit zu bedenken, dass die Observation nach § 16a das im jeweiligen Einzelfall gefahrenabwehrrechtlich wirkungsvollere Instrument sein kann. Deshalb wäre auch die Annahme verfehlt, die elektronische Fußfessel solle in der Praxis gewissermaßen an die Stelle der Observation treten, um der Polizei die personalintensive und aufwendige Überwachung nach § 16a zu erleichtern. Die elektronische Fußfessel tritt als Überwachungsinstrument neben die Observation, sie soll die einsatzfachlich notwendige Observation dagegen nicht ersetzen.

Ein weiterer Kritikpunkt in der Anhörung betraf den Katalog der Taten, bei denen eine elektronische Überwachungsmaßnahme angeordnet werden kann. So hat Amnesty International auf die unterschiedliche Ausgangslage bei der Fußfessel für verurteilte Straftäter nach § 68b StGB



einerseits und bei präventiv-polizeilichem Vorgehen nach § 34c andererseits hingewiesen (Stellungnahme, Seite 16 folgende). Es stelle sich die Frage, ob die Anordnung der Fußfessel nur wegen einer Prognose einer drohenden Nachstellung (§ 238 StGB, sog. „Stalking“) oder einer drohenden Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung verhältnismäßig sei.

Dieser Kritik wurde insoweit entsprochen, als ein polizeiliches Vorgehen insoweit an das Vorliegen einer konkreten Gefahr (Absatz 2) geknüpft wurde. Was die geschützten Rechtsgüter angeht, so eignet sich die elektronische Überwachung in besonderer Weise zur Abwehr von Gefahren für die sexuelle Selbstbestimmung, bei sog. Stalking und bei häuslicher Gewalt. Mit der elektronischen Überwachung können Rechtsgutsbeeinträchtigungen und Straftaten wirksam verhindert werden: durch die Aufenthaltsbestimmung und ihre Überwachung und durch die entsprechende Erhöhung des polizeilichen Überwachungs- und Verfolgungsdrucks bei den betreffenden Störern.

Insoweit ist zur Frage der Verfassungsgemäßheit und zur präventiv-polizeifachlichen Notwendigkeit des § 34c (und des § 34b) am Beispiel der Verhütung von Sexualdelikten zum Nachteil von Kindern und Jugendlichen und der Verhütung von Stalking (§ 238 StGB) auf Folgendes aufmerksam zu machen.

Bei der Verhütung von Straftaten nach §§ 174 ff. StGB gegen Kinder wird der Polizei durch eigene Feststellungen bzw. durch Bürgerhinweise bekannt, dass ein sog. „Gefahrenüberhang“ besteht, etwa in dem Fall, dass ein Kind auf einem Spielplatz von einer ihm fremden Person angesprochen und an die Hand genommen wird, um einen einsamen Ort aufzusuchen, in der Absicht, sich an dem Kind zu vergehen. In solchen Fällen werden Ermittlungen zur Person angestrengt und Beweise erhoben, etwa Zeugenvernehmungen durchgeführt. Die Person wird in den polizeilichen Auskunftssystemen überprüft und etwaige Vorerkenntnisse werden erhoben.

Sodann wird eine Gefährderansprache durchgeführt, mit dem Inhalt, die Person zu ermahnen, derartige Handlungen zu unterlassen, einschließlich der Darstellung strafrechtlicher Konsequenzen. Leider ist die Wirksamkeit dieser Maßnahmen häufig fraglich, weil vielen Personen mit pädophilen Neigungen die Einsicht in das Unrecht ihrer Handlungsweisen vollständig fehlt. Es wird dann auf der Basis des bislang geltenden Rechts ggfls. ein Platzverweis ausgesprochen, der aber örtlich beschränkt sein muss, etwa auf den Spielplatz begrenzt sein muss, auf dem die Person das ihr fremde Kind angesprochen hat. Bei fehlendem Anfangsverdacht einer Straftat sind die polizeilichen Maßnahmen anschließend in der Regel erschöpft. Dies ist aus rechtspolitischer Sicht nicht hinzunehmen.

Vielmehr ist das verfassungsrechtlich zulässige Instrumentarium des Polizeirechts auszuschoöpfen und sachgerechte Standardermächtigungen sind zu schaffen. Mit § 34b wird die Möglichkeit geschaffen, in derartigen Fällen ein Aufenthalts- und Kontaktverbot gegen die Person auszusprechen, weil es um Leben und Gesundheit der Kinder geht; wird dagegen verstoßen, kommt als letztes Mittel die Ingewahrsamnahme nach § 35 Absatz 1 Nummer 7 (in der Fassung der Einbringung bzw. Nummer 6 gemäß diesem Änderungsantrag) in Betracht. Ferner wird durch § 34c Absatz 2 Abhilfe geschaffen: Mittels „elektronischer Fußfesseln“ kann der Aufenthaltsort unmittelbar festgestellt werden, Gefahrenlagen können zeitnah erkannt und bekämpft werden.

§ 34c Absatz 2 erlaubt es der Polizei auch, wirksam präventiv-polizeilich gegen drohende Nachstellungen nach § 238 StGB (Stalking) vorzugehen. In der polizeilichen Praxis sind regelmäßig Fälle zu beobachten, in denen nach polizeilichen Erkenntnissen bereits Straftaten nach § 238 StGB vorliegen, indes (noch) keine Haftgründe oder Gründe für eine repressiv-polizeiliche vorläufige Festnahme gegeben sind. Straftaten nach § 238 StGB werden bei Ersttätern, wie die richterliche Spruchpraxis zeigt, selten mit einer Haftstrafe geahndet. Deshalb ist den Tätern die faktische Möglichkeit eröffnet, in der Zwischenzeit weitere Nachstellungen zulasten des Opfers (in der Regel Frauen und/oder Kinder) zu begehen. Dies stellt eine erhebliche und

rechtspolitisch nicht hinnehmbare Beeinträchtigung des Opferschutzes dar. (Potentielle) Opfer aggressiver Personen haben Anspruch auf staatlichen Schutz, und zwar nicht nur durch repressive Maßnahmen, wenn die Rechtsgutsbeeinträchtigung bereits eingetreten ist, sondern auch und gerade auf vorbeugenden, verhütenden staatlichen Schutz, damit es zu einer Rechtsgutsbeeinträchtigung gar nicht erst kommen kann. Straftaten nach § 238 StGB beinhalten aus polizeilicher Sicht immer ein gewisses Eskalationspotential; nach polizeilichem Erfahrungswissen kann nur ein entschlossenes, zielorientiertes und spürbares polizeiliches Einschreiten die Begehung weiterer Straftaten verhindern.

Elektronische Überwachungsinstrumente sind ein sehr wirksames Mittel, die Begehung von (weiteren) Straftaten zu verhüten und Anreize zu einem rechtskonformen Leben ohne die Gefährdung und Beeinträchtigung anderer Menschen und ihrer Rechte und Rechtsgüter zu setzen.

Die abschreckende Wirkung polizeilichen Handelns auf den Träger der elektronischen Apparatur, überhaupt die Gesamtumstände der deutlichen Erhöhung der präventiv-polizeilichen Handlungsdichte, dürfen in diesen Fallgruppen keinesfalls unterschätzt werden.

Voraussetzung für ein Einschreiten nach § 34c Absatz 2 ist das begründete und zu dokumentierende Vorliegen einer konkreten Gefahr nach § 8 Absatz 1. Hierbei kommt es, wie in allen Fällen polizeilichen Einschreitens zur Abwehr von Gefahren, auf die Umstände des Einzelfalls an:

- So bei rückfallgefährdeten Sexualstraftätern, die mit Beendigung der justiziellen Führungsaufsicht auch nicht mehr der „Konzeption zum Umgang mit rückfallgefährdeten Sexualstraftätern“ unterliegen (s. Gem. RdErl. d. JM (4201 – III. 18), d. IM (4 – 62.12.03) und d. MAGS (III B 1 – 1211.4 (KURS)) vom 13. Januar 2010 - JMBl. NRW Seite 59), bei denen jedoch weiterhin ein konkreter polizeilicher Gefahrenüberhang bestehen kann, insbesondere wenn das Verhalten des Probanden während der Führungsaufsicht (z. B. Weisungsverstöße), eine Therapieverweigerung und/oder ärztliche Gutachten weiterhin eine anhaltend hohe Rückfallgefahr belegen.

- Ebenso bei Personen, deren Gesamtverhalten gegenüber einem Kind/Jugendlichen zwar noch keine - für einen strafprozessualen Tatverdacht - „zureichenden“ tatsächlichen Anhaltspunkte für einen bereits konkreten Missbrauch bietet, deren Verhalten aber dessen ungeachtet insgesamt tatsächlich darauf schließen lässt, dass es durch besondere „Zuwendungen“ (z. B. Schmeicheln, Geschenke, gemeinsame „Unternehmungen“) darauf ausgerichtet ist, ein „vertrauensvolles“ Verhältnis zu begründen, das dann zur Begehung von Sexualstraftaten, wie die Anfertigung kinderpornografischer Fotos oder dem sexuellen Missbrauch, ausgenutzt und fortgesetzt wird.

- So auch bei der Überwachung einer Wohnungsweisung und eines Rückkehrverbotes gemäß § 34a PolG, wenn der Täter sich in vorangegangenen Fällen Häuslicher Gewalt nicht an das zehntägige Rückkehrverbot gehalten hat. Die polizeiliche Praxis zeigt, dass die Gewalt in der häuslichen Gemeinschaft in diesen Fällen häufig eskaliert und in schwersten Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten enden kann. Die in unregelmäßigem Abstand durchgeführte Überwachung des Rückkehrverbotes im Rahmen der allgemeinen polizeilichen Aufgabewahrnehmung (Streifenfälligkeit) allein reicht zur Abwehr dieser Gefahr nicht aus.

Geeignet wäre in allen Beispielfällen auch die längerfristige Observation gemäß § 16a PolG. Die elektronische Überwachung - verbunden mit einer Aufenthaltsvorgabe - erzeugt bei diesen Adressaten indes ein rechtskonformes Verhalten. Die Maßnahmen sind in Kombination geeignet und als Mindermaßnahme zur Observation auch verhältnismäßig, Verstöße schneller zu erkennen und die Gefahr erneuter Straftaten abwehren zu können.

Sowohl Maßnahmen nach §§ 34b und 34c wie auch Ingewahrsamnahmen nach § 35 Absatz 1 Nummer 7 (Nummer 6) verstehen sich, wie im Gesetzestext angeordnet und in der Gesetzesbegründung der Landesregierung ausgeführt, als „ultima ratio“, als Maßnahmen, die wegen ihrer verhältnismäßig hohen Eingriffsintensität nur angeordnet werden dürfen, wenn sie wirklich erforderlich sind, wenn und soweit mildere Maßnahmen also ungeeignet sind.

In den genannten präventiv-polizeilichen Gefahrenbereich bestehen, wie gezeigt, erhebliche und deutliche Schutzdefizite im gegenwärtigen Polizeigesetz. Diese Schutzlücken sind zu beseitigen, um dem verfassungsgesetzten Schutzauftrag des Staates zum Erhalt von Leben und Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger zu entsprechen.

### § 35:

Als Folgeänderung zu § 8 waren die Gewahrsamstatbestände im Gefahrenvorfeld eigenständig zu definieren, entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 20. April 2016 zur verfassungsrechtlichen Prüfung des BKA-Gesetzes.

Mit der Eröffnung zusätzlicher Möglichkeiten, bestimmte Personen – Gefährder - in präventiv-polizeilichen Gewahrsam zu nehmen, reagiert der Gesetzgeber in verfassungsgemäßer Weise auf die in der Einbringungsfassung der Novelle umfassend dargestellte neue terroristische Gefährdungssituation.

In der Landtagsanhörung haben einige Gutachter zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Nummer 7 systemkonform sei, da sie die bereits geltenden Regelungen zum Platzverweis ergänze (Gutachten Prof. Dr. Gusy, Seite 10).

Bedenken wurden in der Anhörung gegen die Nummer 6 des Gesetzentwurfs vorgetragen.

So hat der Gutachter Prof. Dr. Gusy (Gutachten, Seite 11) darauf hingewiesen, es blieben erhebliche verfassungsrechtliche Unsicherheiten, ob bezüglich der „Gefährder“ neben aufklärenden Maßnahmen und solchen der Aufenthaltsverbote und -überwachung auch der Gewahrsam in Betracht komme.

Ein weiteres Argument gegen den Gewahrsamstatbestand in § 35 Absatz 1 Nummer 6, auch aus der polizeilichen Praxis, lautet, durch die Verlagerung der Möglichkeit der Gewahrsamsanordnung in das Gefahrenvorfeld werde, auch bei einer Fokussierung der Eingriffsgrundlage auf die terroristischen Straftaten nach dem neuen § 8 Absatz 4, ein erheblicher faktischer Druck auf die Polizei entstehen, in der Praxis schon bei geringfügigen Anlässen den Unterbindungsgewahrsam als eine Art „Sicherungshaft“ zu verfügen, um sich nicht später dem Vorwurf ausgesetzt zu sehen, nicht zur rechten Zeit auf entsprechende Weise (Gewahrsam) eingeschritten zu sein; dadurch werde es zwangsläufig zu einer erheblichen Ausweitung dieses Instruments kommen.

Zu berücksichtigen ist, dass bislang, soweit ersichtlich, kein Gesetzgeber in Deutschland eine Vorschrift wie § 35 Absatz 1 Nummer 6 geschaffen hat, wonach beim Unterbindungsgewahrsam ganz vom Vorliegen einer gegenwärtigen oder zumindest einer konkreten Gefahr abzu-sehen wäre (vgl. auch Pieroth, GSZ 2018, Seite 133 (136 folgende)). Auch SPD und CDU in Niedersachsen haben in ihrer jüngsten Novelle auf die Einfügung einer entsprechenden Bestimmung verzichtet (Drucksache 18/850, Seite 6). Ferner ist zu bedenken, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bestimmte Restriktionen bei der Einführung derartiger Sicherungsinstrumente zu beachten sind (vgl. EGMR, NVwZ 2014, Seite 43 folgende und insbesondere die Randnummern 93 folgende des Urteils; dazu Pieroth, GSZ 2018, Seite 133 (136 folgende)).

Vor diesem Hintergrund sollte eine weitere verfassungsrechtliche und polizei-einsatzfachliche Prüfung im Rahmen zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. § 35 Absatz 1 Nummer 6 in der

Einbringungsfassung wird daher gestrichen; die bisherige Nummer 7 wird damit neue Nummer 6.

Zu § 38:

Die Änderung der Formulierung zum richterlichen Handeln in Absatz 2 Satz 1 dient dem Ziel der Klarstellung, dass nicht Fristen für den Erlass der richterlichen Entscheidung bezeichnet werden, es vielmehr ausschließlich um die Dauer der Freiheitsentziehung durch die richterliche Entscheidung geht.

Mit den weiteren neuen Regelungen in § 38 Absatz 2 wird angeordnet, dass in bestimmten Fällen der Ingewahrsamnahme nach § 35 Absatz 1 andere höchstzulässige Fristen für die Verweildauer im Polizeigewahrsam gelten, als der Gesetzgeber sie allgemein in § 38 Absatz 1 Nummer 3 angeordnet hat, also bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen des Polizeipflichtigen bzw. Gefährders.

Die in der Einbringungsfassung dem Landtag seitens der Landesregierung vorgeschlagenen Höchstfristen sind dabei auf Kritik von Verbänden und Gutachtern in der Anhörung gestoßen.

So wurde moniert, dass es aufgrund der Anknüpfung der besonders langen Gewahrsamsfristen an bloße Vorfeldmaßnahmen zu dem kaum begründbaren Ergebnis kommen könne, dass bloße Gefährder deutlich länger in Polizeigewahrsam genommen werden könnten als Polizeipflichtige bei Vorliegen einer konkreten Gefahr.

Diese Kritik kann jedoch in ihrer Grundanlage nicht überzeugen. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht diese spezielle Rechtsfrage bislang noch nicht beurteilt haben mag, kann aus allgemeinen polizeirechtssystematischen und grundrechtlichen Überlegungen nicht davon ausgegangen werden, dass Gewahrsams-Höchstfristen bei Gefährdern zwingend und ausnahmslos kürzer bemessen sein müssten als die Höchstfristen bei Störern. Denn eine solche Betrachtungsweise wäre mit dem auch verfassungsrechtlich – staatliche Schutzpflicht – fundierten Grundsatz der möglichst effektiven Gefahrenabwehr, Gefahrenverhütung und Gefahrenbekämpfung nach § 1 PolG nicht zu vereinbaren.

Polizeiliche Verantwortlichkeit und die Intensität polizeilichen Einschreitens richten sich nicht nach moralischen Kriterien stärkerer oder schwächerer „Schuld“. Wenn und soweit sich präventiv-polizeiliches Tätigwerden nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. April 2016 auf bestimmte Gefährder im Gefahrenvorfeld beziehen darf, dann richtet sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gewahrsamsanordnung und der darauf jeweils bezogenen Gewahrsamshöchstdauer nach der Art und dem Grad der Gefährdung, dem Grundsatz der effektiven Gefährdungsabwehr und nach den zwingenden polizeirechtlichen und polizeifachlichen Argumenten, die für eine bestimmte Höchstdauer eines bestimmten Gewahrsamstatbestands vorgetragen werden können. Es gibt dagegen keinen allgemeinen Grundsatz, dass die höchstzulässige Dauer von Gewahrsamsanordnungen zwingend unterhalb der entsprechenden Fristen bei Störern liegen müsste.

Daneben ist es nicht Absicht oder Ziel des Gesetzgebers, den Polizeigewahrsam bei Gefährdern als eine Art Strafe bzw. sonstige - verkappte - Maßnahme der Sicherung oder Besserung im repressiven Bereich einführen zu wollen. Es geht allein um die effektive Bekämpfung ernster Gefährdungslagen, und nur insoweit Gewahrsamsanordnungen notwendig, erforderlich und verhältnismäßig sind, werden sie in dem Änderungsgesetz zum Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen verfügt.

§ 38 Absatz 2 Nummer 5 (Gewahrsam zur Feststellung der Identität)

Vor diesem allgemeinen Hintergrund erscheint die z. T. an § 38 Absatz 2 Nummer 5 (Gewahrsam von bis zu sieben Tagen zur Identitätsfeststellung) geäußerte Kritik als im Ergebnis nicht überzeugend.

Wenn etwa die Menschenrechtsorganisation Amnesty International in ihrer Stellungnahme (Seite 19) darauf hinweist, die Zulässigkeit einer Ingewahrsamnahme von bis zu sieben Tagen stände in Widerspruch zu den wesentlich strengeren strafprozessualen Fristen in §§ 112 ff., 163b StPO, wird verkannt, dass die Regelfrist zur Gewahrsamsunterbringung bei Identitätsfeststellung nicht sieben Tage beträgt, sondern nur zwölf Stunden. Nur bei der auf Tatsachen gestützten Annahme der vorsätzlichen Verhinderung der Identitätsfeststellung als auch klar so bezeichnetem Ausnahmefall genügt es, dass die richterliche Entscheidung bis zum Ende des auf das Ergreifen folgenden Tages ergeht, und für diese Entscheidung ist dann die Höchstfrist von sieben Tagen zu beachten. Der bei vorsätzlicher Identifikationsvereitelung erhöhte Identifizierungsaufwand ist eine Ursache, welche die betroffene Person selbst gesetzt hat und damit auch vertreten muss, und dies gilt erst recht, wenn sie sich unter dieser Prämisse bewusst in ein kriminogenes Umfeld begibt (wie im Fall der Proteste gegen den Braunkohleabbau im Hambacher Forst, dazu sogleich).

In Baden-Württemberg beispielsweise beträgt diese Höchstfrist zur Klärung der Identität einer Person zwei Wochen (§ 28 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 mit Absatz 3 Satz 4 PolG Baden-Württemberg), sie ist also doppelt so lang bemessen wie im Gesetzentwurf der nordrhein-westfälischen Landesregierung.

Es besteht ein legitimes und hohes staatliches Interesse an der Klärung der Identität von Personen. Nach § 111 Ordnungswidrigkeitengesetz handelt ordnungswidrig, wer sich weigert, die eigene Identität wahrheitsgemäß mitzuteilen; daraus folgt die Pflicht, an der Klärung der eigenen Identität mitzuwirken. Auch § 1 Absatz 1 Satz 2 Personalausweisgesetz enthält eine Mitwirkungspflicht bei der Identitätsfeststellung; das Unterlassen dieser Mitwirkung stellt nach § 32 Absatz 1 Nummer 2 Personalausweisgesetz eine Ordnungswidrigkeit dar. Nach § 12 Absatz 2 Satz 2 Polizeigesetz wird die Polizei ermächtigt, von einer Person die Aushändigung der mitgeführten Ausweispapiere zu verlangen und bei Nichtbefolgung einer solchen Anordnung weitere Maßnahmen zu ergreifen.

Von einer (unterschweligen) Bagatellisierung der polizeilichen Identitätsklärung im rechtspolitischen Diskurs (in diese Richtung könnten möglicherweise die Ausführungen in dem Gutachten (Seite 13) von Prof. Dr. Gusy (miss-)zu verstehen sein), sollte aus polizeifachlichen und rechtsstaatlichen Erwägungen Abstand genommen werden.

Die Identitätsverschleierung stellt sich (auch) als Teil der Strategie von bestimmten Gruppen dar, grundsätzlichen Widerstand gegen die Rechtsordnung und gegen Anordnungen von Polizei und Justiz zu leisten.

Dies betrifft beispielsweise den Widerstand der europaweit organisierten und vernetzten (Baum-)Besetzer-Szene im Hambacher Forst, der im September 2018 als gefährlicher Ort im Sinne von § 12 Absatz 1 Nummer 2 PolG ausgewiesen ist. Das Areal hat sich zu einem europaweiten Anziehungspunkt für radikale Gruppierungen entwickelt. Als Tatmittel für fortwährende Angriffe auf Mitarbeiter des Grundstückseigentümers und örtlich eingesetzte Polizeikräfte werden Steinwurf, Zwillenbeschuss und sog. „Molotow-Cocktails“ eingesetzt. Die dortige „Szene“ hat schon lange die Ebene des zivilen Protestes überwunden und sich zu einer gewaltaffinen „Besetzerszene“ entwickelt; die Störer wirken regelmäßig nicht bei Maßnahmen zur Identitätsfeststellung mit bzw. widersetzen sich diesen; Ausweispapiere und Gegenstände, die mittelbare Identifizierungen ermöglichen würden (wie Mobiltelefone), werden bewusst nicht mitgeführt.

Zur Verhinderung einer Identifizierung über erkennungsdienstliche Maßnahmen werden die Fingerkuppen absichtlich manipuliert (z. B. durch Aufbringen von Sekundenkleber oder Bitumen). Die zweifelsfreie Identitätsfeststellung innerhalb von 12 Stunden ist in diesen Fällen

nicht möglich; vielmehr stellt die Verfremdung des Fingerabdrucks nach allgemeiner Lebenserfahrung eine nicht strafbewehrte Vorbereitungshandlung für die Begehung von Straftaten dar. Daraus erwächst eine auf Tatsachen basierende Gefahrenprognose, die weitere Maßnahmen nach dem Polizeigesetz erforderlich macht und die es rechtfertigt, die betreffende Person aus Gefahrenabwehr Gesichtspunkten über einen längeren Zeitraum im polizeilichen Gewahrsam zu belassen: um weitere, der Identifizierung dienende Ermittlungsmaßnahmen überhaupt durchführen zu können.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, die Polizei habe grundsätzlich die notwendigen Ressourcen vorzuhalten, um die Identitätsklärung innerhalb der bisherigen Frist vornehmen zu können. Eine solche pauschale und unangemessene Einschätzung wird den fachlichen Anforderungen der schwierigen Polizeiarbeit nicht gerecht.

Bei einzelnen Ereignissen und sehr hohen Zahlen von klärungsbedürftigen Personen, noch dazu solchen, die versuchen, die Identitätsfeststellung zu vereiteln, ist es den zuständigen Polizeibehörden auch bei bestmöglicher Organisation des Einsatzes nicht möglich, die bislang geltende Frist einzuhalten. Am Beispiel der bereits skizzierten polizeilichen Arbeit bei der Identitätsklärung von Störern im Braunkohletagebauegebiet des Hambacher Forstes soll dies wie folgt näher erläutert werden.

Es erfolgt zunächst eine Verbringung vom Antreffort im Hambacher Forst in eine abgesetzt befindliche Örtlichkeit, dort folgen weitere erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 14 Polizeigesetz. Falls der Störer seine Fingerkuppen mit Sekundenkleber oder Bitumen bestrichen hat, kann er mittels elektronischer Fingerabdruckerfassung und Systemabgleich nicht identifiziert werden, weil die dazu notwendigen Papillarlinien verklebt sind. Zwar wäre eine Reinigung der Fingerkuppen mit Aceton unter Anwendung unmittelbaren Zwangs rechtlich zulässig und tatsächlich möglich, doch wird davon derzeit in der polizeilichen Praxis wegen der für diesen Zeitraum aufrecht zu erhaltenen Zwangsanwendung und der mit der Reinigungsmaßnahmen verbundenen gesundheitlichen Risiken für den Probanden und die Beamten Abstand genommen. Stattdessen wird die neue Gewahrsamshöchstfrist dazu führen, dass in Zukunft das rechtliche Instrumentarium bereitstehen wird, im Gewahrsam auf die natürliche Ablösung der Fremdstoffe zu warten. Diese Rechtsfolge ist einerseits verhältnismäßig angesichts des hohen staatlichen Interesses an der Klärung der Identität des Störers; auf der anderen Seite ist sie das mildere Mittel gegenüber einem gerade skizzierten Entfernen der Fremdstoffe an den Fingerkuppen unter Einwirkung unmittelbaren Zwangs.

Andere Maßnahmen, wie die Herstellung von Handflächenabdrücken mittels einer speziellen Gelfolie, führen für sich genommen und alleine nicht sicher zu einer zweifelsfreien Identifizierung des Störers und sind in den in Rede stehenden Fällen auch nur unter Zwangsanwendung möglich. Vielmehr müssen Lichtbilder angefertigt werden, mit anschließender nationaler und internationaler Abfrage bei den Sicherheitsbehörden, ergänzt um die Mitteilung äußerer körperlicher Merkmale und von Messergebnissen. Der Zeitraum, bis entsprechende Rückmeldungen vorliegen, variiert zwischen 24 Stunden und, bei internationaler Steuerung, mehreren Wochen, fokussiert sich in der polizeilichen Praxis indes auf einen Bereich von zwei bis sieben Tagen.

Die entsprechende Höchstdauer eines Gewahrsams von bis zu sieben Tagen ist daher sachgerecht, was das Übermaß- wie auch das Untermaßverbot angeht. In solchen gravierenden Fällen kann durch eine erfolgreiche Identifizierung eine effiziente Gefahrenabwehr erst ermöglicht werden, indem nach erfolgreicher Identifizierung etwa personifizierte Betretensverbote nach § 34 Absatz 2 Polizeigesetz ausgesprochen werden können, die bei Zuwiderhandlung die Möglichkeit der Ingewahrsamnahme eröffnen. Darüber hinaus lassen sich (international) gut vernetzte Täterstrukturen erst durch die sukzessive Aufklärung und Zuordnung der jeweiligen beteiligten Personen erkennen, auswerten und eindämmen. All dies dient nachhaltig einer sachgerechten Gefahrenabwehr und Gefahrenbekämpfung und spricht damit gegen eine Bagatellisierung der polizeilichen Identitätsklärung bei Störern.

§ 38 Absatz 2 Nummer 1 in Verbindung mit § 35 Absatz 1 Nummer 2 Alternative 1 (Gewahrsam zur Verhinderung der unmittelbar bevorstehenden Begehung oder Fortsetzung einer Straftat)

Mit den Erfordernissen der polizeilichen Praxis nicht vereinbar ist die bisher im Polizeigesetz geltende Höchstfrist im Fall der unmittelbar bevorstehenden Straftat nach § 35 Absatz 1 Nummer 2.

Der Unterbindungsgewahrsam ist zwingend erforderlich, um zu klären, ob die Voraussetzungen für eine vorläufige Festnahme und für einen Haftbefehl nach der Strafprozessordnung gegeben sind. Hierzu sind im Einzelfall z. T. erhebliche polizeiliche Arbeiten zu erbringen, die, wie die polizeiliche Praxis belegt, innerhalb der bisherigen Höchstfrist nicht oder nur unter ganz unangemessenen Erschwernissen und einem für die dienstlichen Erfordernisse ganz sachwidrigen Zeitdruck (einschließlich der sachwidrigen Zurückstellungen anderer wichtiger Aufgaben) geleistet werden können.

Deshalb ist in Bezug auf den Tatbestand des Unterbindungsgewahrsams eine Höchstfrist von 14 Tagen vorzusehen, mit einer einmaligen entsprechenden Verlängerungsmöglichkeit.

Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Fristbemessung zulässig (BVerfGE 109, 190, (220): 14-tägiger landesrechtlicher Polizeigewahrsam). Nach dem Gesetzentwurf von SPD und CDU im niedersächsischen Landtag beträgt die Höchstfrist in der parallelen Vorschrift bei terroristischen Straftaten sogar 30 Tage, mit einer möglichen ersten Verlängerung um 30 Tage und einer möglichen zweiten Verlängerung um 14 Tage (Drucksache 18/850, Seite 7).

§ 38 Absatz 2 Nummer 1 in Verbindung mit § 35 Absatz 1 Nummer 6 neu (Gewahrsam zur Durchsetzung der Anordnungen nach §§ 34b, 34c)

Bei § 35 Abs. 1 Nummer 6 (neu, bisher Nummer 7), der Vorschrift über die Möglichkeit der Ingewahrsamnahme bei Verstößen gegen die neuen §§ 34b, 34c, ist eine Höchstfrist von sieben Tagen notwendig, erscheint aus derzeitiger Sicht aber auch ausreichend.

Bei § 34c handelt es sich um einen Erzwingungsgewahrsam zur Durchsetzung der Befolgung einer Anordnung, die Verpflichtung zum Tragen der Fußfessel ist ggfls. im Gewahrsam im Wege des unmittelbaren Zwangs durchzusetzen. Insoweit sind Erkenntnisse der polizeilichen Praxis zu diesem neuen Gewahrsamstatbestand abzuwarten, bevor im Rahmen weiterer Prüfungen zu entscheiden ist, ob die im Gesetzentwurf der Landesregierung vorgesehene Höchstfrist von 30 Tagen zwingend erforderlich ist und eingeführt werden sollte.

Bodo Löttgen  
Matthias Kerkhoff  
Gregor Golland  
Daniel Sieveke  
Dr. Christos Katzidis

Christof Rasche  
Henning Höne  
Marc Lürbke

und Fraktion

und Fraktion