



Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

Vorlage	10
zu Drs.	850

97070 Würzburg  
Domerschulstraße 16  
Telefon: (0931) 31-  
E-Mail: [sekretariat@uni-wuerzburg.de](mailto:sekretariat@uni-wuerzburg.de)  
Sekretariat:

Würzburg, den 24.7.2018

**Sachverständige Stellungnahme zum Gesetzentwurf der  
Fraktionen der SPD und der CDU  
zum  
„Reformgesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Si-  
cherheit und Ordnung und anderer Gesetze“ vom 8. Mai 2018**

**LT-Drs. 18/850**

**I. Ausgangssituation**

Ausgehend von der zutreffenden Erkenntnis, dass die öffentliche Sicherheit in immer stärkerem Umfang durch terroristische Taten gefährdet ist, bedarf es vor allem rechtlicher Instrumente, um im Vorfeld von Gefahren bereits tätig zu werden und um auf diese Weise mit präventiv-polizeilichen Mitteln auf die unbestreitbare Bedrohungslage reagieren zu können.

Vor diesem Hintergrund haben die Fraktionen von SPD und CDU einen Entwurf eines Reformgesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung und anderer Gesetze vorgelegt,

- LT-Drs. 18/850 vom 8.5.2018 -

der u.a. folgende Regelungen vorsieht:

- Definitionen der Begriffe der „dringenden Gefahr“, der „terroristischen Straftat“ und der „schweren organisierten Gewaltstraftat“
- Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Gefährderansprache und das Gefährderanschreiben
- Schaffung von Rechtsgrundlagen für Aufenthaltsvorgaben, Kontaktverbote und die elektronische Aufenthaltsüberwachung zur Verhütung terroristischer Straftaten
- Ausweitung der präventiv-polizeilichen Telekommunikationsüberwachung und der sog. Quellen-TKÜ

- Schaffung neuer und differenzierter Regelungen für die richterliche Anordnung des präventiven Gewahrsams
- Neuregelungen zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen, insbesondere mit Blick auf die Anforderungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung
- Schaffung gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen für verdeckte Eingriffe in informationstechnische Systeme („Online-Durchsuchung“)

## II. Entscheidungsvorschlag

Der Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und der CDU begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und sollte daher in der vorliegenden Form vom Niedersächsischen Landtag verabschiedet werden. Die nachfolgende Begründung beschränkt sich dabei auf die vom Unterzeichner als besonders problematisch identifizierten Bereiche des Gesetzgebungsvorhabens.

## III. Begründung

### 1. Vorbemerkung

Mit dem hier vorliegenden Gesetzentwurf wahrt der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise die Balance von Freiheit und Sicherheit,

- vgl. dazu ausführlich *Isensee*, Freiheit und innere Sicherheit, in: Schwarz (Hrsg.), 10 Jahre 11. September – Die Rechtsordnung im Zeitalter des Ungewissen, 2012, S. 9 ff.; Schwarz, Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat, in: Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 29 ff. -

die maßgeblich auch durch die Aussage geprägt wird, dass das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer den vorrangigen Schutz des Staates verdient.

- ausführlich *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (211 f.) -

Der Sache nach geht es bei der durchaus moderaten Novellierung des NPOG um Freiheitsgewährleistung durch Freiheitsbeschränkung.

- vgl. grundlegend BVerfGE 49, 23 (56 f.): *„Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlichen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“* -

Vor diesem Hintergrund billigt auch das Bundesverfassungsgericht der zu gewährleistenden Sicherheit der Bevölkerung den gleichen Rang zu wie anderen hochwertigen Verfassungsgütern.

- *BVerfGE* 49, 24 (46 f.); 115, 320 (346, 357); 120, 274 (319); 133, 277 (333); zuletzt auch *BVerfG*,  
Urt. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

Dies gilt umso mehr angesichts einer veränderten Bedrohungslage und einer veränderten Bedrohungsqualität; der Staat ist zur Risikovorsorge und Risikominimierung verpflichtet.

- zum verfassungsrechtlichen „...Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge...“ vgl. nur *BVerfGE* 49, 89 (139). -

Dabei darf nicht geleugnet werden, dass der mit der tatsächlichen Eskalation der Bedrohungslage

- insoweit ist es auch verfehlt, die Veränderung der Realität auszublenden, wie dies beispielsweise im Schrifttum geschieht, wenn von partiell „eingebildeten Bedrohungen“ ausgegangen wird, so beispielsweise *Waechter*, *DVBl.* 1999, S. 809 ff. -

gestiegene Informationsbedarf der Sicherheitsbehörden dazu führt, dass sich Eingriffsbefugnisse immer weiter in das Vorfeld von Gefahren ausdehnen, dass also der herkömmliche Gefahrenbegriff nur bedingt tauglich ist, den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts gerecht zu werden. Gefahrenabwehr wird vor diesem Hintergrund zur Gefahrenvorsorge, wobei zu konstatieren ist, dass sich die Befugnisse zur Gefahrenvorsorge überaus dynamisch entwickeln. Dies bringt für das Verfassungsrecht die Frage mit sich, wie diese Dynamik sich in das System des Schutzes grundrechtlicher Freiheit einfügen lässt, da jedenfalls nach allgemeiner Ansicht gerade in diesem Bereich – anders als bei der klassischen Gefahrenabwehr oder bei der Verfolgung bereits begangener Straftaten – klassische rechtsstaatliche Begrenzungsansätze nur bedingt zur Zielverwirklichung tauglich erscheinen.

- ausführlich zu entsprechenden Veränderungen: *Schoch*, *Der Staat* 43 (2004), S. 347 (362 f.). -

Es sei in Erinnerung gerufen: Die Anpassung oder auch Erweiterung der Befugnisse von Sicherheitsbehörden ist kein Selbstzweck im Sinne von bloßem Aktionismus, sondern Reaktion (in den 70er Jahren auf die Terrorismusgefahr seitens der RAF, später auf das Phänomen der organisierten Kriminalität und seit dem 11. September 2001 auf einen global agierenden, aber lokal organisierten Terrorismus). Dabei ist der Rechtsstaat gefordert, wenn er, um neuen Herausforderungen gerecht zu werden, das überkommene rechtliche Instrumentarium behutsam fortentwickelt. Dementsprechend sei auch vor Diffamierungstendenzen gewarnt, die staatliche Institutionen wider besseres Wissen bezichtigen, Bürgerrechte ohne Not auf dem Altar der Sicherheit opfern zu wollen. Das Grundgesetz misst auch und gerade dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung eine zentrale Bedeutung zu.

- *BVerfGE* 120, 274 (319): „Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung vor Gefahren für Leib, Le-

ben und Freiheit sind Verfassungswerte, die mit anderen hochwertigen Gütern im gleichen Rang stehen.“ -

Insofern stellen die den Sicherheitsbehörden von Bund und Ländern zugewiesenen Aufgaben auch legitime Anliegen des Gemeinwohls dar.

- Dazu BVerfGE 100, 313 (373); ausführlich zur inneren Legitimation des Verfassungsschutzes auch Droste, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 5. -

Insoweit ist der Schutz der Bevölkerung im Vorfeld vor der Begehung schwerster Straftaten ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Wer dem Staat präventive Mittel – und dies erfasst auch Vorfeldmaßnahmen – aus der „grundrechtsgebundenen“ Hand nehmen will, läuft Gefahr, den Staat und die Gemeinschaft der rechtstreuen Bürger wehrlos gegenüber Bedrohungen zu machen, die die Werte einer freiheitlich verfassten Gemeinschaft gerade negieren. Vor diesem Hintergrund begegnet aber auch eine sachgerechte und aus gegebenem Anlass gebotene Änderung polizeilicher Befugnisse keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

## 2. Der Begriff der „dringenden“ Gefahr

Der Gesetzgeber hat mit der Kategorie der „dringenden Gefahr“ in § 2 Nr. 4 NPOG-E eine an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

- grundlegend BVerfG, Ur. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 112: „Der Gesetzgeber ist von Verfassung wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen (vgl. BVerfGE 110, 33 <56 f., 61>; 113, 348 <377 f.>). Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (BVerfGE 120, 274 <328 f.>; 125, 260 <330 f.>). In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, kön-

*nen Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.\* -*

angelehnte und damit verfassungsrechtlich frei von Bedenken – Vorverlagerung in das Gefahrenvorfeld vorgenommen. Dies trägt dem Gedanken Rechnung, dass regelmäßig gerade bei „Gefährdern“ gerade nicht von einer konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts ausgegangen werden kann, gleichwohl aber auch bei dringenden Gefahren im Vorfeld konkreter Gefahren die Notwendigkeit zu polizeilichen Maßnahmen gegeben sein kann. Auch wenn – wie im Schrifttum zu Recht konstatiert wird,

- vgl. nur *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (157) -

dass die Aussagen des Gerichts auffallend unscharf formuliert sind, so dürfte die Grundannahme des Bundesverfassungsgerichts doch zutreffend sein: es geht nämlich um Situationen, in denen aufgrund bestimmter Tatsachen (insbesondere individuelles Vorverhalten oder konkrete Vorbereitungshandlungen) durchaus mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass es in überschaubarer Zeit überhaupt zu einem Schaden für ein bedeutendes polizeiliches Schutzgut kommen könnte, dass aber andererseits noch weitgehend unklar ist und nicht näher bestimmt werden kann, wann, wo und auf welche Weise sich dieser mögliche Schaden realisieren wird. Dies wird man wohl so verstehen können, dass das Gericht nicht etwa eine Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwelle in den Blick nimmt, sondern vielmehr reduzierte Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs, der zu einem wahrscheinlichen Schaden führen kann, ermöglichen will.

- so auch *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (158); ähnlich auch: *Holzner*, in: *Möstl/Schwabenbauer*, BeckOK, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Ed., Art. 11 Rdnr. 161 -

Wenngleich präventiv-polizeiliches Handeln auf der Grundlage der Generalklausel bislang an das Vorliegen einer konkreten Gefahr gebunden war und das Gefahrenvorfeld gerade nicht pauschal erfasst wurde, so ändert der Gesetzentwurf dies nun in grundlegender, aber verfassungskonformer, Weise. Im Ergebnis wird daher die Generalklausel nicht etwa generell auf das Gefahrenvorfeld erstreckt; vielmehr erfährt die Generalklausel eine Ergänzung für eine bestimmte Fallgestaltung und erweist sich damit in Zusammenschau mit einzelnen Standardmaßnahmen (wie beispielsweise die Datenerhebung durch Überwachung der Telekommunikation oder die Aufenthalts- und Kontaktverbote oder noch deutlicher die elektronische Aufenthaltsüberwachung) für die genannten Anwendungsbereiche als speziellere und zugleich auch engere Vorschrift. Dementsprechend ist auch der Vorwurf, die Generalklausel ermächtige nunmehr im Gefahrenvorfeld zu jeder Maßnahme auf der Grundlage einer „drohenden Gefahr“ unzutreffend. Eine pauschale Ermächtigung zu Gefahrenabwehrmaßnahmen im Vorfeld erfolgt gerade nicht.

- Es sei allerdings der Hinweis gestattet, dass man in Anlehnung an die bayerische Regelung in Erwägung ziehen könnte, die Polizei zu ermächtigen, Maßnahmen treffen zu können, „...um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr (...) zu verhindern.“ Dies würde dem Gedanken Rechnung tragen, dass informationelle Gefahrerforschungsmaßnahmen im Gefahrenvorfeld keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen; vgl. dazu ausführlich *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (161) -

Mit dem Gesetzentwurf wird zum einen (wie beispielsweise bei den Befugnissen zur Datenerhebung durch Überwachung der Telekommunikation) zu Maßnahmen der bloßen „Gefahraufklärung“, also zu informativen Maßnahmen ohne eingriffsintensiven Eingriff in einen Kausalverlauf, ermächtigt. Dies ist rechtsstaatlich nicht zu beanstanden; vielmehr ist eine solche Regelung geboten, da eine effektive Gefahrenabwehr eine entsprechende Gefahraufklärung geradezu voraussetzt, um so eine Prognoseentscheidung über eine Gefahrenlage überhaupt erst zu ermöglichen.

Soweit der Gesetzentwurf dagegen auch gestattet, die Entstehung einer Gefahr zu verhindern und damit in einen potentiell schadensträchtigen Kausalverlauf eingegriffen werden kann, ist dies nicht unproblematisch, da grundsätzlich solche Eingriffe erst ab dem Vorliegen einer konkreten Gefahr zulässig sind. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum BKAG eine drohende Gefahr nur bei Maßnahmen der Gefahraufklärung als zulässig angesehen hat, nicht aber auch Kausalverlaufseingriffe für zulässig erachtet hat, so betritt der Gesetzgeber hier zumindest Neuland.

- so auch in der Bewertung *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (152) -

Indes sind auch diese aktionellen Maßnahmen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da sie von Verfassungs wegen zu rechtfertigen sind. Gerade in Ansehung der in Bezug genommenen Rechtsgüter erscheint es befremdlich – und auch realitätsfern – im Gefahrenvorfeld nur die Gefahrerforschung zu gestatten, dann aber bis zur konkreten Gefahr warten zu müssen, um aktionelle Handlungsbefugnisse in Anspruch nehmen zu können. Dementsprechend wird eine Berufung auf die Generalklausel dann zulässig sein, wenn aktionelle Maßnahmen tatsächlich erforderlich sind, um den Schutzauftrag zu erfüllen. Sind also für sich genommen Gefahraufklärungsmaßnahmen im Vorfeld nicht ausreichend, darf subsidiär auch im Vorfeld in Kausalverläufe eingegriffen werden.

### **3. Die Möglichkeiten der Telekommunikationsüberwachung, §§ 33a, 33d NPOG-E)**

Mit den §§ 33a und 33d NPOG-E wird eine Ermächtigungsgrundlage für die präventiv-polizeiliche Telekommunikationsüberwachung geschaffen, die – als sog. Quellen-TKÜ – auch den Zugriff auf verschlüsselte Kommunikationssysteme sowie auf informationstechnische Systeme als sog. Online-Durchsuchung gestattet. Insgesamt setzt der Gesetzgeber mit diesem Konzept die engmaschigen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für heimliche Überwachungsmaßnahmen vollumfänglich um. Die gilt sowohl für die Erhebungsvoraussetzungen als auch für den flankierenden

Grundrechtsschutz durch Verfahren sowie für die den Kernbereich schützenden normativen Vorgaben.

- zum Kernbereichsschutz siehe BVerfGE 109, 279 (312 f.); ferner auch schon: BVerfGE 34, 238 (245); 75, 369 (380); 93, 266 (293) -

Gerade wegen der zunehmenden Nutzung elektronischer und digitaler Informationsmittel in nahezu allen Lebensbereichen wäre der präventiv-polizeiliche Auftrag erheblichen Gefährdungen ausgesetzt, wenn nicht auch der Polizei die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre informationstechnische Handlungsfähigkeit den aktuellen Rahmenbedingungen anzupassen.

- BVerfGE 115, 320 (360): „Die Verfassung hindert den Gesetzgeber nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen (...) auf der Grundlage einer seiner Prärogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln. Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.“ -

Von einer solchen grundlegenden Verschiebung kann jedoch mit Blick auf die neu eingeführten Befugnisse der Polizei keine Rede sein. Moderne Kommunikationstechniken werden bei der Begehung und Vorbereitung unterschiedlichster Straftaten zunehmend eingesetzt und tragen so zur Effektivierung krimineller Handlungen bei. Das Schritthalten der Polizei mit dem technischen Fortschritt kann daher nicht lediglich als sinnvolle Abrundung des Arsenal kriminalistischer Ermittlungsmethoden bzw. Aufklärungsmittel im Vorfeld konkreter Straftaten begriffen werden, welche die weiterhin wirkungsvollen herkömmlichen Ermittlungsmaßnahmen ergänzt. Es ist vielmehr vor dem Hintergrund der Verlagerung herkömmlicher Kommunikationsformen hin zum elektronischen Nachrichtenverkehr einschließlich der anschließenden digitalen Verarbeitung und Speicherung als notwendiges Instrument zur Herstellung einer gewissen „technischen Parität“ zu sehen.

#### 4. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung (§ 17c NPOG-E)

Die in § 17c NPOG-E geregelte elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) begegnet, auch soweit sie an das Vorliegen einer drohenden Gefahr anknüpft, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, handelt es sich doch um ein bereits im BKA-Gesetz (§ 56 BAKG) und im Aufenthalt-Gesetz (§ 56a AufenthG) sowie im Strafgesetzbuch (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB) geregelte Überwachungsmaßnahme prinzipiell geeignetes und verhältnismäßiges Mittel. Dies gilt in Sonderheit im Vergleich zu einer doch deutlich eingriffsintensiveren Dauerobservation. Im Übrigen hat der Gesetzgeber eine Vielzahl flankierender Regelungen getroffen, die einen Grundrechtsschutz durch Verfahren hinlänglich gewährleisten. Dementsprechend sind auch Einwände, eine EAÜ verletze das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art 1 GG), wenig zielführend, da der Gesetzgeber eine Vielzahl persönlichkeitsrechtsschützender Verfahrensvor-

schriften normiert hat, die insbesondere den Umgang mit den gewonnenen Daten betreffen. Dies betrifft sowohl die Aussagen zu den zulässigen Verwendungszwecken der Daten als auch Regelungen zur Transparenz und Nachverfolgbarkeit der Datenverarbeitungsvorgänge sowie zur Datensicherheit (§ 17c Abs. 2 NPOG-E).

- dazu auch *Schröder*, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Ed., Art. 32a Rdnr. 11, 13 -

Mit der Möglichkeit der EAÜ für „Gefährder“, die eine nicht unerhebliche Gefahr aufgrund ihres „kriminellen Potentials“ darstellen, trägt der Gesetzgeber dem Gedanken Rechnung, dass auch das Polizeirecht ein Seismograph für Veränderungen der politischen Wirklichkeit ist. Vor diesem Hintergrund ist der Einsatz einer EAÜ auch Konsequenz des Umstandes, dass der Gesetzgeber nicht auf die einem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechenden Eingriffsbefugnisse beschränkt ist. Die gesetzliche Regelung erweist sich damit als eine sachgerechte Abwägung zwischen Schutzanspruch und Eingriffsintensität. Sie ist eine Mindermaßnahme gegenüber der im Einzelfall auch zulässigen präventiven Ingewahrsamnahme. Zu berücksichtigen ist auch, dass die EAÜ nicht etwa in Kausalverläufe eingreift, was ihre Rechtfertigung zumindest problematischer erscheinen ließe. Bei der EAÜ spricht gegen die Intensität des Eingriffs zum einen, dass sie nicht heimlich erfolgt, sondern dem Adressaten gegenüber gerade offen und zum anderen auch keine erhebliche Streubreite aufweist (da sie immer nur eine konkrete Person betrifft).

- vgl. dazu *Schröder*, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Ed., Art. 32a Rdnr. 12 -

### **5. Die Dauer des präventiven Gewahrsams (§ 21 NPOG-E)**

Mit der in § 21 NPOG-E geregelten Möglichkeit der Ingewahrsamnahme bis zur Höchstdauer von einem Monat mit der Möglichkeit der – wiederholten – Verlängerung aus präventiven Gründen als „ultima ratio“ handelt es sich zwar um einen Eingriff von erheblicher Intensität. Indes ist dieser Eingriff auch zur Abwehr einer „dringenden“ Gefahr statthaft.

- *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Ed., Art. 20 Rdnr. 16 -

Allerdings erscheint es gerade im Gefahrenvorfeld aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, den Gewahrsam erst dann als Mittel präventivpolizeilichen Handelns einzusetzen, wenn Überwachungsmaßnahmen, Aufenthaltsanordnungen sowie eine EAÜ, bei deren Nichtbeachtung eine Ingewahrsamnahme dann auch möglich ist, sich als nicht ausreichend erweisen, um einen gravierenden Schaden für die in Bezug genommenen Rechtsgüter zu verhindern.

Auch die im Gesetzentwurf (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NPOG-E) nunmehr vorgesehene Begrenzung der Ingewahrsamnahme auf einen Monat durch richterlichen Beschluss (mit der abgestuften Mög-

lichkeit der Verlängerung nach § 21 Abs. 1 Satz 3 NPOG-E) begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, bringt der Gesetzgeber damit doch zum Ausdruck, dass auch bei nicht akuten Gefahrenlagen gleichwohl ein entsprechendes Bedürfnis bestehen kann. Im Übrigen ist eine Höchstgrenze verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.

- vgl. nur *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Ed., Art. 20 Rdnr. 16; *Lindner*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., 2017, Art. 102, Rdnr. 33; ausführlich zum Problem staatlicher Schutzpflichten in diesem Kontext auch *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl., 2014, Art. 20 Rdnr. 19; im Übrigen sei der Hinweis gestattet, dass ein der Gefahrenabwehr dienender Polizeigewahrsam jedenfalls dann kaum einer zeitlichen Befristung unterliegen kann, wenn die Gefahrenlage weiterhin besteht -

Allerdings bedarf es einer strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die mit Fortdauer der Ingewahrsamnahme gesteigerten Anforderungen unterliegt, wie dies aber auch bei der Untersuchungshaft mit periodischen Überprüfungen nach Maßgabe von § 121 StPO vorgeschrieben ist. Vor diesem Hintergrund steht auch keine Präventiv-Haft als Umkehr der Unschuldsvermutung in Rede; es handelt sich um einen auf einen engen Anwendungsbereich bezogene Maßnahme, die auch den Anforderungen der Rechtsprechung an präventive Haft

- BVerfG, NVwZ 2016, 1079; EGMR, NVwZ 2014, 43 ff. -

genügen dürfte, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen entsprechend restriktiv ausgelegt werden.

- so auch in der Bewertung *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (59) -

gez. Kyrill-A. Schwarz