

Vorlage	25
zu Drs.	850

Vorlage	19
zu Drs.	828

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

Präsidentin des
Niedersächsischen Landtages
– Landtagsverwaltung –
Frau [REDACTED]
Postfach 44 07
30044 Hannover

Prof. Dr. jur. Mattias G. Fischer

Professur für Polizei- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Dienstrecht und Eingriffsrecht

Frankfurter Straße 365
34134 Kassel

Tel.: +49 561 4806- [REDACTED]
Fax: +49 561 4806- [REDACTED]

[REDACTED]@hfpv-hessen.de
www.hfpv.de

Kassel, 09.08.2018

Vorherige schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Inneres und Sport des Niedersächsischen Landtages am 09.08.2018

Entwurf eines Reformgesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung und anderer Gesetze – Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion der CDU – Drs. 18/850

Für ein Niedersächsisches Gefahrenabwehrgesetz ohne Symbolpolitik und Generalverdacht – Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – Drs. 18/828

Sehr geehrte Frau [REDACTED]

haben Sie vielen Dank für die Einladung zur Anhörung am 9. August 2018. Der Bitte des Innenausschusses um Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf und zu dem Entschließungsantrag komme ich gerne nach.

Angesichts des Umfangs des Gesetzentwurfs (im Folgenden: GE) kann nicht auf alle relevanten Aspekte der Novelle eingegangen werden. Meine Stellungnahme legt den Schwerpunkt daher – auch im Hinblick auf den Entschließungsantrag – auf rechtspolitisch besonders umstrittene Neuerungen.

I. Vorbemerkung

Eine grundlegende Novellierung des Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) ist überfällig. Die letzte umfassende Novellierung stammt aus dem Jahr 2007. Seitdem haben zahlreiche Urteile nicht nur des Bundesverfassungsgerichts, sondern auch der Verwaltungsgerichte den gesetzlichen Anpassungsbedarf immer deutlicher werden lassen. Auch neue Bedrohungslagen und die technische Entwicklung gingen am niedersächsischen Polizeigesetz vorbei – im Unterschied zu den Polizeigesetzen zahlreicher anderer Bundesländer. Schon vor diesem Hintergrund kann man den vorliegenden Gesetzentwurf durchaus als Quantensprung bezeichnen.

Für Alarmismus – Stichworte: Totalüberwachung, Ausverkauf der Grundrechte, Weg in den Polizeistaat – besteht kein Anlass. Neue polizeiliche Befugnisnormen stehen nicht von vornherein, also gewissermaßen automatisch, unter dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Vergegenwärtigt man sich die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sicherheitsrecht insbesondere seit 9/11, so fällt auf, dass das Gericht bisher noch *keines* der zahlreichen neuen polizeirechtlichen Instrumente *als solches* für unvereinbar mit dem Grundgesetz hielt. Das wird oft übersehen.

Ob „Großer Lauschangriff“ oder präventive Telekommunikationsüberwachung, ob Rasterfahndung oder Online-Durchsuchung, ob automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen, Quellen-Telekommunikationsüberwachung oder Vorratsdatenspeicherung: In *allen* Fällen hat das Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit dieser Instrumente bejaht.

Doch zeigen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den genannten polizeilichen Maßnahmen auch: Der Teufel liegt oft im Detail. Mag eine neue Befugnis sicherheitspolitisch auch noch so wünschenswert, verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig, angesichts veränderter Bedrohungslagen oder im Zuge des technischen Fortschritts unter Umständen sogar geboten sein – stets muss die Maßnahme auch so *ausgestaltet* sein, dass sie rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Gelingt dies nicht, droht doch Verfassungswidrigkeit. Das Grundgesetz fordert größtmögliche Sicherheit in größtmöglicher Freiheit. Damit liegt die Messlatte für den Sicherheitsgesetzgeber hoch.

Dem Vorwurf einer verfassungsrechtlich unzureichenden *Ausgestaltung* neuer Befugnisse sieht sich teilweise auch der vorliegende Gesetzentwurf ausgesetzt. Allerdings sind verfassungskonforme Regelungen möglich.

II. Bewertungsperspektive und Bewertungsmaßstäbe

Die Stellungnahme erfolgt primär aus der verfassungsrechtlichen Perspektive. Gefragt wird also nach der Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit dem Grundgesetz beziehungsweise mit der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Insoweit im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberische Handlungsspielräume bestehen, fließen – insbesondere durch vergleichende Heranziehung anderer Landespolizeigesetze und der Polizeigesetze des Bundes – punktuell auch polizeirechtswissenschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen in die Bewertung der Prüfungsgegenstände ein.

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

Dennoch wäre es ein großes Missverständnis, insoweit per se von einem „Angriff auf die Freiheit“ zu sprechen. Polizeilichem Handeln kommt – ganz im Gegenteil – im Staat des Grundgesetzes vielmehr die Aufgabe zu, Freiheit zu schützen. Das scheinbar paradoxe Verständnis einer *Freiheitsbeschränkung* als *Freiheitssicherung* lässt sich anhand des „Basisfreiheitsrechts“ des Grundgesetzes, dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG), verdeutlichen: Nach allgemeinem Verständnis gibt Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will. Ausnahmslos jedes menschliche Verhalten ist damit grundrechtstatbestandlich geschützt¹. Insoweit liegt der allgemeinen Handlungsfreiheit das „natürliche“ Freiheitsverständnis im Sinne Hobbes' zugrunde – Freiheit als „Abwesenheit aller äußeren Hindernisse“². Wer tun und lassen darf, was er will, derjenige dürfte in der Konsequenz auch töten, stehlen oder hehlen³.

Unbegrenzte Freiheit führt zur Freiheit (nur) der Stärkeren und impliziert damit letztlich Unfreiheit. Deshalb sind Freiheitsbeschränkungen zur Freiheitssicherung notwendig⁴, deshalb erfordert die Sicherung der Freiheit eine öffentliche Gewalt, wie es bereits in der Französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 (Artikel 12) heißt. Angesichts der „in der Individualfreiheit gelegenen Bedrohung für die Freiheit anderer“ kann „die grundrechtlich bewirkte Ausgrenzung

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

² Thomas Hobbes, Leviathan, 14. Kapitel, zitiert nach der Übersetzung von Jacob Peter Mayer, Stuttgart 1995, S. 118.

³ „So ist selbst der Mord durch Art. 2 Abs. 1 GG tatbestandlich erfasste Freiheitsbetätigung“, Michael Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 2003, S. 182, Rn. 14.

⁴ Dazu aus sozialphilosophischer Sicht instruktiv Karl Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, Bern 1957, S. 156 ff.

des Staates (...) keine absolute sein⁵. Der Staat muss „vielmehr auch im Grundrechtsbereich mit seinen Machtmitteln tätig werden dürfen, wenn es zum Zweck des Freiheitsschutzes erforderlich“ ist⁶.

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

In ständiger Rechtsprechung betont das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus, dass der Sicherheitsgesetzgeber polizeiliche Eingriffsbefugnisse nicht nur schaffen *darf*, sondern freiheitsschützend handeln *muss*⁷. Gefahrenabwehr, nicht unproblematisch auch als Prävention bezeichnet, ist als solche nicht etwa rechtsstaatsfeindlich⁸, sondern nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein verfassungsrechtliches, genauer: grundrechtliches Gebot. Der Staat, so führt das Gericht etwa in seinem Urteil zum BKA-Gesetz aus, habe „einen wirksamen Schutz der Grundrechte und Rechtsgüter der Bürgerinnen und Bürger zu sichern“⁹. Er sei grundrechtlich insbesondere dazu verpflichtet, „das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu schützen, das heißt vor allem, auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“¹⁰. Diese an den Staat und damit auch an den Gesetzgeber adressierte grundrechtliche Schutzpflicht¹¹ zielt letztlich darauf ab, „die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen“¹². Zur Erfüllung dieser Schutzpflicht müsse der Staat „ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, dass ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird“¹³.

⁵ Dieter Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hg.), Staatsaufgaben, Frankfurt/Main 1996, S. 613/619.

⁶ Ebd.

⁷ Eine solche Schutzpflicht folgt letztlich bereits aus dem oben skizzierten umfassenden Freiheitsverständnis; dieses Verständnis macht Freiheitsbeschränkungen zur Freiheitssicherung zwingend erforderlich.

⁸ Dazu Klaus Lüderssen, Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?, in: Böllinger/Lautmann (Hg.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft, Frankfurt/Main 1993, S. 268/274, der insoweit von einer „ganz unsinnigen Vorstellung“ spricht.

⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 100.

¹⁰ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 100. Diese Schutzpflicht verortet das Gericht verfassungstextlich „sowohl in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 als auch in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG“ (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 220).

¹¹ Grundlegend: BVerfGE 39, 1/42; 46, 160/164 f.; 88, 203/251 ff.

¹² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 128.

¹³ BVerfGE 88, 203, Ls. 6.

Die Grundrechtsschranken und die grundrechtliche Schutzpflicht bedeuten allerdings nicht, dass Grundrechtseingriffe beliebig zulässig sind – auch nicht zum Zweck des Schutzes der Bevölkerung, der anderenfalls kein *Freiheitsschutz* mehr wäre. Polizeistaatlichkeit steht im fundamentalen Widerspruch zum Grundgesetz. Hobbes hielt jedes staatliche Mittel für opportun, solange es nur dem Sicherheitszweck diene¹⁴ und hatte damit den Polizeistaat definiert. Polizeiliches Handeln wäre dann polizeistaatliches Handeln, wenn rechtliche Begrenzungen fehlten. Wiederum mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Das Grundgesetz unterwirft auch die Verfolgung des Zieles, die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen, rechtsstaatlichen Bindungen, zu denen insbesondere das Verbot unangemessener Eingriffe in die Grundrechte als Rechte staatlicher Eingriffsabwehr zählt.“¹⁵ An anderer Stelle spricht das Bundesverfassungsgericht treffend von der „rechtsstaatlichen Asymmetrie, nach der Bürgerinnen und Bürger prinzipiell frei sind, der Staat ihnen gegenüber bei Eingriffen in ihre Freiheit jedoch gebunden und damit rechenschaftspflichtig ist“¹⁶.

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

Für den Sicherheitsgesetzgeber bedeutet dies, dass er neben den zwischen Bund und Ländern aufgeteilten Gesetzgebungskompetenzen insbesondere das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG und in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) und den Grundrechten folgende Bestimmtheitsgebot sowie den ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten abgeleiteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten hat¹⁷.

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

¹⁴ „Das Recht auf den Zweck aber gibt auch das Recht auf die Mittel, und wenn einem einzelnen Menschen oder einer Gesellschaft die höchste Gewalt übertragen ist, so hat man ihm oder ihr zugleich die freie Beurteilung der Mittel zum Frieden und Schutz überlassen“ (Thomas Hobbes, *Leviathan*, 18. Kapitel, zitiert nach der Übersetzung von Jacob Peter Mayer, Stuttgart 1995, S. 160).

¹⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 128.

¹⁶ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 37.

¹⁷ Das ist der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts – siehe aus der jüngsten Rechtsprechung etwa BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 90.

III. Stellungnahme zu ausgewählten Neuerungen des Gesetzentwurfs

1. Gefährderansprache und -anschreiben (§ 12a GE)

Bei so genannten Gefährderansprachen und Gefährderanschreiben handelt es sich um Ermahnungen, die typischerweise auf eine Beeinflussung des Verhaltens der Adressaten abzielen. Insoweit stellen sie einen Grundrechtseingriff, regelmäßig einen Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, unter Umständen auch einen Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG dar.¹⁸ Da die Grundrechtsrelevanz dieser in den letzten Jahren immer häufiger genutzten Maßnahme von Polizeipraktikern allerdings nicht immer bejaht wurde, ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber nunmehr unmissverständlich von einer solchen ausgeht.

Konnten Gefährderansprache und -anschreiben bisher auf § 11 Nds. SOG – also auf die Generalklausel – gestützt werden, sieht der Gesetzgeber nun erstmals eine spezielle Befugnisnorm vor. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass die Eingriffsschwelle gegenüber der bisherigen Rechtslage abgesenkt werden soll: Setzen Gefährderansprache und Gefährderanschreiben bisher ausnahmslos das Bestehen einer konkreten Gefahr im Sinne von § 11 Nds. SOG voraus, soll nun bereits das Vorliegen „bestimmte(r) Tatsachen“ genügen, die die Annahme rechtfertigen, „dass eine Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierende Weise eine Straftat begehen wird“ (§ 12a Abs. 1 Satz 1 GE). Dieses Absenken der Eingriffsschwelle, dessen sicherheitspolitisches bzw. polizeifachliches Bedürfnis in der Begründung zum Gesetzentwurf leider nicht thematisiert wird, erleichtert es der Polizei zukünftig, diese Maßnahmen zu ergreifen und kann dazu führen, dass die Polizeibehörden noch extensiver als bisher von Gefährderansprachen und -anschreiben Gebrauch machen.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist diese Neuregelung insoweit nicht zu beanstanden, als das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKA-Gesetz ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass der Gesetzgeber „von Verfassungs wegen (...) nicht von vornherein (...) auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt (ist), die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen“¹⁹. Allerdings müssten gefahrenabwehrrechtliche

¹⁸ Vgl. nur OVG Lüneburg, NJW 2006, S. 391/392.

¹⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 112.

Befugnisnormen als Eingriffsschwelle „zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr“ vorsehen; allgemeine Erfahrungssätze sollen also nicht ausreichen²⁰.

Diesen Erfordernissen genügt § 12a Abs. 1 Satz 1 GE. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum BKA-Gesetz im Übrigen nicht etwa eine völlig neue – geringere – Eingriffsschwelle für polizeiliches Handeln entwickelt, sondern knüpft in der Sache an die polizeirechtsdogmatisch etablierte Rechtsfigur des so genannten Gefahrenverdachts an, die sich auf polizeiliche Handlungsbefugnisse im Vorfeld konkreter Gefahren bezieht und bereits seit vielen Jahren auch in zahlreichen Befugnisnormen des Nds. SOG zum Ausdruck kommt (z.B. in §§ 13 Abs 1 Nr. 2 und 3, 17 Abs. 4 Satz 1, 22 Abs. 1 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG). Die prinzipielle Verfassungsmäßigkeit dieser normativen Praxis hat das Bundesverfassungsgericht bereits vor Jahren festgestellt, indem es darauf hinwies, dass der Gesetzgeber „bei der Gestaltung von Eingriffsbefugnissen nicht zwingend an die mit dem überkommenen Gefahrenbegriff verbundenen polizeirechtlichen Eingriffsgrenzen gebunden“ sei²¹.

Die Neuregelung ist auch insoweit verhältnismäßig, als es sich bei Gefährderansprache und Gefährderanschreiben um Grundrechtseingriffe von regelmäßig geringer Intensität handelt, werden durch diese Maßnahmen doch gerade keine expliziten Ge- oder Verbote ausgesprochen. Zudem bezieht sich die abgesenkte Eingriffsschwelle ausdrücklich nur auf das Begehen einer Straftat; in Bezug auf andere, nicht strafbewehrte Schutzgüter ist also auch weiterhin das Vorliegen einer konkreten Gefahr erforderlich. Hinzu kommt schließlich, dass Gefährderansprachen und -anschreiben bisher insbesondere in Fällen von häuslicher Gewalt, im Umgang mit – vor allem minderjährigen – Mehrfach- und Intensivtätern, rückfallgefährdeten (Sexual-)Straftätern, politisch-extremistischen Gefährdern und gewaltbereiten Fußballanhängern zur Anwendung kommen. Insoweit diese Maßnahmen also der Straftatenverhütung, namentlich der Gewaltprävention dienen, wird mit ihnen ein Ziel verfolgt, das der – oben bereits erläuterten – grundrechtlichen Schutzverpflichtung entspricht.

Da Gefährderansprachen und -anschreiben bisher nur auf § 11 HSOG gestützt werden können, sind nach geltendem Recht nicht nur die Polizeibehörden, sondern auch die Verwaltungsbehörden zu diesen Maßnahmen ermächtigt. Nach § 12a Abs. 1 Satz 1 GE soll die Befugnis zukünftig ausdrücklich nur noch der Polizei zustehen. Gefährderansprachen und -anschreiben durch die Verwaltungsbehörden, etwa durch kommunale Ordnungsbehörden, die praktisch durchaus denkbar sind, wären folglich nicht mehr möglich. Durch die Sperrwirkung der neuen Spezialermächtigung gegenüber der Generalklausel entfielen insoweit auch ein Rückgriff auf § 11 Nds. SOG. Demgegenüber ist die ebenfalls neu geschaffene Meldeauflage (§ 16a GE)

²⁰ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 112, siehe auch Rn. 164.

²¹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 134.

als Befugnisnorm für die Polizei- und Verwaltungsbehörden ausgestaltet. Umso mehr muss verwundern, dass sowohl die Zuständigkeitsbeschränkung bei § 12 GE als auch die Abweichung bei der Meldeauflage in der Gesetzesbegründung nicht angesprochen und dementsprechend auch nicht begründet werden.

Als Regelfall schreibt § 12a Abs. 1 Satz 1 GE vor, dass die Gefährderansprache „an der Wohnung“ – praktisch geht es damit um Ansprachen an der Wohnungstür – des Adressaten zu erfolgen hat. Allerdings soll eine Ansprache nach § 12a Abs. 1 Satz 2 GE ausnahmsweise auch „an einem anderen Ort“ zulässig sein, „wenn sie an der Wohnung nicht möglich ist oder dort ihr Zweck gefährdet würde.“ Die Tatbestandsvoraussetzung der fehlenden Möglichkeit einer Gefährderansprache an der Wohnung (§ 12a Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GE) wirft mehr Fragen auf als sie beantwortet, denn „möglich“ im Sinne von vorstellbar ist eine Ansprache an der Wohnung immer – es sei denn, der Adressat ist wohnungslos. Geht der Gesetzgeber also tatsächlich davon aus, dass dieser Ausnahmetatbestand nur im Fall von Wohnungslosigkeit greift? Oder soll er bereits dann greifen, wenn der Adressat bei einem ersten Versuch nicht an seiner Wohnadresse angetroffen wurde? Oder erst ab einem vergeblichen zweiten oder dritten Versuch? Oder sollen (auch) Fragen des erforderlichen Aufwands seitens der Polizei eine Rolle spielen – etwa unter dem Gesichtspunkt der Erreichbarkeit der Wohnung?

Das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) abgeleitete allgemeine Bestimmtheitsgebot verlangt, dass Rechtsnormen so präzise formuliert sind, dass die normausführende Verwaltung, hier die Polizei, über steuernde, nachvollziehbare und vor allem begrenzende Handlungsvorgaben verfügt und die Gerichte in die Lage versetzt werden, die Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns anhand klarer normativer Maßstäbe zu überprüfen. Deshalb ist der Gesetzgeber gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.²² Diesen Anforderungen trägt § 12 Abs. 1 Satz 2 GE nicht hinreichend Rechnung.

Um eine verfassungswidrige Unbestimmtheit der Norm zu vermeiden, wird vorgeschlagen, auf die Bestimmung der „Wohnung“ als regelmäßig zu wählender Ort für die Gefährderansprache zu verzichten, zumal das damit ausweislich der Gesetzesbegründung verbundene und aus Gründen des Grundrechtsschutzes zu begrüßende Ziel, eine stigmatisierende Wirkung durch eine Gefährderansprache im Beisein Dritter soweit möglich zu vermeiden, nur unvollkommen erreicht werden kann: So können Dritte auch bei einer Ansprache an der Wohnungstür – zumal in Mehrfamilienhäusern – regelmäßig Zeugen dieser polizeilichen Maßnahme werden, und auch in Wohnungen halten sich bekanntermaßen häufig noch weitere Personen auf. Ansprachen an

²² Vgl. dazu etwa BVerfGE 108, 186/234 f.; 93 213/238; 87, 234/263.

anderen Orten (z.B. am Arbeitsplatz oder in der Öffentlichkeit) sind deshalb nicht zwangsläufig stigmatisierender.

Typischerweise ist die Frage einer möglichen Stigmatisierung vielmehr eine *situationsbezogene*, so dass die Intention des Gesetzgebers, die Durchführung von Gefährderansprachen im Beisein Dritter möglichst auszuschließen, stattdessen als Tatbestandsvoraussetzung ausdrücklich in die Norm aufgenommen werden sollte. Dies würde nicht zuletzt auch zu einer Effektivierung des Grundrechtsschutzes führen.

2. Meldeauflage (§ 16a GE)

In § 16a GE ist erstmals eine spezielle Befugnisnorm für die so genannte Meldeauflage vorgesehen. Auch insoweit handelt es sich um eine in der polizeilichen Praxis etablierte Maßnahme, die bisher auf die Generalklausel (§ 11 Nds. SOG) gestützt wird. Nimmt man die jüngste Rechtsprechung des OVG Lüneburg zum Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel zum Maßstab²³, so spricht vieles dafür, dass Meldeauflagen nicht (mehr) auf § 11 Nds. SOG gestützt werden können, sondern einer speziellen Befugnisnorm bedürfen. Entsprechende Spezialbefugnisse finden sich bereits in den Polizeigesetzen von Rheinland-Pfalz, Bayern und Hessen. Daher ist es zu begrüßen, dass für die Meldeauflage nun auch in Niedersachsen eine eigenständige Rechtsgrundlage geschaffen werden soll.

Auch bei der Meldeauflage wird die Eingriffsschwelle abgesenkt, denn ihre bisherige Verankerung in § 11 Nds. SOG bedeutet, dass eine konkrete Gefahr vorliegen muss. Zukünftig sollen Meldeauflagen bereits im Vorfeld konkreter Gefahren möglich sein. Diese Modifikation der Eingriffsvoraussetzungen wird in der Gesetzesbegründung nicht erwähnt. Dementsprechend fehlt auch jeder Hinweis auf ein sicherheitspolitisches bzw. polizeifachliches Bedürfnis für diese Neuerung, sieht man von dem allgemeinen Hinweis hinsichtlich des Anlasses und der Zielsetzung des gesamte Gesetzes ab, dass mit den „vorgelegten umfassenden Änderungen (...) die präventive Bekämpfung und Abwehr des islamisch motivierten Terrorismus durch gezielte Gesetzesänderungen gestärkt und verbessert werden“ soll.

Meldeauflagen verpflichten den Adressaten dazu, in bestimmten zeitlichen Abständen bei einer festgelegten Polizeidienststelle zu erscheinen, um ihn daran zu hindern, entferntere Orte oder Veranstaltungen (z.B. salafistische Zentren, Hassprediger-Seminare, rechtsextremistische Konzerte, gewaltsame Protestveranstaltungen oder bestimmte Risikofußballspiele), die ggf. auch im Ausland liegen bzw. stattfinden, aufzusuchen.

²³ OVG Lüneburg, Beschluss vom 01.12.2015 – 11 ME 230/15, Rn. 20 f.

Bei der Meldeauflage handelt es sich damit um einen nicht unerheblichen, im Vergleich zur Gefährderansprache deutlich tiefer gehenden Grundrechtseingriff. Die Maßnahmen greift mindestens in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, allerdings regelmäßig auch in das Grundrecht der Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG ein²⁴. Je nach Fallgestaltung kommt zudem ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG in Betracht²⁵. Der Gesetzgeber hat deshalb insbesondere den qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG zu beachten. Dieser gestattet beschränkende Gesetze auch, „um strafbaren Handlungen vorzubeugen“. Insoweit darf der Gesetzgeber Freizügigkeitsbeschränkungen zur Gefahrenabwehr also für Fallgestaltungen vorsehen, in denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine bestimmte Person in absehbarer Zeit eine Straftat begehen wird. Damit müssen entsprechende Ermächtigungsgrundlagen das Vorliegen einer konkreten Gefahr nicht verlangen; auch Befugnisnormen, die Eingriffe bereits im Vorfeld konkreter Gefahren für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter ermöglichen, sind grundsätzlich von dem Gesetzesvorbehalt gedeckt. Insoweit tragen § 16a Abs. 1 und Abs. 2 GE, die sich ausnahmslos auf die Vorbeugung von Straftaten beziehen, also dem Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG hinreichend Rechnung. Das Absenken der Eingriffsschwelle ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive nach alledem nicht zu beanstanden.

Allerdings überzeugt die Aufspaltung der Meldeauflage in drei unterschiedliche Tatbestandsvarianten nicht. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die in § 16a Abs. 2 Nr. 1 GE normierten Tatbestandsvoraussetzungen vollständig in § 16a Abs. 1 GE aufgehen, so dass insoweit die Unterscheidung zwischen „nicht terroristischer Straftat“ und „terroristischer Straftat“ ins Leere läuft. § 16a Abs. 2 Nr. 1 GE ist daher entbehrlich. Hinsichtlich der Differenzierungen, die innerhalb von § 16a Abs. 2 GE getroffen werden sollen (§ 16a Abs. 2 Nr. 1 GE in Abgrenzung zu § 16a Abs. 2 Nr. 2 GE), greift der Gesetzentwurf wortwörtlich auf Formulierungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz zurück²⁶. Diese Ausführungen, die an anderer Stelle des Urteils wieder aufgenommen werden²⁷, dienen dem Gericht allerdings „nur“ als Erläuterungen zur Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Eingriffsschwelle einer – vom Gericht ausdrücklich so genannten – drohenden Gefahr²⁸ überschritten sein kann.

Der Gesetzentwurf gibt also – lediglich erklärende – Hinweise des Bundesverfassungsgerichts zu *einem* bestimmten Tatbestandsmerkmal („drohende Gefahr“), dessen nähere normenklare

²⁴ BVerwG, Urteil vom 25.07.2007 – 6 C 39.06, Rn. 36; offenbar geht auch das BVerfG bei Meldeauflagen von einem Eingriff in das Recht auf Freizügigkeit aus (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 29.11.2005 – 2 BvR 1737/05, Rn. 27).

²⁵ BVerwG, Urteil vom 25.07.2007 – 6 C 39.06, Rn. 38.

²⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 112.

²⁷ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 164.

²⁸ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 112.

Ausgestaltung durch den Gesetzgeber im Übrigen ausdrücklich angemahnt wird²⁹, nahezu unverändert als Gesetzeswortlaut aus und funktioniert sie in zwei unterschiedliche Tatbestandsvarianten um. Hier drohen Abgrenzungsprobleme, welche die praktische Anwendung dieser Norm und infolgedessen auch deren gerichtliche Überprüfung nicht unwesentlich erschweren werden, zumal das niedersächsische Gefahrenabwehrrecht den Begriff der „drohenden Gefahr“ bisher nicht kennt, der Gesetzentwurf ihn aber *dem Inhalt nach* einführen will, ohne allerdings zugleich auch eine entsprechende Definition in § 2 des Gesetzes vorzusehen. Unklar bleibt dabei letztlich auch, ob und inwieweit sich die in § 16a Abs. 1 und Abs. 2 GE normierten Tatbestandsvoraussetzungen von der tradierten, im Nds. SOG in zahlreichen Befugnisnormen verwendeten Eingriffsschwelle des Vorliegens bestimmter Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Person eine Straftat begehen wird (siehe etwa § 17 Abs. 4 Satz 1 Nds SOG), unterscheiden sollen.

Diese Befunde sind auch verfassungsrechtlich nicht unproblematisch, verlangt das Rechtsstaatsprinzip doch, dass gesetzliche Tatbestände so zu fassen sind, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten daran ausrichten können, die normausführende Verwaltung dementsprechend über steuernde und nachvollziehbare Handlungsvorgaben verfügt und die Gerichte in die Lage versetzt werden, die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns anhand klarer normativer Maßstäbe zu überprüfen³⁰.

Um die aufgezeigten normativen Unklarheiten zu vermeiden, wird vorgeschlagen, die Tatbestandsvoraussetzungen für die Meldeauflage den Voraussetzungen des Aufenthaltsverbots entsprechend (§ 17 Abs. 4 Satz 1 Nds SOG) zu formulieren. Damit würde das niedersächsische Gefahrenabwehrrecht im Übrigen eine Eingriffsschwelle festlegen, die den Regelungen der Meldeauflage in Rheinland-Pfalz (§ 12a Satz 1 Polizei- und Ordnungsbehördengesetz) und Hessen (§ 30a Satz 1 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) entspricht. Die Norm beförderte dann auch das erklärte Ziel der Innenminister-Konferenz, angesichts der länderübergreifend wirkenden Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus die einschlägigen Befugnisse der Polizeien des Bundes und der Länder möglichst einheitlich zu regeln (Stichwort: Ausarbeitung eines neuen Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder).

3. Neuregelung der Befugnisnormen in Fällen häuslicher Gewalt (§ 17a GE)

Überzeugend sieht der Gesetzentwurf vor, die Regelungen zur präventiven Bekämpfung häuslicher Gewalt in einem eigenständigen Paragraphen zusammenzufassen. Angesichts des

²⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 164.

³⁰ Dazu etwa BVerfGE 108, 186/234 f. m.w.N.

begrüßenswerten Ziels, für dieses Handlungsfeld „differenziertere, wirksamere und klarere Regelungen zu treffen“ (S. 33 der Gesetzesbegründung), wird allerdings empfohlen, das in § 17b Abs. 2 GE vorgesehene Instrument des Kontaktverbotes auch für die Bekämpfung häuslicher Gewalt nutzbar zu machen und § 17a GE um eine entsprechende Befugnis zu ergänzen. So ist ein wirksamer umfassender Schutz der gefährdeten Personen letztlich nur möglich, wenn nicht nur die physische Anwesenheit potentieller Gewalttäter begrenzt wird, sondern auch deren Möglichkeiten eingeschränkt werden, über die vielfältigen Wege der Telekommunikation Bedrohungsszenarien aufzubauen.

4. Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbot (§ 17b GE)

Gegenüber diesen innovativen Befugnisnormen bestehen keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings wird hinsichtlich der normtextlichen Ausgestaltung der in § 17b Abs. 1 Nr. 1 und 2 GE normierten Eingriffsschwellen auf die kritischen Anmerkungen zu den insoweit gleichlautenden Eingriffsvoraussetzungen bei der Meldeauflage verwiesen (Stichwort: „drohende Gefahr“).

5. Elektronische Aufenthaltsüberwachung (§ 17c GE)

Eine völlig neue Befugnisnorm ist auch in § 17c GE vorgesehen, der die elektronische Aufenthaltsüberwachung regelt, landläufig „elektronische Fußfessel“ genannt. Ähnliche Bestimmungen sind bereits im BKA-Gesetz (§ 56) und in den Landespolizeigesetzen von Bayern (Art. 34 Polizeiaufgabengesetz), Baden-Württemberg (§ 27c Polizeigesetz), Mecklenburg-Vorpommern (§ 67a Sicherheits- und Ordnungsgesetz) und Hessen (§ 31a Abs. 1 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) verankert.

Gesetzgeberisches Ziel dieser Maßnahme ist es, insbesondere so genannte islamistische Gefährder von der Begehung terroristischer Straftaten abzuhalten. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung führt zu erheblichen Eingriffen in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dabei ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht insbesondere in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung betroffen, denn die elektronische Aufenthaltsüberwachung ermöglicht eine umfassende Kontrolle der Aufenthaltsorte des Adressaten und kann zur Erstellung umfassender Bewegungsprofile führen.

Ungeachtet der in der sicherheitspolitischen Debatte geäußerten Bedenken, ob und inwieweit die elektronische Aufenthaltsüberwachung Anschläge oder andere schwere Straftaten tatsächlich verhindern kann, kommt sie jedenfalls als ergänzendes Instrument zur Observation in Betracht, und als solches ist ihre Geeignetheit zur Straftatenverhinderung jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Gut nachvollziehbar wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass die elektronische Aufenthaltsüberwachung nicht etwa als ‚Allzweckwaffe‘, sondern (nur) als „ein weiterer Baustein“ verstanden werden soll, der gerade auch in Verbindung mit anderen gefahrenabwehrrechtlichen Instrumenten dazu dienen kann, „die polizeilichen Eingriffsmöglichkeiten zu verbessern“. Diese Einschätzung ist auch vor dem Hintergrund der in der Natur des islamistischen Terrorismus liegenden Problematik der Sicherheitsbehörden zu sehen, terroristische Planungen frühzeitig zu erkennen und zu vereiteln. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Frage der Geeignetheit einer Maßnahme im Sinne des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips festgestellt, dass es „nicht erforderlich (sei), dass das Regelungsziel in jedem Fall tatsächlich erreicht wird; die Geeignetheit verlangt lediglich die Förderung der Zweckerreichung“³¹. Diese Voraussetzung kann bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung als erfüllt angesehen werden.

Da die elektronische Aufenthaltsüberwachung über die Tatbestandsmerkmale „Verhütung einer terroristischen Straftat oder einer schweren organisierten Gewaltstraftat“ auf den Schutz ausnahmslos hochwertiger Rechtsgüter gerichtet und begrenzt ist, liegt in dieser Maßnahme trotz der dargelegten Schwere des Grundrechtseingriffs insoweit auch kein Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit). Aufgrund der tatbestandlichen Begrenzungen kann von einem überschaubaren Anwendungsbereich für diese Maßnahme ausgegangen werden.

In seinem Urteil zum BKA-Gesetz hat das Bundesverfassungsgericht im Übrigen gerade in Bezug auf schwerwiegende Grundrechtseingriffe, die tief in die Privatsphäre der Betroffenen hineinwirken können, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber „von Verfassungs wegen (dennoch) nicht von vornherein (...) auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt (ist), die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen“³². Dass auch die elektronische Aufenthaltsüberwachung bereits im Vorfeld konkreter Gefahren möglich sein soll, wie § 17c Abs. 1 Nr. 1 und 2 GE zeigen, ist insoweit also aus verfassungsrechtlicher Perspektive ebenfalls nicht zu beanstanden. Hinsichtlich der normtextlichen Ausgestaltung der in § 17c Abs. 1 Nr. 1 und 2 GE normierten Eingriffsschwellen wird auf die kritischen Anmerkungen zu den insoweit gleichlautenden Eingriffsvoraussetzungen bei der Meldeauflage verwiesen (Stichwort: „drohende Gefahr“).

Fraglich ist allerdings, ob die geplante Regelung der elektronische Aufenthaltsüberwachung auch die Anforderungen erfüllt, die sich für die Maßnahme aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in

³¹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 134 m.w.N.

³² BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 112.

verfahrensrechtlicher Hinsicht ergeben. Jedenfalls für eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen, „bei denen damit zu rechnen ist, dass sie auch höchstprivate Informationen erfassen und gegenüber den Betroffenen heimlich durchgeführt werden“, verlangt das Bundesverfassungsgericht regelmäßig eine vorherige Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, typischerweise in Form einer richterlichen Anordnung³³. Eine solche sieht § 17c GE nicht vor; der Gesetzentwurf beschränkt sich auf eine Anordnung durch die Behördenleitung, welche ihre Anordnungsbefugnis „auf Dienststellenleiterinnen und Dienststellenleiter sowie Beamtinnen und Beamte der Laufbahngruppe 2 ab dem zweiten Einstiegsamt übertragen“ kann (§ 17c Abs. 2 Satz 1 und 2 GE). Diese Zuständigkeiten ändern sich auch im Hinblick auf etwaige Verlängerungen von Anordnungsbefugnissen nicht.

Zwar fehlt es bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung an der Heimlichkeit der Überwachungsmaßnahme. Dessen ungeachtet liegt ein schwerer Grundrechtseingriff vor, der unter Zugrundelegung der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Richtervorbehalt durchaus indiziert. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass das BKA-Gesetz und die Landespolizeigesetze von Bayern, Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern und Hessen für die elektronische Aufenthaltsüberwachung ausnahmslos eine richterliche Anordnung vorsehen. Um insoweit eine Verfassungswidrigkeit zu vermeiden, sollte eine entsprechende Regelung auch in die niedersächsische Befugnisnorm aufgenommen werden.

6. Neuregelung des Unterbindungsgewahrsams

Zu den umstrittensten Neuerungen des Gesetzentwurfs zählen die Regelungen zum sogenannten Unterbindungsgewahrsam (auch Sicherheits- oder Präventivgewahrsam genannt). Zur Verhinderung terroristischer Straftaten soll zukünftig eine Gewahrsamsdauer von (zunächst) bis zu 30 Tagen möglich sein (§ 21 Satz 2 Nr. 1 GE in Verbindung mit § 18 Abs. 1 Nr. 2 lit. a Nds. SOG und § 18 Abs. 1 Nr. 3 lit. a und d GE). Sodann sollen maximal zwei Verlängerungen erfolgen können: Der Gesetzentwurf sieht eine Ausweitung um zunächst höchstens weitere 30 Tage und abschließend eine nochmalige Verlängerung um höchstens 14 Tage vor (§ 21 Satz 3 GE). Damit wäre im äußersten Fall ein Unterbindungsgewahrsam von einer Dauer von *74 Tagen* möglich.

Demgegenüber sieht das geltende Recht für den Unterbindungsgewahrsam eine Höchstdauer von *zehn Tagen* vor (§ 21 Satz 2 Nds. SOG).

³³ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 117 m.w.N.

Das ist gesetzestextlich eine weit reichende Veränderung. Umso mehr muss allerdings verwundern, dass die Verfasser des Gesetzentwurfs offenbar zuletzt noch Angst bekommen haben vor ihrer eigenen Courage: So heißt es im letzten Absatz der Gesetzesbegründung (S. 48), die Neuregelung des Unterbindungsgewahrsams „*scheint* verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein“ (Hervorhebung nur hier). Mit dieser Formulierung werden Zweifel an einer verfassungsmäßigen Ausgestaltung der Neuregelung nicht beseitigt, sondern geschürt. Eines ist klar: Ob und inwieweit diese Neuerung einer etwaigen Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht Stand halten, lässt sich seriöserweise nicht eindeutig beantworten. Es gibt meines Erachtens aber gute Gründe, von der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen überzeugt zu sein.

Eine verfassungsrechtliche Bewertung hat folgende Aspekte zu berücksichtigen:

Freiheitsentziehungen stellen den schwersten Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG dar. Allerdings stehen auch Freiheitsentziehungen unter einem – einfachen – Gesetzesvorbehalt (Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG), der durch Art. 104 GG ergänzt wird. Das Bundesverfassungsgericht fordert für alle Einschränkungen des Grundrechts eine „strenge Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“³⁴. Indem zugleich betont wird, dass die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung „in besonderem Maße für präventive Eingriffe“ gelte, „die nicht dem Schuldausgleich dienen“³⁵, geht das Bundesverfassungsgericht implizit von einer grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit auch des Unterbindungsgewahrsams aus³⁶. Ausdrücklich erkennt das Gericht zudem an, dass dem Freiheitsanspruch des Betroffenen das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung entgegenzuhalten ist³⁷. Auf die „große Bedeutung einer effektiven Terrorismusabwehr für die demokratische und freiheitliche Ordnung“ hat das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle hingewiesen³⁸.

Auch die Frage der Höchstdauer des Unterbindungsgewahrsams stellt eine Frage der Verhältnismäßigkeit dar. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Höchstdauer – wie bereits dargelegt – zukünftig zunächst 30 Tage (und nicht etwa 74 Tage) betragen soll und diese Variante des Präventivgewahrsams nach § 21 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 GE von vornherein auf die Verhinderung *terroristischer Straftaten* und damit auf den Schutz höchster Rechtsgüter begrenzt sein soll.

Erst aufgrund von zwei weiteren richterlichen Prüfungen, die jeweils erneut (und wie bereits die erste Prüfung) zu dem Ergebnis kommen müssen, dass eine Ingewahrsamnahme *unerlässlich*

³⁴ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18.04.2016 – 2 BvR 1833/12, Rn. 25.

³⁵ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18.04.2016 – 2 BvR 1833/12, Rn. 25.

³⁶ Noch deutlicher: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26.06.1997 - 2 BvR 126/91, Rn. 16.

³⁷ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18.04.2016 – 2 BvR 1833/12, Rn. 25.

³⁸ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 132

ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer terroristischen Straftat zu verhindern (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 lit. a in Verbindung mit § 21 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 GE), kann die zukünftig vorgesehene Maximaldauer von 74 Tagen überhaupt erreicht werden. Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind es – und nicht etwa fallunabhängige Höchstgrenzen –, die praktisch von vornherein dazu führen, dass solche präventiven Freiheitsentziehungen „in aller Regel nur von kurzer Dauer sein können“³⁹, wie auch das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat.

In dieser Entscheidung aus dem Jahr 1997 hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass präventive Freiheitsentziehungen „solange zulässig (sind), als sie zur Unterbindung der Anlasshandlungen erforderlich und zumutbar sind“⁴⁰. Legt man diesen Ansatz zugrunde, könnten gesetzliche Höchstgrenzen möglicherweise sogar tatsächlich – der Regelung zur Untersuchungshaft in § 112 StPO entsprechend – entbehrlich sein. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang zudem, dass auch das Grundgesetz in Art. 104 Abs. 2 Satz 3 eine zeitliche Höchstdauer ausdrücklich nur für den Fall vorgibt, dass die Polizei Personen „aus eigener Machtvollkommenheit“ – also ohne richterliche Anordnung – in Haft nimmt.

Angesichts der auf Höchstzahlen fokussierten politischen Debatte über den Präventivgewahrsam sei schließlich noch angemerkt, dass für die Abschiebungshaft in Form der Sicherungshaft, die ebenfalls präventiven Charakter hat, gem. § 62 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz eine Höchstdauer von sogar 18 Monaten vorgesehen ist.

Zusammenfassend spricht der abgestufte dreifache Richtervorbehalt in Verbindung mit den hohen tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Ingewahrsamnahme dafür, dass die Neuregelung zum Unterbindungsgewahrsam zur Verhinderung terroristischer Straftaten insgesamt den – strengen – Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips genügt und damit verfassungskonform ist. Sollte die Regelung Gesetzeskraft erlangen, werden die beschriebenen hohen Hürden in der praktischen Anwendung dazu führen, dass eine Ausschöpfung des gesamten möglichen Anordnungszeitraums die absolute Ausnahme bleibt.

7. Einführung einer Rechtsgrundlage für so genannte Bodycams (§ 32 Abs. 4 und 5 GE)

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Neuerungen zur offenen und verdeckten Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume werden in dieser Stellungnahme nur hinsichtlich der Befugnisnorm für den Einsatz von am Körper von Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten getragener Videotechnik (so genannte Bodycams) thematisiert.

³⁹ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26.06.1997 - 2 BvR 126/91, Rn. 16 (Hervorhebung nur hier).

⁴⁰ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26.06.1997 - 2 BvR 126/91, Rn. 16.

Die niedersächsische Polizei setzt Bodycams bereits seit Dezember 2016 ein – allerdings ohne ausreichende Rechtsgrundlage⁴¹. Es ist daher zu begrüßen, dass der Gesetzgeber diesen rechtswidrigen Zustand nun endlich beenden will, indem mit § 32 Abs. 4 und 5 GE eine spezielle Befugnisnorm geschaffen werden soll.

Verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt aber die so genannte Pre-Recording-Funktion in § 32 Abs. 5 GE. Mit dieser Funktion werden ab Inbetriebnahme der Bodycam losgelöst von einer Aktivierung im Einzelfall gem. § 32 Abs. 4 Satz 2 GE im Zwischenspeicher permanent Videoaufnahmen auf Vorrat abgespeichert, die allerdings nach 30 Sekunden wieder überschrieben werden (so genannte Ringspeicherung). Löst die Polizeibeamtin oder der Polizeibeamte gem. § 32 Abs. 4 Satz 2 GE eine Aufnahme aus, so hat die Pre-Recording-Funktion zur Folge, dass nicht nur ab dem Zeitpunkt der Aktivierung aufgezeichnet, sondern die Aufnahme rückwirkend um das in den letzten 30 Sekunden bereits Geschehene erweitert wird.

Auch Pre-Recording führt unzweifelhaft zu einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in seinen besonderen Ausprägungen als Recht der informationellen Selbstbestimmung und als Recht am eigenen Bild. Der Grundrechtseingriff müsste zur Erreichung eines verfassungskonformen Zwecks geeignet sein. Verfassungskonformer Zweck von Bodycams ist gem. § 32 Abs. 4 Satz 1 Nds. SOG ausschließlich die Eigensicherung der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten, die durch eine abschreckende bzw. deeskalierende Wirkung der Geräte erreicht werden soll. Das erfordert zwingend eine *vorherige* Information der Betroffenen und damit eine uneingeschränkt *offene* Bildaufzeichnung. Eine solche Kenntlichmachung ist bei der Pre-Recording-Funktion schwierig. § 32 Abs. 5 GE lässt in seiner geplanten Ausgestaltung jedenfalls faktisch einen *verdeckten* Einsatz der Bodycams zu. Damit ist die Ungeeignetheit des Grundrechtseingriffs und infolgedessen die Verfassungswidrigkeit der Norm indiziert. Andere Bundesländer, namentlich Hamburg und Bayern, haben deswegen darauf verzichtet, für die Bodycams ihrer Polizeien eine Pre-Recording-Funktion vorzusehen.

8. Einführung der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 33a Abs. 2 GE)

Wie bereits einleitend dargelegt wurde, folgt aus der an den Staat und damit auch an den Gesetzgeber adressierten grundrechtlichen Schutzpflicht, dass „die nach den tatsächlichen

⁴¹ Siehe dazu nur die Pressemitteilung der niedersächsischen Landesdatenschutzbehörde vom 08.02.2017 („Pilotprojekt des Innenministeriums ist rechtswidrig“), abrufbar unter http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/allgemein/presseinformationen/thiel_beanstandet_einsatz_bodycams_durch_niedersaechsische_polizei/08022017-150942.html.

Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen“ ist⁴². Zur Erfüllung dieser Schutzpflicht – so das Bundesverfassungsgericht – müsse der Staat „ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, dass ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird“⁴³.

Das bedeutet in der Konsequenz, dass der Gesetzgeber grundsätzlich dazu verpflichtet ist, Freiheitssicherung auf Basis des aktuellen Standes der Technik zu betreiben. Angesichts des Umstandes, dass ein Großteil der Telekommunikation mittlerweile verschlüsselt erfolgt, kann in Bezug auf die Quellen-Telekommunikationsüberwachung nahezu von einer Regelungspflicht ausgegangen werden.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist die neue Befugnisnorm insoweit nicht zu beanstanden, als diese auf entsprechende Regelungen im BKA-Gesetz zurückgehen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz ausdrücklich für verfassungsgemäß erklärt hat⁴⁴.

9. Einführung der sog. Online-Durchsuchung (§ 33d GE)

Auch diese Befugnis sind insoweit nicht zu beanstanden, als sie auf entsprechende Regelungen im BKA-Gesetz zurückgeht, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz ausdrücklich für verfassungsgemäß erklärt hat⁴⁵.

10. Neue Bezeichnung des Gesetzes

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass das Gesetz nicht mehr den Titel „Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ tragen, sondern zukünftig „Polizei- und Ordnungsbehördengesetz“ heißen soll.

Eine überzeugende Begründung für die Neubezeichnung, die im Hinblick auf Verweise in anderen Landesgesetzen einen nicht unerheblichen Anpassungsbedarf auslöst, ist nicht ersichtlich. Ganz im Gegenteil. Im Staat des Grundgesetzes – also auch in Niedersachsen – sind die Gesetze in letzter Konsequenz nicht für die Verwaltung gemacht, sondern für die Bürgerinnen und Bürger. Dementsprechend dient auch das Nds. SOG nicht etwa der Polizei, sondern der Sicherung der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger Niedersachsens.

⁴² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 128.

⁴³ BVerfGE 88, 203, Ls. 6.

⁴⁴ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 234.

⁴⁵ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 208 ff.

Ziel ist und bleibt Gefahrenabwehr, um „Sicherheit und Ordnung“ zu gewährleisten. Deshalb sollte man auch weiterhin auf die zentrale gesetzliche *Aufgabe* der Verwaltungsbehörden und der Polizei abstellen (siehe § 1 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 2 Nr. 1 a Nds. SOG) und es bei der bewährten Bezeichnung des Gesetzes belassen.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Mattias G. Fischer