

Aufenthaltsvorgaben, Aufenthaltsüberwachung, FamFG-Verfahren

Kay Waechter

In meiner langjährigen Tätigkeit an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover habe ich versucht, sine ira ac studio einige Arbeiten zum Sicherheitsrecht – teils aus niedersächsischer Perspektive – vorzulegen. In den letzten Jahren hat dieser Rechtsbereich eine vorher ungeahnte Konjunktur erfahren. Es ist absehbar, dass die Veränderungen dazu führen werden, dass sich auch die Perspektive auf das Sicherheitsrecht verschiebt. Aber auch dann, wenn man die staatlichen Interessen höher gewichtet als bisher in der Geschichte der Bundesrepublik – die grundlegenden Rechte der Einzelnen stehen nicht zur Disposition. Auch das Bundesverfassungsgericht scheint mir noch auf der Suche nach einer praktikablen Balance zu sein.

Der Beitrag erörtert einige aus der forensischen Praxis stammende Aspekte der richterlichen Entscheidung im Rahmen von polizeirechtlichen Aufenthaltsvorgaben und von Anordnungen zur Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§§ 17b und c NPOG). Die Zahl publizierter Entscheidungen zu diesen Normen ist gering. Das führt dazu, dass auch Probleme nicht ausjudiziert sind, die sich stellen können. Ein erstaunlicher Befund liegt zB darin, dass die auf landesrechtlicher Verweisung beruhenden FamFG-Verfahren durchgängig nicht-öffentlich geführt werden, obwohl der Gesetzeswortlaut dies nicht trägt und ein Sachgrund nicht durchgängig ersichtlich ist; eine Diskussion dazu wird nicht geführt.

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) stammt aus der Führungsaufsicht¹ und ist dann in das Polizeirecht von Bund und Ländern übernommen worden. Dabei ist die erforderliche Prognose schwieriger geworden, weil die Anlasstat und die Erfahrungen aus dem Strafvollzug in der polizeirechtlichen Prävention oft fehlen. Der Beschluss über die polizeirechtliche EAÜ wird nicht von einem prognoseerfahrenen gerichtlichen

1 Dort im Jahr 2010 eingeführt; Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, BGBl. I S. 2300.

Spruchkörper gefasst; die personenscharfe richterliche Zuständigkeit folgt der einzelnen amtsgerichtlichen Geschäftsverteilung.

A. Die Zuständigkeit des Richters am Amtsgericht für die EAÜ-Anordnung

Die Zuweisung der Zuständigkeit für die Ausübung des Richtervorbehalts in § 17c Abs. 3 Satz 1 NPOG zum Amtsgericht nach den Verfahrensnormen des FamFG ist wenig überzeugend. Die Begründung für die entsprechende Zuständigkeit bei Freiheitsentziehungen lag lange Zeit in der Eilbedürftigkeit dieser Entscheidungen und in der Ortsnähe des Amtsgerichts. Die Bedeutung beider Argumente ist heute zweifelhaft – jedenfalls für manche vom FamFG erfassten Verfahren. Maßnahmen nach den §§ 17b und c NPOG fallen eher selten in Eilsituationen; andernfalls wäre ja eine gegenwärtige Gefahr gegeben, die auch einen effektiven Unterbindungsgewahrsam rechtmäßig machen könnte. Moderne Kommunikationstechnik überbrückt leicht Entfernungen. Auch Ortsnähe spielt in diesen Fällen meist keine Rolle; ohnehin ist auch die Ortskenntnis eines Amtsgerichts heute eher eingeschränkt.

Die EAÜ-Entscheidung in der Führungsaufsicht wird entweder von dem Gericht der ersten Instanz oder von der Strafvollstreckungskammer getroffen;² beide sind Spruchkörper mit erhöhter Erfahrung und ggf. auch Kenntnis der Person des Betroffenen, die dem Amtsgericht in dieser Form fehlt.

Die gesetzliche Zuständigkeitszuweisung über § 19 NPOG enthält keine Vorgaben für die Zuständigkeit innerhalb des Amtsgerichts. Daher ist es denkbar, dass ein Richter tätig wird, der hauptsächlich im Zivilrecht unterwegs ist.³ Erfahrung ist zwar für eine richtige rechtliche Entscheidung nicht zwingend erforderlich, aber sicherlich nützlich. Angesichts der Eingriffstiefe der Maßnahmen mit Richtervorbehalt im NPOG ist die gesetzliche Zuweisung pauschal an das Amtsgericht wenig überzeugend.

2 Die Erteilung einer Weisung ergeht per Beschluss. In Fällen der angeordneten Führungsaufsicht folgt dies aus § 268a Abs. 2 StPO, während eine Weisung des Vollstreckungsgerichts nach § 463 Abs. 2 StPO, § 453 Abs. 1 StPO erfolgt (Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], BeckOK StGB, 58. Ed., München 2023, StGB § 68b Rn. 25).

3 Nach den Geschäftsverteilungsplänen werden diese FamFG-Verfahren meist von einer Auffangklausel für untypische Fallgruppen erfasst.

Besser erschiene eine Zuweisung etwa an eine Strafvollstreckungskammer; da diese aber ohnehin idR überlastet ist, bietet sich eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, möglicherweise auf Ebene des OVG, an. Persönliche Gespräche mit den zuständigen Richtern am Amtsgericht bestätigen, dass die gesetzliche Zuständigkeit unglücklich gewählt ist, weil nicht die Ressourcen vorhanden sind, diese „fachfremden“ Fälle mit dem gewohnten Niveau zu bearbeiten. Nicht unerheblich scheint die Erwägung, dass in Fällen insbesondere der §§ 17b und c NPOG die Entscheidung des Gerichts weitreichende Folgen haben kann: Kommt es zu terroristischen Straftaten? Eine Einzelperson wird wenig geneigt sein, die Verantwortung für die Möglichkeit einer solchen Straftat auf sich zu nehmen, auch wenn die Gefährdereigenschaft nicht ganz nahe liegt. Bei einem kollegialen Spruchkörper ist es einfacher, den Fall zu besprechen und die Verantwortung als Kollektiv zu tragen. Diese Einschätzung beruht allerdings nur auf Intuition; spezielle Untersuchungen dazu sind nicht ersichtlich. Einigermassen belegt erscheint lediglich, dass Spruchkörper besser bei Prognosen sind.⁴ Demgegenüber stehen natürlich uU auch Nachteile einer Spruchkörperentscheidung: insbesondere Konformitätszwänge, eine mögliche Tendenz zur Radikalisierung von Positionen (zB bzgl. Höhe von Schadensersatz, aber auch in Fragen von Schuld oder Unschuld), eine Tendenz zur Argumentation mit den allen Mitgliedern des Spruchkörpers bereits bekannten Argumenten.⁵ Ein struktureller Nachteil der §§ 17b, c Abs. 1 NPOG sind die unscharfen Definitionen, die dazu führen, dass der Tatbestand leicht für erfüllt gehalten wird⁶ – oder auch nicht.

Zweck der Anwendung des § 17c NPOG darf grundsätzlich nicht das Ziel der Straftatfreiheit nach einer Haftentlassung im Sinne der Resozialisierung sein. Die Absicherung der Legalbewährung nach einer Haftentlassung erfolgt nach der gesetzlichen Konzeption nicht über das Polizeirecht, sondern die im StGB vorgesehene Führungsaufsicht und die in diesem Rahmen ebenfalls mögliche Anordnung des Tragens einer elektronischen Fußfessel

4 Barry, Judging Better Together: Understanding the Psychology of Group Decision-Making on Panel Courts and Tribunals, *International Journal for Court Administration* 1/2023, Art. 6, <https://doi.org/10.36745/ijca.479>, S. 9: „Are groups better than individuals at assessing probability? Group psychology literature suggests that they are, and are more likely to make more objectively-accurate decisions based on uncertain information.“

5 Barry, Group Decision-Making (Fn. 4), S. 12, 13.

6 Koch/Devine, Effects of reasonable doubt definition and inclusion of a lesser charge on jury verdicts, *Law and Human Behavior* 1999, 653-674.

(§ 68b Abs. 1 Nr. 12 StGB).⁷ Das gilt aber nur dann, wenn die Gefährdereigenschaft nicht ganz neu nach der Haftentlassung entwickelt wurde.

B. Die Nicht- / Öffentlichkeit in FamFG-Verfahren

Einschlägig für Fragen der Öffentlichkeit des Verfahrens sind die §§ 169 ff. VVG, das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und Art. 6 EMRK. Die Öffentlichkeit bestimmter gerichtlicher Vorgänge ist in Art. 6 EMRK garantiert. Diese Norm hat zwar einen unklaren Anwendungsbereich. Eigentlich sind sachlich verwaltungsrechtliche Verfahren nicht erfasst, aber für staatliche Eingriffe in das Privatleben wird das zT anders gesehen.⁸

Es ist dem Verfasser nicht bekannt, ob bundesweit die FamFG-Verfahren aufgrund polizeirechtlicher Zuweisung öffentlich oder nicht-öffentlich geführt werden. In Niedersachsen scheint Nicht-Öffentlichkeit die Regel zu sein. Die Kommentarlage spricht dafür, dass auch sonst von einer Nicht-Öffentlichkeit ausgegangen wird. Dabei wird teilweise recht lax argumentiert, das FamFG passe zwar insoweit nicht direkt, komme aber dem manchmal erforderlichen Geheimschutz „entgegen“.⁹

Der Wortlaut der einschlägigen Normen spricht klar für ein öffentliches Verfahren, soweit die Landespolizeigesetze das FamFG als Grundlage des richterlichen Verfahrens bestimmen.

Die einschlägigen Verfahren¹⁰ betreffen zwar sämtlich Maßnahmen der Sicherheitsbehörden, insbesondere der Polizeibehörden, haben aber ganz unterschiedliche Inhalte. Das betrifft insbesondere die Frage der Geheim-

7 OLG Hamburg, Beschl. v. 31.7.2020 – 2 W 48/20, juris, Rn. 64.

8 Art. 6 unter zivilrechtlichem Aspekt unanwendbar bei staatlichen Überwachungsmaßnahmen (zB durch den Verfassungsschutz) gem. EGMR 6.9.1978 – 5029/71, Rn. 58 – Klass u.a./Deutschland; ausdrücklich offengelassen in EGMR 18.5.2010 – 26839/05, Rn. 179 – Kennedy/Vereinigtes Königreich; für die Anwendbarkeit hingegen im englischen Ausgangsfall Investigatory Powers Tribunal 23.1.2003 – IPT/01/62 u. IPT/01/77, Rn. 85 ff.; zudem zB Esser, in: Erb (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO, 26. Aufl., Berlin 2012, EMRK Art. 6 Rn. 67, wenn die Maßnahmen in den Privatbereich der betroffenen Person eingreifen (Harrendorf/König/Voigt, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer [Hrsg.], EMRK, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, EMRK Art. 6).

9 zB Bayern: Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens kommt aber den berechtigten Geheimhaltungsinteressen bei der Anordnung verdeckter Maßnahmen entgegen (Löffelmann, in: Möstl/Schwabenbauer [Hrsg.], BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 23. Ed., München 2023, PAG Art. 96 Rn. 17).

10 In denen § 19 NPOG einschlägig ist oder auf diesen verwiesen wird.

haltungsbedürftigkeit von Tatsachen, die in dem Verfahren zur Sprache kommen. In vielen Fällen von Gewahrsam zB wird eine Geheimhaltungsbedürftigkeit nicht bestehen. Auch bei Meldeauflagen nach § 16a NPOG ist eine Geheimhaltungsbedürftigkeit nur ausnahmsweise gegeben. Bei Durchsuchungen kommt es auf die konkrete Konstellation an. Bei verdeckten datenrechtlichen Eingriffen wird häufig ein Geheimhaltungsinteresse bestehen. Dagegen ist ein solches bei § 33b NPOG nicht stets zwingend. Schon dieser Befund spricht gegen eine regelmäßige Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens.

Ein pauschaler Ausschluss der Öffentlichkeit in einer kompletten Verfahrensart wegen Geheimschutzes in einigen Fallgruppen ist weder mit dem Rechtsstaatsprinzip noch mit dem Recht auf ein faires Verfahren¹¹ nach Art. 6 EMRK vereinbar.¹² Zwar meint das BVerfG, dass ein Verstoß gegen eine gebotene Öffentlichkeit von Verfahrensschritten nicht stets Grundrechte des Betroffenen verletzt.¹³ Vorliegend zeigt aber gerade die Gesamtschau auf die Ungereimtheiten der Anwendung des GVG und insbesondere auch bei den unterschiedlichen Ergebnissen je nach landes- oder bundesrechtlicher Zuweisung, dass rechtsstaatlich Zwingendes hier übersehen wurde. Es kann auch nicht angenommen werden, dass in den einschlägigen Verfahren grundsätzlich ein berechtigtes Schutzinteresse der von der Maßnahme betroffenen Person besteht. Dagegen spricht schon, dass andere Eingriffe nach NPOG vor den Verwaltungsgerichten im öffentlichen Verfahren behandelt werden. Die Eingriffsintensität beim Maßnahmeadressaten ist kein Argument gegen eine Öffentlichkeit des Verfahrens, sondern kann vielmehr dafür sprechen. Eine pauschale Nicht-Öffentlichkeit der polizeirechtlichen Verfahren vor den Zivilgerichten führt in die

-
- 11 Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 I GG (BVerfG NJW 2012, 1863 Rn. 28).
 - 12 „Auch Geheimschutzerwägungen, zB mit Blick auf im Fall zu erörternde Staatsgeheimnisse, können den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen. Es ist jedoch stets zu prüfen, ob es einer Erörterung des Staatsgeheimnisses in der Verhandlung überhaupt bedarf. Falls dies der Fall ist, ist zudem zu prüfen, ob ein zeitweiliger Ausschluss der Öffentlichkeit genügt.“ (Harrendorf/König/Voigt [Fn. 8], Art. 6 Rn. 97; EGMR, Urteil v. 8.12.1983 – 8273/78, BeckRS 1983, 109490).
 - 13 „Das Recht auf ein faires Verfahren enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist.“ (BVerfG, Beschl. v. 14.3.2012 – 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 Rn. 29).

Nähe einer Geheimjustiz in einem Bereich (Polizeirecht), der aufgrund seiner strukturellen Sensibilität möglichst der Kontrolle durch die Öffentlichkeit zugänglich sein sollte. Das gilt gerade auch für die Konstellation des Gewahrsams oder von Aufenthaltsbeschränkungen.

Daher verletzt eine für alle FamFG-Verfahren polizeirechtlicher Art angenommene Nicht-Öffentlichkeit deutsche und völkerrechtliche Grundrechte. Das ist für Niedersachsen vermeidbar, wenn die grundsätzliche Öffentlichkeit der Verfahren, wie das GVG sie nahelegt, akzeptiert wird. Der Bundesgesetzgeber des BPolG und des BKAG müsste aber nachbessern; sei es in diesen Gesetzen oder im FamFG.

Das BVerfG hat zwar entschieden, dass ein Ausschluss der Öffentlichkeit nicht stets auf ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage beruhen muss.¹⁴ Das ändert aber nichts daran, dass er nur stattfinden darf, wenn er sachlich geboten ist. Eine pauschale Lösung wird durch die Entscheidung nicht gerechtfertigt.

Im Einzelnen:

1. Sind die Verhandlungen in §§ 17b/c NPOG-Verfahren überhaupt grundsätzlich öffentlich oder nach § 170 GVG nicht-öffentlich? Das Zweite wäre der Fall, wenn sie zur freiwilligen Gerichtsbarkeit iS § 170 GVG zählen. Dieser Begriff wird in § 23a GVG legal definiert. Nach dem Wortlaut dieser Norm sind die durch Landesrecht dem FamFG-Verfahren zugewiesenen Sachen nicht vom Begriff erfasst und daher öffentlich zu verhandeln. Das entspricht nicht der gegenwärtigen Praxis. Die seltsame – und vor dem Gleichheitssatz unhaltbare – Konsequenz einer Wortlautanwendung des Gesetzes ist eine unterschiedliche Behandlung der Verfahren, die bundesrechtlich aus BPolG und BKAG in das FamFG verwiesen sind und der landesrechtlich verwiesenen Verfahren. Denn § 23a GVG bestimmt, dass bundesrechtliche Zuweisungen dem Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterfallen.

Wäre man der Meinung, es handele sich auch bei landesrechtlich zugewiesenen Verfahren entgegen dem Wortlaut von § 23a GVG um freiwillige Gerichtsbarkeit, dann sind die Verfahren ohnehin nicht-öffentlich. Dann macht aber die weitere Anwendung der einschlägigen GVG-Normen (in den Stationen nach der Anhörung) Schwierigkeiten, weil die

14 Danach kann der Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 169 S.1 GVG) außer durch ausdrückliche Regelungen auch durch gesetzlich nicht erfasste unabweisbare Bedürfnisse der Rechtspflege modifiziert werden (BVerfG [Fn. 13], NJW 2012, 1863 Rn. 24).

Öffentlichkeit dann nicht spezifisch wegen der öffentlichen Sicherheit ausgeschlossen worden ist. Es kann nicht angenommen werden, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit in FamFG-Verfahren generell auch den Interessen der Staatssicherheit dient.¹⁵

2. Um staatliche Geheimschutzinteressen zu wahren, kann für eine *Verhandlung* die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden (§ 172 Nr.1 GVG; § 174 Abs.1 GVG).
3. Die *Verkündung* von Beschlüssen samt Begründung ist grundsätzlich öffentlich: § 169 Abs.1 S.1 GVG.¹⁶ Nach § 173 Abs.2 GVG ist es allerdings möglich, durch besonderen Beschluss auch für die Verkündung der Entscheidungsgründe die Öffentlichkeit auszuschließen. Dies kann insbesondere aus Gründen der Staatssicherheit geschehen (§ 173 iV § 172 Nr.1 GVG).
4. In Fällen, in denen die (als innere und äußere Sicherheit verstandene) Staatssicherheit gefährdet ist, unterliegen die *Medien* nach § 174 Abs.2 GVG einem *Veröffentlichungsverbot ex lege*, wenn wegen der Sicherheitsbedenken die Öffentlichkeit bei der Verhandlung ausgeschlossen war.
5. § 174 Abs.3 GVG erlaubt es, bei Geheimhaltungsgründen wegen der Staatssicherheit den *Beteiligten* ein *Schweigegebot* aufzuerlegen. Dies hat durch Beschluss zu geschehen, der vermerkt werden muss.
6. Entscheidungen können und müssen ggf. *publiziert* werden. Das BVerwG hat diese *Pflicht* hochrangig verortet: Es führt als Begründung das Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, das Demokratiegebot und den Grundsatz der Gewaltenteilung an.¹⁷

15 „Die Norm verfolgt zum einen den Zweck, das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) in Verfahren zu schützen, die generell der Privatsphäre zuzuordnen sind (BT-Drs. 16/6308, 320; OLG Karlsruhe, BeckRS 2021, 44250; OLG Köln NJW-RR 1986, 560).“ (Allgayer, in: Graf [Hrsg.], BeckOK GVG, 21. Ed., München 2023, GVG § 170 Rn. 1).

16 Vgl. zu Art. 6 EMRK: „Die Öffentlichkeit ist auch für die Urteilsverkündung vorgeschrieben, und zwar auch bei rechtmäßigem Ausschluss der Öffentlichkeit für die Verhandlung (Art. 6 Abs.1 Satz 2, vgl. § 173 Abs.1 GVG). Der EGMR ist aber flexibel und berücksichtigt die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens.“ (Harrendorf/König/Voigt [Fn. 8], Art. 6 Rn. 98).

17 BVerwG NJW 1997, 2694; vgl. auch Huff, Die Veröffentlichungspflicht der Gerichte, NJW 1997, 2651.

Der objektiv-rechtlichen Pflicht der Gerichte zur Publikation steht ein *subjektives Recht* von Jedermann zur Seite, eine Entscheidungsabschrift zu erhalten.¹⁸

Geheimschutzüberlegungen rechtfertigen auch nach Art. 6 EMRK nicht ohne Weiteres die vollständige Nichtveröffentlichung eines Urteils.¹⁹

Herausgegeben werden muss aber nur eine „*herausgabefähige Fassung*“.²⁰ Aus dem an die Medien gerichteten Veröffentlichungsverbot und dem Schweigegebot für die Beteiligten in Fällen gefährdeter Staatssicherheit lässt sich schließen, dass auch in der schriftlichen Entscheidung Passagen der Begründung *gekürzt oder geschwärzt* werden dürfen, wenn die Gefährdung der Staatssicherheit dies verlangt. Nur in dieser gekürzten Fassung ist die Entscheidungsbegründung dann herausgabefähig.²¹

Da offenkundig die Gerichte wenig Neigung haben, sich einer solchen Arbeit zu unterziehen, kommt es zu sehr wenigen Veröffentlichungen der einschlägigen Judikate. Eine Kontrolle durch Wissenschaft, Anwaltschaft oder Öffentlichkeit ist stark behindert.

Ginge man davon aus, dass die Verhandlung nicht-öffentlich ist, weil die Sache als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten ist, hätte man das Problem, dass die angesprochenen GVG-Normen, die inhaltlich zwingend auf einen Ausschluss der Öffentlichkeit wegen staatlicher Geheimhaltungsinteressen abstellen, alle ihrem Wortlaut nach nicht anwendbar sind. Ergebnis ist, dass offenkundig nicht angenommen werden kann, dass die durch Landesrecht zugewiesenen Angelegenheiten nicht-öffentlich zu verhandeln sind. Sie sind entsprechend dem Wortlaut des GVG keine Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Weitergehend kann man vermuten, dass die vom Gesetzgeber angeordnete Geltung des FamFG-Verfahrens darauf beruht, dass die Konsequenzen dieser Anordnung nicht durchdacht worden sind. Das gilt auch vor dem bereits angeführten Hintergrund, dass die Zuweisung durch Bundesgesetz, wie aus dem BPolG oder dem BKAG (zB § 28 Abs. 3 S. 6 iV § 40 BPolG; § 57 BKAG iV § 40 BPolG) heraus zu anderen Ergebnissen führen würde, was zu einer gleichheitswidrigen Ungleichbehandlung führen würde, weil keinerlei Sachgrund für die Ungleichbehandlung erkennbar ist. Entspre-

18 LG Berlin NJW 2002, 838; Putzke/Zenthöfer, Der Anspruch auf Übermittlung von Abschriften strafgerichtlicher Entscheidungen, NJW 2015, 1777.

19 EGMR 17.12.2013 – 20688/04, Rn. 85 – Nikolova u. Vandova/Bulgarien; Harrendorf/König/Voigt (Fn. 8), Art. 6 Rn. 98.

20 BVerwG NJW 1997, 2694.

21 Ebenso Putzke/Zenthöfer (Fn. 18), NJW 2015, 1781.

che Beurteilung der Sachlage dürfen diese unter Berücksichtigung ihres ggf. verminderten Beweiswerts einfließen.²³

Das FamFG lässt eine Regelung vermissen, wie in solchen Fällen verfahren werden soll, in denen das Gericht oder ein Beteiligter die Akten beiziehen will. In Betracht kommt eine Anwendung des § 99 VwGO, aber auch ein Verweis auf die materiellen Beweislastregeln.²⁴ Das erste Verfahren würde die seltsame, aber nicht widersprüchliche Konsequenz haben, dass ein OVG über ein Zwischenverfahren vor dem Amtsgericht entscheidet. Die Anwendung der Beweislastregeln (geminderter Beweiswert) könnte dazu führen, dass aus Geheimschutzgründen nicht vorgelegte Akten dazu führen, dass Antiterrorbefugnisse nicht wahrgenommen werden können, weil das Amtsgericht die Unterlagen nicht erhält, obwohl dies nicht zwingend ist. Diese und andere Schwierigkeiten mit dem FamFG-Verfahren sprechen mE zusätzlich für eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

D. Der Umgang mit krankheitsverdächtigen potenziellen Gefährdern

Nicht selten ergeben sich Anhaltspunkte für die Begehung terroristischer Straftaten bei Personen, deren psychische Gesundheit zweifelhaft ist, zB wegen Suizidneigung. In solchen Fällen könnte die Prognose für die Straftatbegehung stärker gemacht werden, wenn eine psychiatrische Begutachtung erfolgen würde. Das sehen auch die Sicherheitsbehörden so.²⁵ Daher ergibt sich die Frage, ob die Behörde im Rahmen der Sachverhaltsermittlung den Betroffenen zur Vorstellung bei einem Arzt bzw. zur Duldung einer Begutachtung verpflichtet kann. Eine spezialgesetzliche Befugnis dafür besteht nicht. Die Befragung durch einen Arzt fällt insbesondere nicht

23 OLG München, Beschl. v. 1.4.2019 – 34 Wx 289/18, juris, Rn. 51, mit Verweis auf VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.6.2018 – 1 S 2071/17, DJ 2019, 33 ff.

24 § 142 ZPO passt nicht; ohnehin kommt bei öff.-rechtlichem Gegenstand eher die VwGO in Betracht: „Von Bedeutung ist die Natur des Verfahrensgegenstands insoweit, als sich in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anstatt der ZPO die VwGO zur Schließung etwaiger Lücken im FamFG anbietet.“ (Ulrici, in: Rauscher [Hrsg.], Münchener Kommentar zum FamFG, Bd. 1, 3. Aufl., München 2018, Vor § 23 Rn. 6). Gleichwohl wird der Rückgriff auf die VwGO kritisch gesehen (a.a.O., Rn. 6 am Ende).

25 BMI (Hrsg.), Verfassungsschutzbericht 2022, S. 195, im Abschnitt über Gefährdung durch islamistischen Terrorismus: „Bei der Person wurden psychische Auffälligkeiten festgestellt. Eine Zuordnung kann in diesem Fall nur unter Vorbehalt beziehungsweise Würdigung psychologischer Gutachten erfolgen“.

unter § 12 NPOG. Bei einem bloßen Gefährder hilft auch das NPsychKG nicht weiter.²⁶ Daher ist § 26 VwVfG einschlägig. Diese Norm legt fest, dass der Betroffene einer Maßnahme in Grenzen zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet ist: „Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben.“ Rechtlich gehen aber jedenfalls die von der Rspr. anerkannten Duldungspflichten über diesen Wortlaut hinaus.²⁷ Die Vorstellung bei einem Arzt zur Erstellung eines Gutachtens überschreitet aber eindeutig die von der Rspr. gezogenen Grenzen und unterfällt dem Satz 3 des Abs. 2: „Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, insbesondere eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen oder zur Aussage, besteht nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist.“ § 26 Abs. 2 VwVfG ist daher keine Rechtsgrundlage für die Anordnung oder Duldung ärztlicher Untersuchungen.²⁸ Selbstverständlich ist es dem Betroffenen selbst unbenommen, eine Begutachtung anzuregen; darüber wird die Behörde nach Ermessen entscheiden. Dagegen ist im Rahmen der Führungsaufsicht, die auch die Anordnung der EAÜ ermöglicht, auch ein Vorstellungszwang beim Arzt (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 11 StGB) und eine Therapieweisung uU rechtmäßig (vgl. § 68b Abs. 2 Satz 2 StGB).²⁹ Auch Suchtmittelabhängigkeiten können im Rahmen der Führungsaufsicht festgestellt werden (§ 68b Abs. 2 S. 4 StGB), nicht aber bei Gefährdern im polizeirechtlichen Sinn. Jedenfalls ein Therapiezwang dürfte bei dieser Personengruppe auch rechtsstaatlich schwer vertretbar sein.

Verweigert also der Betroffene die Mitwirkung bei einer Begutachtung, so stellt sich die Frage nach den Konsequenzen. Die Begutachtung kann zu der Erkenntnis führen, dass eine Drohung oder anderes Verhalten des Betroffenen nicht ernst gemeint ist. Wenn sich das Gegenteil ergibt und soweit dieses Verhalten strafbar wäre, kann der Betroffene dennoch

26 Dieses fordert nach § 13, § 16 NPsychKG eine gegenwärtige erhebliche Gefahr, wenn die ärztliche Untersuchung erzwungen werden soll.

27 zB Duldung der Abnahme von Fingerabdrücken; vgl. die Beispiele bei *Kallerhoff/Fellenberg*, in: P. Stelkens/Bonk (Begr.), Sachs/Schmitz/U. Stelkens (Hrsg.), VwVfG – Kommentar, 10. Aufl., München 2022, VwVfG § 26 Rn. 44.

28 So *Kallerhoff/Fellenberg* (Fn. 27), § 26 Rn. 44.

29 Wortlaut: „2 Das Gericht kann die verurteilte Person insbesondere anweisen, sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung).“

verwaltungsrechtlich zur Auskunft verpflichtet sein.³⁰ Da aber eine Spezialvorschrift für die Begutachtung fehlt,³¹ ist der Betroffene nicht zur Mitwirkung verpflichtet, obwohl seine Gefährlichkeit zweifellos in seinen eigenen Kenntnisbereich fällt und nicht in den der Behörde. Damit kann die Mitwirkungsverweigerung weder zu einer Beweislastumkehr führen noch als Indiz für eine dem Betroffenen nachteilige Tatsache gewertet werden. Auch eine Beschränkung des Ermittlungsrahmens³² kommt nicht in Betracht. Das BVerwG hat dies in seiner Rechtsprechung klargestellt.³³ Für ein anderes Ergebnis wäre der Gesetzgeber gefordert.

E. Die Anhörung

Will die Behörde den Sachverhalt für eine eventuelle Maßnahme nach § 17c NPOG mit Hilfe des Betroffenen aufklären, darf sie dafür die Befragung nach § 12 NPOG und die Gefährderansprache nach § 12a NPOG nutzen, wenn dies erforderlich ist.

Bei der Befragung ist der Gefährder allerdings nicht zur Auskunft verpflichtet, weil er nicht Adressat einer Maßnahme nach den §§ 6-8 NPOG sein wird; der Gefährdertatbestand fällt nicht unter diese Vorschriften. Bei der Befragung sind die ggf. bestehenden Zeugnisverweigerungsrechte zu beachten.

Die Gefährderansprache ist auch gegen den Willen des Betroffenen möglich, eine Auskunftspflicht/Antwortpflicht besteht aber hier ebenfalls nicht. Kommt es im Rahmen einer Gefährderansprache zu einer Befragung, gilt das Ausgeführte.

Eine Anhörung des Betroffenen zur Antragstellung durch die Polizeibehörde wird in der Praxis nicht vorgenommen. Sie ist nach § 28 VwVfG auch nicht zwingend, wenn man davon ausgeht, dass nur vor Verwaltungsakten angehört werden muss; darüber hinaus greift die Antragstellung auch noch

30 Vgl. das begrenzte Auskunftsverweigerungsrecht des § 12 Abs. 5 NPOG. Es gilt nicht für den Maßnahmedressaten selbst; § 12 Abs. 3 NPOG.

31 Anders zB im Bereich der sozialen Hilfen: § 62 Abs. 1 SGB I.

32 Dies könnte in dem Sinne der Fall sein, dass die Behörde die Möglichkeit einer psychischen Erkrankung gar nicht mehr in Betracht zieht.

33 BVerwGE 74, 222; BVerwG NVwZ 1992, 772; Kallerhoff/Fellenberg (Fn. 27), § 26 Rn. 52. Vgl. zu den Fragen der Beweiswürdigung in den Fällen fehlender Mitwirkung bei der Eingriffsverwaltung: Schneider, in: Schoch/ders. (Hrsg.), VwVfG – Kommentar, 3. EL, München 2022, VwVfG § 26 Rn. 36.

nicht unmittelbar in der Sache in die Rechte des Betroffenen ein. Eine Außenwirkung wird allenfalls verfahrensmäßig bewirkt.³⁴ Daher ist eine behördliche Anhörung entbehrlich, obwohl sie sachlich durchaus sinnvoll sein könnte.

Nach der Rechtsprechung ist eine richterliche Anhörung des Betroffenen vor dem Beschluss über eine EAÜ nicht zwingend erforderlich, wenn eine weitere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist und die Anhörung für das rechtliche Gehör nicht erforderlich ist (vgl. § 34 FamFG). Der Entscheidung des BGH³⁵ lag allerdings ein spezieller Fall zugrunde, in dem durch ein paralleles Strafverfahren dem Gericht der Sachverhalt bereits völlig geklärt schien. Auf andere Fälle ist diese Rechtsprechung nicht ohne Weiteres übertragbar.

Über die Anhörung hat das Gericht nach § 28 Abs. 4 FamFG einen Vermerk (nicht ein Protokoll im Rechtssinne) zu fertigen, der den Beteiligten zu übersenden ist. Die wesentlichen Vorgänge der Anhörung sind in einen solchen Vermerk aufzunehmen (Abs. 4 S. 2). Dieser umfasst alle Erklärungen (Anträge etc.) und Vorgänge (zB Beweiserhebungen), die für das laufende Verfahren, auch für die Rechtsmittelinstanz, bedeutsam werden können.

F. Die Beordnung eines Rechtsanwaltes

Über § 17c Abs. 3 Satz 9 und § 19 Abs. 4 NPOG ist § 78 FamFG anwendbar. Die Beordnung ist nicht spezialgesetzlich zwingend. Nach § 78 Abs. 2 FamFG wird dem Beteiligten auf seinen Antrag ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt seiner Wahl beigeordnet, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint. Nach dem Wortlaut des Abs. 2 ist eine Anwaltsbeordnung in Verfahren ohne Anwaltszwang nur zulässig, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich erscheint. Wegen des verfassungsrechtlichen Gebotes der weitgehenden Angleichung der Lage von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes ist aber auch entscheidend, ob ein Bemittelter in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Anwalt mit der

34 Zur Entbehrlichkeit der Anhörung bei bloßen behördlichen Vorbereitungshandlungen im Verwaltungsverfahren: *Schneider* (Fn. 33), § 28 Rn. 30.

35 BGH, Beschl. v. 22.2.2022 – 3 ZB 3/21, NStZ-RR 2022, 187.

Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte.³⁶ Das BVerfG stellt auf die objektiven Kriterien des Umfangs und der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage und zudem subjektiv auf die Fähigkeit des Beteiligten ab, sich mündlich und schriftlich auszudrücken. Von einer Erforderlichkeit der Anwaltsbeordnung ist regelmäßig auszugehen, wenn im Kenntnisstand und in den Fähigkeiten der Beteiligten ein deutliches Ungleichgewicht besteht (Waffengleichheit). Die Schwere des Eingriffs soll dagegen unerheblich sein. Die Beordnung darf nicht durch die pauschale Bezugnahme auf den Amtsermittlungsgrundsatz verweigert werden, denn ein Rechtsanwalt hat andere Aufgaben wahrzunehmen als der Richter.³⁷

In den FamFG-Verfahren aufgrund Zuweisung durch das Landespolizeirecht liegt regelmäßig zwar ein erheblicher Eingriff vor (daher: Richtervorbehalt), das bedeutet aber eben nicht, dass die Kriterien der Beordnung erfüllt sind. Für die Frage der Waffengleichheit kommt es auf die Person des Betroffenen und seine geistigen und sprachlichen Fähigkeiten an. Jedenfalls in Fällen von Vorfeldmaßnahmen wie bei den §§ 17b und c NPOG dürfte aber häufig eine schwierige Sachlage vorliegen, so dass dann die Beordnung geboten ist.

G. Der Einsatz von Fallkonferenzen bei der Entscheidung für den Antrag auf EAÜ

Für die Prognose, die zur Entscheidung über den Grad des Risikos künftiger Straftatbegehung (hier: Gefährdereigenschaft) notwendig ist, haben sich im Zusammenhang mit der EAÜ im Rahmen der Führungsaufsicht Fallkonferenzen bewährt, in denen die beteiligten Behörden zusammenarbeiten. Man vergleiche dazu das niedersächsische Konzept³⁸ zum Einsatz der EAÜ im Rahmen des § 68b StGB, in dem die Fallkonferenz ausführlich thematisiert ist. Auch in anderen Sachbereichen haben sich Fallkonferenzen bewährt, was angesichts des Nutzens einer organisierten

36 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2001 – 1 BvR 391/01, BeckRS 2001, 14050 Rn. 9.

37 Vgl. Weber, in: Hahne/Schlögel/Schlünder (Hrsg.), BeckOK FamFG, 47. Ed., München 2023, FamFG § 78 Rn. 6. Als Beispiel für eine Beordnung in einer Gewaltschutzsache: OLG Bremen, Beschl. v. 7.4.2010 – 4 WF 47/10, NJW 2010, 2067.

38 RdErl. Elektronische Aufenthaltsüberwachung (Nds. MBl. 2019 S. 574), dort zur Zentralen Fallkonferenz Ziffer V.

Zusammenarbeit wenig erstaunlich ist. So gibt es Fallkonferenzen³⁹ im Strafvollzug für die Gestaltung des Vollzugsplans; insbesondere auch in Bezug auf Sexualstraftäter;⁴⁰ allgemein im Rahmen von Maßnahmen bei Jugenddelinquenz⁴¹ oder im Recht der Resozialisierung.⁴² Die bei Fallkonferenzen unterschiedlicher Behörden entstehenden Datenschutzprobleme sind jedenfalls für Vollzugskonferenzen in vielen Bundesländern durch spezielle Vorschriften⁴³ gemildert.

Bei der präventiven EAÜ nach Polizeirecht besteht allerdings die Schwierigkeit, dass anders als bei Personen, die bereits im Strafvollzug waren, nicht zwingend weitere Behörden neben den Polizeibehörden mit dem potenziellen Gefährder befasst waren. Deswegen erscheint es sachgerecht, hier keine Fallkonferenz zwingend⁴⁴ vorzusehen, sondern die Polizeibehörde im Einzelfall über eine solche Konferenz entscheiden zu lassen. Eine vorsorgliche Milderung der Datenschutzprobleme durch den Gesetzgeber wäre allerdings wohl auch dann hilfreich.

H. Die Herstellung eines Bewegungsbildes aus den erhobenen Ortsdaten

Die Befugnisvorschrift des § 17c NPOG sowie vergleichbare Normen enthalten eine Reihe von Einzelbefugnissen. Diese dienen einesteils der technischen Verwirklichung der EAÜ (Duldung und Aufladen des Gerätes etc.), andernteils regeln sie den Umgang mit den aus der EAÜ gewonnenen Daten. Dabei kann wiederum unterschieden werden: Einerseits kann es nur darum gehen, Verstöße gegen Aufenthaltsvorgaben zu erkennen, andererseits können die Daten auch genutzt werden, um weitere Informatio-

39 Vgl. zB NdsJVollzG: § 9 (4) Zur Vorbereitung der Aufstellung und Fortschreibung des Vollzugsplans werden Konferenzen mit den nach Auffassung der Vollzugsbehörde an der Vollzugsgestaltung maßgeblich Beteiligten durchgeführt.

40 Vgl. etwa: VG Freiburg, Urt. v. 14.2.2013 – 4 K 1115/12, BeckRS 2013, 47247.

41 Vgl. *Sonnen*, Kinder- und Jugenddelinquenz in der strafrechtlichen Ermittlung, FPR 2013, 408.

42 Vgl. § 56 Schl.-H. Opferschutz und Resozialisierungsgesetz.

43 Vgl. etwa § 16 Justizvollzugsdatenschutzgesetz Bremen zum Datenschutz bei Fallkonferenzen: *Abs. (1) 1 Im Rahmen von Fallkonferenzen dürfen die Justizvollzugsbehörden personenbezogene Daten, einschließlich solcher besonderer Kategorien, die sie zulässig erhoben haben, insbesondere den voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt, die voraussichtliche Entlassungsadresse sowie die Vollzugs- und Eingliederungspläne, den Polizeibehörden des Bundes und der Länder übermitteln, sofern 1. tatsächliche Anhaltspunkte für die fortdauernde Gefährlichkeit von Gefangenen für die Allgemeinheit vorliegen, ...*

44 Wenn auch nur durch rein innenrechtlichen Zwang mittels Verwaltungsvorschrift.

nen über den Gefährderstatus des Betroffenen zu gewinnen. Insbesondere für diese Fallgruppe kommt die Herstellung eines Bewegungsbildes in Betracht. Wenn ein Bewegungsbild einen Sinn haben soll, muss es interpretiert werden und Schlüsse auf die Absichten des Betroffenen zulassen. Es wird also auch ein partielles Persönlichkeitsprofil erstellt werden.

I. Die Herstellung eines Bewegungsbildes ist nach § 17c NPOG eine offene Maßnahme, die dem Betroffenen bekanntzugeben ist. Anders als zB in Bayern – wo die Heimlichkeit der Herstellung des Bewegungsbildes anerkannt ist – ist deswegen auch keine nachträgliche Benachrichtigung des Betroffenen über die getroffene Maßnahme vorgesehen (vgl. § 30 Abs. 4 NPOG). Auch die Gesetzgebungsmaterialien für das NPOG⁴⁵ legen keinen heimlichen Charakter der Maßnahme nahe. In der Praxis wird daher die richterliche Anordnung dem Betroffenen bekanntgegeben. Da die Ortsdaten von der „Fußfessel“ stets übermittelt werden, läge in der Verbindung zu einem Bewegungsbild möglicherweise keine heimliche Datenerhebung (§ 30 Abs. 2 Satz 2 NPOG), sondern allenfalls eine heimliche Datennutzung. Allgemeine Regeln über die Offenheit oder Heimlichkeit einer Datennutzung enthält das NPOG derzeit nicht. Das war auch solange nicht erforderlich, wie die Datennutzung für denselben Zweck nicht als eigenständiger Eingriff angesehen wurde. Dass rechtmäßig erlangte Daten von der Behörde genutzt werden, ohne dass die genaue Art der Nutzung dem Betroffenen mitgeteilt wird, war selbstverständlich. Dies hat sich spätestens seit der Entscheidung des BVerfGs zur automatisierten Datenanalyse⁴⁶ geändert. Die Situation unterscheidet sich von anderen Eingriffstypen, weil sich Daten bereits rechtmäßig in der Verfügung der Behörde befinden und eine spezifische Nutzung typischerweise nicht dem Betroffenen bekannt wird.

II. Das BVerfG⁴⁷ hat in einer ganzen Reihe von Entscheidungen klargestellt, dass die Herstellung solcher Bewegungs-/Persönlichkeitsprofile ein eigener und regelmäßig tiefer Eingriff in das Recht auf informationelle

45 Für das Bewegungsbild: Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 18 ff.

46 BVerfG, Urt. v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, BeckRS 2023, 1828; vgl. hier auch den Abschnitt J.

47 BVerfG, Urt. v. 27.7.2005 – 1 BvR 668/04, BeckRS 2005, 28075; BVerfG, Urt. v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05, NJW 2008, 1505 Rn. 74: Der Eingriff wird vertieft, wenn die Erfassung zur Gewinnung weiterer Informationen genutzt wird, etwa für Bewegungsbilder einer Person; BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 ua, BeckRS 2010, 46771; BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, NJW 2016, 1781 Rn. 151; BVerfG, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/17, NJW 2022, 1583 Rn. 357.

Selbstbestimmung ist. Der § 17c NPOG erlaubt das Bewegungsprofil in Absatz 2 Satz 2 im Zusammenhang mit der Datennutzung, Änderung und Übermittlung. Andere Bundesländer reservieren einen eigenen Absatz dafür und verdeutlichen, dass es sich um einen gesonderten Eingriff mit eigenem Richtervorbehalt handelt. Das ist auch in Niedersachsen sachlich der Fall, wird aber im Gesetz weniger deutlich. Wenn dies von der Polizeibehörde beantragt ist, muss daher der Richter auch über die Befugnis zur Herstellung des Bewegungsbildes entscheiden. § 17c Abs. 2 NPOG setzt dafür voraus, dass dies für die Straftatverhinderung nach Absatz 1 erforderlich ist. Da es um einen eigenen Eingriff geht, muss der Richter grundsätzlich auch eine eigene Begründung für dessen Erforderlichkeit liefern. Da bei einem Gefährder typischerweise Unklarheit über die genauen Absichten besteht, kann aber typischerweise ein Bewegungsbild vielleicht mehr Klarheit über die Absichten vermitteln. Darüber hinaus kann das Bewusstsein der Betroffenen, im Fall der Begehung einer schweren Straftat einem hohen Entdeckungsrisiko zu unterliegen, ihre Bedenken gegen die Straftatbegehung in aller Regel stärken.⁴⁸ Daher ist nicht so ganz klar, wie die zusätzliche Begründung des Richters für den vertieften Eingriff aussehen soll. Wahrscheinlich wird es eher so sein, dass das Bewegungsbild nur in Ausnahmefällen nicht nützlich sein kann. Daher wird man mE zwar eine gesonderte Begründung formal verlangen können, diese muss aber keine besondere Tiefe haben, sondern darf darauf verweisen, dass das Bewegungsbild in der Regel jedenfalls potenziell weitere Aufschlüsse bieten bzw. zusätzlichen Präventionsnutzen haben kann.

J. Die Konsequenzen aus der KI-Entscheidung des BVerfGs für die Datenanalyse von EAÜ-Daten

Schon die für die Überwachung einer Aufenthaltsvorgabe verwendeten Daten werfen in Bezug auf die Entscheidung des BVerfGs Probleme auf. Denn sie werden gemäß § 17c Abs. 2 S. 1 NPOG automatisiert erhoben und gespeichert. Die folgende Datenanalyse betrifft den Abgleich der Ortsdaten mit den Aufenthaltsvorgaben und die Funktionsfähigkeit der Fußfessel. Nach Satz 5 des Absatz 2 hat auch diese Verarbeitung für die Zwecke des Satz 4 Nr. 2 (Verstöße gegen Aufenthaltsvorgabe) und 5 (Funktionsfähig-

48 Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 20.6.2019 – 2 Ws 154/19, BeckRS 2019, 13006.

keit) automatisiert zu erfolgen. Daher gelangen nur Verstöße des Betroffenen zur händischen Bearbeitung.

Damit dürfte auch klar sein, dass die weiteren Nutzungen der Ortsdaten für ein Bewegungsbild und für die Zwecke des Satz 4 Nr. 1, 3 und 4 nicht automatisiert sein müssen. Ob sie es dürfen, ist aus dem Wortlaut des Absatz 2 nicht eindeutig ablesbar. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass die Pflicht zur Automatisierung nur die genannten Fälle erfasst.⁴⁹ Daher ist für die automatisierte Verarbeitung nach Satz 1 zu klären, wie diese nach den Maßstäben des BVerfGs zu beurteilen wäre; für die weiteren Zwecke des Absatz 2 stellt sich die Frage, ob eine von der Behörde gewollte automatisierte Analyse rechtmäßig wäre. Von Bedeutung für diese Beurteilung kann noch sein, dass die erhobenen Daten gekennzeichnet werden müssen, besonders zu sichern und grundsätzlich nach zwei Monaten zu löschen sind (§ 17c Abs. 2 S. 6 und 7 NPOG).

I. Die Pflicht zur automatisierten Datenverarbeitung bzgl.

Aufenthaltsverstößen und Funktionsfähigkeit der Fußfessel

Der vom Gesetzgeber bezweckte Sinn der Automatisierungspflicht liegt offenkundig darin, den Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen gering zu halten.⁵⁰ Die Beamten der zuständigen Behörden erhalten auf diese Weise nur Kenntnis von den Daten, die Weisungsverstöße oder Funktionsfähigkeitsprobleme belegen. Automatisierung kann also auch grundrechtsschonend sein; das war schon bei der automatisierten Erhebung (Kfz-Kennzeichen) deutlich geworden, wenn Nicht-Treffer automatisiert wieder gelöscht werden.

Dagegen geht das BVerfG davon aus, dass automatisierte Datenanalyse einen spezifischen Belastungseffekt hat, der über das Eingriffsgewicht der ursprünglichen Erhebung hinausgeht. Daher bestünden weitergehende

49 Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 21: „Die Verpflichtung soll allerdings nur in den dazu geeigneten

Fällen gelten (Feststellung von Verstößen gegen eine Aufenthaltsvorgabe oder ein Kontaktverbot sowie Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der technischen Mittel).“

50 Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 21: „Verpflichtung zur automatisierten Datenverarbeitung aufzunehmen, die im Entwurf fehlt (anders z. B. § 463 a Abs. 4 Satz 3 StPO und § 56 Abs. 2 Satz 4 BKAG - dort zum Schutz der betroffenen Person; vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 124).“

Rechtfertigungsanforderungen.⁵¹ Die Pflicht zur Automatisierung in § 17c NPOG ist eine gesetzliche Pflicht, wird also dem Gesetzesvorbehalt für einen eigenständigen Grundrechtseingriff gerecht.⁵²

Die Eingriffsintensität richtet sich laut BVerfG nach Art und Umfang der Daten und Analysemethoden;⁵³ zu ergänzen ist, dass natürlich auch der Zweck eine Rolle spielt. Nach diesen Kriterien liegt ein Eingriff vor, der nicht deutlich über den Erhebungseingriff hinausgeht, in Teilen sogar hinter diesem zurückbleibt. Analysiert werden zwar alle Ortsdaten, aber nur mit Bezug auf Weisungsverstöße und Funktionsprobleme. Es liegt ein simpler Datenabgleich vor, der auch händisch möglich, aber sehr aufwändig wäre. Die Auswertungsmethode führt dazu, dass viel weniger Ortsdaten zur Kenntnis des Behördenpersonals gelangen, als erhoben worden sind. Daher sind die Anforderungen des BVerfG eingehalten.

II. Demgegenüber ist die Herstellung eines Bewegungsbildes ein intensiver Eingriff. Demzufolge wäre auch die automatisierte Analyse der Daten eines Bewegungsbildes ein sehr intensiver Grundrechtseingriff. Für eine automatisierte Analyse fehlt hier zunächst die gesetzliche Erlaubnis. Das Gericht fordert weiter, dass der Zweck im Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter liegen muss und dass für diese eine hinreichend konkretisierte Gefahr besteht. § 17c Abs. 2 Satz 4 NPOG erlaubt die Datenverwendung in den Nr.n 1 und 4 zweifellos zur Verhütung der Schädigung von besonders gewichtigen Rechtsgütern. Zweifel könnte allenfalls der Zweck der Nr. 3 wecken. Diese Nummer verweist auf § 49a Abs. 2 NPOG. Danach ist strafbar, wer gegen die Pflichten aus § 17c NPOG verstößt (§ 49a Abs. 2 Nr. 2 NPOG); damit hat man kein Problem, weil eben § 17c NPOG ohnehin nur höchstwertige Rechtsgüter in Bezug nimmt. § 49a Abs. 2 Nr. 1 macht auch Weisungsverstöße gegen Anordnungen nach § 17a und § 17b NPOG strafbar. Aber auch in diesen Normen geht es um den Schutz sehr hochwertiger Rechtsgüter.⁵⁴

Schwieriger liegt es mit der konkretisierten Gefahr. Bei der Datenverwendung zum Zweck des Abs. 2 Nr. 4 liegt diese klar vor, da es um gegenwärtige Gefahren geht. Absatz 2 Satz 4 Nr. 1 spricht zwar von der Verhütung terroristischer Straftaten, enthält aber keinen Wahrscheinlichkeitsmaßstab

⁵¹ Vgl. BVerfG (Fn. 46), schon Leitsatz 2.

⁵² Ob der Gesetzesvorbehalt auch gilt, wenn die Automatisierung den Eingriff mindert, muss hier nicht beantwortet werden.

⁵³ Vgl. etwa BVerfG (Fn. 46), Leitsatz 3.

⁵⁴ Bei § 17a Abs. 1: Leib, Leben, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung. Bei häuslicher Gewalt werden Gesundheitsgefahren idR hoch sein.

oder Konkretisierungsgrad für deren Eintritt. Damit dürfte die automatisierte Verarbeitung insoweit unzulässig sein und auch nicht gesetzlich erlaubbar, ohne dass weitere Hürden errichtet werden.

- III. Eine Analyse von mittels § 17c NPOG erhobenen Ortsdaten mit der Methode einer generativen Künstlichen Intelligenz, die also selbstlernend ist und ggf. neue Fragestellungen entwickeln kann, ist derzeit nicht rechtmäßig, weil es an der gesetzlichen Grundlage fehlt. Ob diese geschaffen werden dürfte, kann hier noch dahinstehen.

K. Die Prüftiefe des Gerichts

Weiterer Bedarf für eine Problemlösung ergibt sich aus einem äußerlich unauffälligen Beschluss einer Kammer des BVerfG zu einer Prozesskostenhilfeentscheidung, der aber inhaltlich von erheblicher Bedeutung sein könnte. Die hier entscheidende Aussage des Beschlusses betrifft die Prüftiefe von Gerichten bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Polizeieingriffen und damit den Umfang der zwingend erforderlichen Amtsermittlung und rechtlichen Bewertung eines Vorgangs.

„Stützt sich die Polizei für die Vornahme von Grundrechtseingriffen auf gespeicherte Daten aus ihren Datenbeständen, dürfen die Gerichte die Rechtmäßigkeit dieser Speicherung und Verwendung nicht ohne Weiteres unterstellen. Sind – wie hier – Vorkenntnisse die Grundlage für ein gezieltes Herausgreifen einer Person, kann von dieser Rechtmäßigkeitsprüfung grundsätzlich nicht abgesehen werden.“⁵⁵

I. Der Sachverhalt

Es geht um ein Versammlungsgeschehen anlässlich der Abholzung eines Waldes. Dabei kommt es erfahrungsgemäß zu Protestkletteraktionen der Versammlungsteilnehmer. Die Betroffene ist „Aktivistin“ und hat schon häufiger Kletteraktionen durchgeführt. Anlässlich der Versammlung ist auch Polizei in den Zügen der Bahn tätig. Die Beamten, die in einem Zug anwesend sind, erhalten von ihrem Lagezentrum die Mitteilung, im Zug

⁵⁵ BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 30.10.2023 – 1 BvR 687/22, BeckRS 2023, 40189.

befinde sich auch die Aktivistin. Daraufhin führen die Beamten eine Identitätsfeststellung durch, erkennen die Identität der Person und durchsuchen dann ihren Rucksack nach Kletterausrüstung, die sich dort auch findet.

II. Der Beschluss

Der Beschluss lässt offen, ob eine Pflicht zu einer solchen Rechtmäßigkeitsprüfung nur für das Gericht als Kontrollinstanz als Teil des Untersuchungsgrundsatzes besteht oder ob auch die Behörde aufgrund ihrer Eingriffsnormen zu einer solchen Prüfung verpflichtet sein soll, wenn sie Folgemaßnahmen trifft, die inhaltlich auf vergangenen Datenspeicherungen beruhen. Es spricht aber viel dafür, dass hier lediglich die Kontrollaufgabe der Gerichte gemeint ist; in dem Ausgangsfall des Beschlusses wären jedenfalls die Beamten im Zug zeitlich zu einer solchen Prüfung der Speicherung gar nicht in der Lage gewesen.

Der Beschluss ist nach hier vertretener Ansicht insofern überraschend, als er die Gerichte zwingt, Vorfragen noch einmal zu thematisieren, hinsichtlich derer von keinem Verfahrensbeteiligten Zweifel angemeldet wurden. Das BVerfG macht damit eine Frage der teilweise nicht-rechtlichen Gerichtspraxis (gefragte/ungefragte Fehlersuche)⁵⁶ im Rahmen der Amtsermittlung zur einer Rechtspflicht.⁵⁷ Damit weicht es von der bisher in

56 „Die von dem BVerwG gelegentlich ausgesprochene Mahnung, die Tatsachengerichte sollten sich nicht gleichsam ungefragt auf Fehlersuche begeben, stellt keinen Rechtssatz dar, sondern umschreibt lediglich eine Maxime richterlichen Handelns. Mit dieser Mahnung soll nicht die rechtliche Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes in Frage gestellt, sondern nur darauf hingewiesen werden, dass eine sachgerechte Handhabung dieses Grundsatzes unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und der Prozessökonomie zu erfolgen hat. Was im Einzelfall sachgerecht ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein gültig festlegen“ (Dawin/Panzer, in: Schoch/Schneider [Hrsg.], VwGO – Kommentar, 44. EL, München 2023, VwGO § 86 Rn. 49b). Entscheidend ist, ob für das Gericht „nach dem Stand der Dinge“ Anlass zu weiterer Ermittlung besteht (a.a.O., Rn. 49d).

57 Zur sog. „ungefragten Fehlersuche“ BVerwG, Beschl. v. 4.10.2006 – 4 BN 26.06, ZfBR 2007, 56; BVerwG, Beschl. v. 3.7.2013 – 9 B 5.13, BeckRS 2013, 53608; OVG Lüneburg: „Da der Antragsteller diesbezüglich im Übrigen nichts vorträgt, sieht der Senat auch keinen Anlass, ungefragt auf Fehlersuche zu gehen (vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 17.4.2002 – 9 CN 1/01 –, juris Rn. 43 m.w.N.)“ (OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.11.2023 – 14 KN 24/22, juris, Rn. 92). Das Absehen von ungefragter Fehlersuche wird auch außerhalb der Normenkontrolle praktiziert; vgl. zB OVG MV zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (OVG MV, Urt. v. 10.5.2023 – 5 K 448/21 OVG, juris, Rn. 1).

Rechtsprechung und Literatur herrschenden Linie ab, dass die Prüfungstiefe nicht abstrakt über den Einzelfall hinaus festgelegt werden kann.⁵⁸

Der Beschluss lässt auch im Ungewissen, welche Fallkonstellationen er ergreifen soll. Soll etwa die gerichtliche Prüfungspflicht auch gegenüber einem bestandskräftigen Verwaltungsakt gelten? Und kann es wirklich entscheidend darauf ankommen, ob eine Datenspeicherung ein Realakt (hM) oder ein Verwaltungsakt ist? Eine erneute Prüfung scheidet wohl jedenfalls aus, wenn die Aufzeichnung der Daten bereits qua Richtervorbehalt für rechtmäßig erklärt worden ist (zB bei der Überwachung der Telekommunikation nach § 33a Abs. 2 iV Abs. 5 NPOG). Eine Mittelposition nehmen die Fälle ein, in denen der Richtervorbehalt für die Erhebung eingriff, aber nicht für die folgende Speicherung; dann dürfte allerdings die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Speicherung im Regelfall einfach gelagert sein.

Die Rechtmäßigkeit einer Speicherung hängt jedenfalls nach niedersächsischem Polizeirecht von der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung ab.⁵⁹ Daher würde eine solche Prüfpflicht dazu führen, das gesamte Vorgehen einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen, obwohl niemand Zweifel angemeldet hat. Eine Möglichkeit, die Speicherung anzugreifen, hätte bestanden; das versteht sich bei offener Datenerhebung von selbst, bei verdeckter Erhebung gibt es die Benachrichtigungspflicht der Behörde (§ 30 Abs. 4 ff. NPOG). Schwieriger ist die Rechtslage noch bei der Speicherung von Daten, die nach rechtswidriger Erhebung durch andere Behörden übermittelt wurden.⁶⁰

In anderen Bundesländern beurteilt sich die Rechtmäßigkeit einer Speicherung bei rechtswidriger Erhebung nach dem Ergebnis einer Abwägung; auch ein erheblicher Beurteilungsaufwand für das Gericht.

Der Beschluss scheint seine Anwendbarkeit durch den Hinweis auf den Sachverhalt einzugrenzen: „Sind – wie hier – Vorkenntnisse die Grundlage für ein gezieltes Herausgreifen einer Person ...“

58 Vgl. *Dawin/Panzer* (Fn. 56), § 86 Rn. 49b.

59 § 38 Abs. 1 NPOG.

60 Vgl. dazu § 38 Abs. 1 NPOG, der nicht ganz klärt, ob es entscheidend auf die Rechtmäßigkeit der Erhebung oder der Übermittlung ankommt. Zugunsten der Erhebung vgl. *Graf*, in: Möstl/Weiner (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 29. Ed., München 2023, NPOG § 38 Rn. 19.

Das bezieht sich auf den Sachverhalt. Er wird insoweit wie folgt geschildert:

„Ausweislich der beigezogenen Akten des Ausgangsverfahrens wurde der Einsatz durch das Lagezentrum des Polizeipräsidiums (...) ausgelöst, das die Bundespolizei im Auftrag des Polizeipräsidiums Mittelhessen fernmündlich über die Anwesenheit einer polizeibekannten Aktivistin – der Beschwerdeführerin – im ICE (...) mit der Bitte informierte, sie einer Personenkontrolle zu unterziehen und dabei insbesondere auf mitgeführte Kletterausrüstung zu achten.“⁶¹

Das wäre in etwa vergleichbar mit Fällen, in denen zu einer Person Daten vorliegen (etwa eine Einstufung als Gewalttäter Sport einer bestimmten Kategorie), die abgerufen werden und dann zu Folgemaßnahmen führen bzw. dazu beitragen, etwa einem Platzverweis oä. Typisch für die Fallkonstellation ist jedenfalls, dass das Augenmerk auf den Betroffenen auf den bereits vorhandenen Daten beruht und nicht (allein) auf der Antreffsituation.

Das Verfassungsgericht scheint zu meinen, sein Beschluss treffe nur auf Fälle zu, in denen der Betroffene Folgemaßnahmen erleidet, bei denen er aus einer Vielzahl von Menschen „herausgegriffen“ wird. Das deutet auf eine Gleichheitsfrage hin; Gleichheitsprobleme spielen hier aber gar keine Rolle. Eher entstehen Gleichheitsprobleme im Rechtsschutz, wenn man die Prüftiefe des Gerichts von der Fallkonstellation abhängig machen würde, ohne dass es dafür naheliegende Argumente gibt.

Deswegen ist nicht ersichtlich, warum der Beschluss, so wie er gefasst ist, nicht auch Geltung haben soll, wenn Folgemaßnahmen gegenüber derselben Person ohne „Herausgreifen“ getroffen werden. So liegt es zB bei Aufenthaltsvorgaben und Elektronischer Aufenthaltsüberwachung. Überhaupt sind vorgängige Datenbestände praktisch bei allen Maßnahmen gegen Gefährder entscheidend. Je mehr Daten die Behörden zu Einzelpersonen besitzen⁶² und verwenden, desto häufiger eine solche Situation. Würde man die Anwendbarkeit des Beschlusses auf Maßnahmen des „Herausgreifens“ beschränken, so wäre das Gericht im Ausgangsfall bei der Prüfung der Identitätsfeststellung gehalten gewesen, die Rechtmäßigkeit der Speicherung zu prüfen, nicht aber bei der Prüfung der Durchsuchung des Rucksacks, denn zu diesem Zeitpunkt war die Betroffene bereits „herausgegriffen“.

61 BVerfG, Beschl. v. 30.10.2023 – 1 BvR 687/22, BeckRS 2023, 40189 Rn. 3.

62 zB zu politischem Terrorismus.

Die praktische Besonderheit des Beschlussfalles lag darin, dass die Initiative zur Identitätsfeststellung nicht von den Beamten vor Ort ausging, sondern vom Lagezentrum der zuständigen Polizei. Woher dieses von der Anwesenheit der Betroffenen im Zug Kenntnis hatte, wird im Sachverhalt nicht dargelegt. Möglicherweise ist hier der Schlüssel zu dem Verständnis des Beschlusses zu suchen: Vielleicht hatte das BVerfG „nach dem Stand der Dinge“ den Eindruck, diese Kenntnis sei rechtswidrig erlangt und gespeichert worden. Dann läge ein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit vor und das Gericht würde dem zu Recht nachgehen müssen. Der Beschlusstext selbst legt eine solche restriktive Auslegung aber nicht nahe.

Aus der Sicht des Verfassers sollte die hier erörterte Aussage des Beschlusses noch einmal in einem Senatsverfahren überdacht werden.

L. Erstanordnung und Verlängerung der EAÜ

Erstanordnung und Verlängerung der ursprünglichen Entscheidung des Amtsgerichts sind nach denselben Tatbestandsvoraussetzungen zu beurteilen. Auf der Rechtsfolgende Seite wachsen mit Zeitablauf die Anforderungen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Für den Fall des Fristablaufs der Erstanordnung und einen dann ergehenden neuen Beschluss soll nach BGH gelten: Eine gerichtliche Falschdeklaration einer neuen Erstanordnung als Verlängerung ist unschädlich, wenn die Anordnung materiell rechtmäßig ist und keine besonderen Umstände vorliegen.⁶³ Das ist deswegen möglich, weil es keine gesetzliche Höchstzahl von Verlängerungen gibt. Ob diese Umdeutung eines gerichtlichen Beschlusses ohne Rechtsgrundlage möglich ist, bedarf der Klärung. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Zeit ist konsequent nicht auf die Zahl von Verlängerungen abzustellen, sondern auf die Monate und Tage bisher geltender Anordnungen.

Ein Verweis auf die seit der Erstanordnung unveränderte Situation reicht nicht aus; die wesentlichen Merkmale des Tatbestandes müssen erneut subsumiert werden; wenn dafür verwiesen werden soll, muss der Bezugstext in die Entscheidung eingebunden werden. Das gilt erst recht, wenn es sich rechtlich um eine neue Erstanordnung handelt.

Generell stellt sich die Frage, wie lange eine Wahrscheinlichkeit für eine Gefährdereigenschaft, die festgestellt wurde, rechtliche Maßnahmen tragen

63 BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, BeckRS 2022, 22378 Rn. 13.

soll, wenn keine neuen Erkenntnisse hinzutreten. Das Gesetz legt es nahe, nach Ablauf der ersten Frist müssten neue Tatsachen hinzutreten, um die Maßnahme weiter zu tragen. Sonst hätte die Dauer der Erstanordnung vom Gesetzgeber länger bemessen werden können. Gerichte gehen allerdings in der Praxis eher davon aus, dass ein einmal festgestellter Gefährderverdacht ohne weitere Erkenntnisse mehrere Verlängerungen tragen kann. Auch diese Frage bedarf weiterer Klärung.

M. Einzelaspekte der Gefährderprognose

Die Gefährderprognose verlangt nach der Rechtsprechung des BGH nicht, dass die Behörde oder Richter bei ihren Prognosen angeben, welche einzelnen Tatbestände der Betroffene möglicherweise verwirklichen wird.⁶⁴ Aber selbstverständlich ist es erforderlich darzutun, dass es sich überhaupt um eine terroristische Straftat oder eine schwere organisierte Gewaltstraftat im Sinne des Tatbestandes des § 17c Abs. 1 NPOG handeln wird. Wie das verdeutlicht werden soll, ohne wenigstens die Strafbarkeit nach einem einschlägigen Straftatbestand darzutun, ist nicht ersichtlich.

Die Prognose darf nicht nur die für den Betroffenen nachteiligen Indizien aufführen, sondern muss diese in ihrer Bedeutung ins Verhältnis zu den günstigen Indizien stellen und aus dieser Gegenüberstellung den Schluss ableiten, ob Straftaten bevorstehen.

Ob Tatsachen und Verhalten generell zu scheiden sind, ist derzeit noch nicht entschieden. Nicht jede Tatsache ist ein Verhalten; ob man sagen könnte, dass jedes Verhalten auch eine Tatsache ist, bedarf der Klärung.

Meinung und Tatbereitschaft: Es ist anerkannt, dass die die Prognose tragenden Tatsachen Indizien für die wahrscheinliche Straftatbegehung sein müssen. Nicht als Begründung ausreichend sind diffuse Anhaltspunkte, reine Vermutungen oder bloße Spekulationen sowie eine Tatsachenlage, die durch eine hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Beobachtungen gekennzeichnet ist. Eine solche Konstellation liegt laut BGH etwa dann vor, wenn allein bekannt ist, dass die betroffene Person sich zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis hingezogen fühlt.⁶⁵ Generell sind bloße Meinungen nicht geeignet den Tatbestand des § 17c Abs. 1 NPOG

64 BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, BeckRS 2022, 22378: „*Ausführungen der Tatgerichte dazu, welche der in § 129a Abs. 1 StGB genannten Straftaten es im Einzelnen zu verhüten gilt, sind entbehrlich.*“

65 BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, BeckRS 2022, 22378 Rn. 19.

zu erfüllen, wenn nicht eine Gewaltbereitschaft hinzutritt. Allerdings kann diese häufig auch nur aus Indizien erschlossen werden; und zu diesen gehören auch Äußerungen von gewaltbilligenden Meinungen. Die Grenze zwischen bloßer Meinung und Tatbereitschaft ist fließend. Je stärker eine Meinung zur Tat drängt, desto eher kann sie für eine Gefährderprognose verwertet werden.

In diesem Zusammenhang kann die Frage auftauchen, ob in der Verwertung einer geäußerten Meinung für präventive Polizeimaßnahmen ein Eingriff in die Meinungsfreiheit liegt. Wenn man das Risiko eingeht, einer Aufenthaltsvorgabe unterworfen zu werden oder sogar eine Fußfessel tragen zu müssen, ist eine von Meinungsäußerungen abschreckende Wirkung nicht fernliegend. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts greift eine solche Argumentation aber nicht; dies ist jedenfalls für repressive Eingriffe entschieden worden:

Zum anderen ist nicht anzunehmen, dass in den Durchsuchungen selbst wegen des mit ihnen einhergehenden Abschreckungseffekts Eingriffe in die Meinungs- und Kunstfreiheit liegen. Derartige Wirkungen einer strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme müssten im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 GG berücksichtigt werden; sie begründen aber keine eigenständigen Eingriffe in die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 [und 3] GG. (zu vergleichbaren Auswirkungen einer Durchsuchung auf die Berufsfreiheit vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18. März 2009 - 2 BvR 1036/08 -, juris, Rn. 64).⁶⁶

Das Bundesverfassungsgericht sieht also keinen eigenständigen Eingriff, möchte aber dennoch das betroffene Grundrecht berücksichtigen. Das ergibt sich deutlich aus der in Bezug genommenen Entscheidung v. 18.3.2009:

Bei der Anwendung strafprozessualer Eingriffsermächtigungen ist das Ausmaß der - mittelbaren - Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen.⁶⁷

Die Ablehnung der Annahme eines mittelbaren Eingriffs in die Meinungsfreiheit liegt nicht auf der Hand, da meist auch mittelbare Beeinträchtigungen der Meinungsfreiheit als Eingriffe aufgefasst werden. Für eine Gefährderprognose werden auch Meinungsinhalte verwendet, die für sich gesehen

66 BVerfG, Beschl. v. 5.12.2023 – 2 BvR 1749/20, BeckRS 2023, 36806 Rn. 37.

67 BVerfG, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 1036/08, BVerfGK 15, 225-246 Rn. 64.

nach Art. 5 Abs. 2 GG nicht beschränkbar wären.⁶⁸ Deswegen liegt es im Interesse der Funktionsfähigkeit von Ermittlungs- und präventiven Maßnahmen, nur eine Berücksichtigung der Meinungsfreiheit zu verlangen und keine Eingriffsprüfung. Die geforderte Berücksichtigung kann das Gewicht des direkt vom Eingriff betroffenen Grundrechts verstärken. Dabei ist für Eingriffe gegen Gefährder zu berücksichtigen, dass die verwerteten Meinungsäußerungen immer nur im Zusammenhang verwertet werden und dass es häufig um die Propagierung oder Billigung von Gewalt geht. Solche Meinungsäußerungen verdienen aber ohnehin idR keinen intensiven Schutz. Die Gewichtsverstärkung wird also idR nicht groß sein. Wichtig ist jedenfalls, dass im Rahmen der Gefährderprognose wirklich nur Meinungen verwertet werden, die als Indizien diese Prognose mittragen.

Das Zeitelement: Auch ein jahrelang zurückliegendes Verhalten kann noch für eine Prognose herangezogen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um ein prägendes Verhalten handelte und seitdem kein prägendes „Gegenverhalten“ vorliegt.⁶⁹ Wie stets bei solchen Prognosen kommt es darauf an, wie lange das problematische Verhalten zurückliegt und ob sich in der Zwischenzeit das Verhalten geändert hat; dabei muss diese Verhaltensänderung auch eine Einstellungsänderung indizieren. Darin liegt ein Problem: Man wird nicht erwarten dürfen, dass der ehemalige Sympathisant einer extremen politischen Richtung sich ausdrücklich von dieser distanziert. Das kann für ihn gefährlich sein und hat moralisch auch immer den Geschmack des Verrats. Das Recht sollte aber nicht ein Verhalten fordern, das moralisch anrühig ist. Das kann dazu führen, dass ein ehemaliger Anhänger einer extremen Richtung seit längerer Zeit unauffällig lebt, aber gerade dadurch nicht die Gegenindizien setzt, die seine Einstellungsänderung verdeutlichen. Jedenfalls kann aber erwartet werden, dass der Betroffene keine Kontakte zu ehemaligen Gesinnungsgenossen (oder sogar Tatgenossen) mehr hält. Am besten wäre es, wenn er seine Bereitschaft für Engagement auf ein erkennbar völlig anderes und unpolitisches Feld gelenkt hat. Liegt in einer relativ kurzen Zeit nach einer schwerwiegenden Auffälligkeit nur ein lediglich unauffälliges Verhalten vor, kann die Annahme, dass es sich dabei nur um erste positive Verhaltensansätze handelt, berechtigt sein. Das führt im Ergebnis dazu, dass der Betroffene

68 Kritik an der Siedlungspolitik Israels ist sicher eine erlaubte Meinungsäußerung, darf aber ebenso ein Baustein bei einer Gefährderprognose sein, wenn Entscheidendes hinzutritt.

69 Vgl. BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, Rn. 18.

besondere Anstrengungen unternehmen muss, wenn er nach einer früheren Auffälligkeit eine weitergeführte oder erneute Gefährderprognose widerlegen will. Diese Last ist aber angemessen; im sozialen Leben kann man geänderte Verhaltenserwartung der Gesellschaft nur erhoffen, wenn man dafür etwas getan hat.

Kooperation und Überwachung: Verhält sich der Betroffene unkooperativ, verweigert er zB freiwillige Gespräche, so kann das nur im Zusammenhang mit anderen Indizien zu seinen Lasten gewertet werden. Selbstverständlich darf ein rechtsschutzsuchendes Verhalten ihm nicht angelastet werden, auch wenn die Behörde etwa die Einschaltung eines Rechtsanwaltes als unkooperativ empfindet. Anders liegt es aber, wenn der Betroffene gezielt seine Überwachung behindert, etwa durch Nichtaufladen eines bereits getragenen Fußfesselgerätes. Eine hierin zum Ausdruck kommende „unkooperative Einstellung und ablehnende Haltung des Betroffenen zur effektiven Überwachung des angeordneten Aufenthaltsverbotes“ kann sich nach der Rechtsprechung erheblich zu seinen Lasten auswirken.⁷⁰

In der Praxis wird zT argumentiert, dass in einer Situation bereits durchgeführter Überwachung die Straftatwahrscheinlichkeit erhöht anzusetzen sei, weil man davon ausgehen müsse, dass der Adressat aufgrund der Überwachung ein kooperativeres Verhalten an den Tag lege, als er wirklich wolle. Wie der Adressat eine solche Annahme, die zu seinem Nachteil wirkt, widerlegen soll, ist offen.

Man wird bei der mangelnden Kooperation unterscheiden müssen zwischen der Weigerung, der Behörde die Arbeit zu erleichtern und der Behinderung der Behörde. Nur diese wirkt für sich genommen zu Lasten des Betroffenen.

N. Beurteilungsspielräume bei der Gefährderprognose?

Nach bisher unbestrittener Ansicht ist die Prognose der Polizeibehörde im Antrag an das Amtsgericht voll von diesem überprüfbar; ein Beurteilungsspielraum besteht nicht. Die Rechtsprechung des BGH, dass den Tatsachengerichten bei der Prognose gegenüber dem Rechtsbeschwerdegericht ein Beurteilungsspielraum zukomme,⁷¹ ist auf Niedersachsen nicht

70 AG Coesfeld, Beschl. v. 16.1.2020 – 20 XIV(L) 2/20, juris, Rn. 8.

71 BGH NStZ-RR 2022, 187 (190 f.); BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 3 ZB 5/21, juris, Rn. 20.
Dieser Spielraum ergebe sich gegenüber der Rechtsbeschwerde aus § 74 Abs. 3 Satz 4

anwendbar, da die Rechtsbeschwerde hier unzulässig ist, wie sich aus § 17c Abs. 3 Satz 4 ergibt. Ob die Auffassung des BGH für andere Länder, die die Rechtsbeschwerde zulassen, zutreffend ist, kann angezweifelt werden: Es ist weitestgehend Konsens, dass die polizeirechtlichen Gefahrenbegriffe keinen Beurteilungsspielraum für die Behörden enthalten. Als unbestimmte Rechtsbegriffe sind sie voll nachprüfbar. Dass eine richterliche reine Rechtsinstanz (wie in der Revision oder der Rechtsbeschwerde nach FamFG) Tatsachen idR nicht neu ermittelt oder aufnimmt, überzeugt. Gefahrenbegriffe und damit auch Gefährderbegriffe sind aber Rechtsbegriffe, die lediglich auf Tatsachen beruhen.

O. Prognosegutachten

Ein Prognosegutachten ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich, wenn das Gericht sich ein eigenes Bild vom wahrscheinlichen Verhalten des Betroffenen zu machen vermag.⁷² Die Beurteilung des Sachverhalts auf das künftige Verhalten hin erfordert nicht grundsätzlich eine besondere psychologische Sachkunde, die ein Gericht überfordert. Ob hier auf die Erfahrungen des konkret zuständigen Richters abzustellen ist, ist noch nicht entschieden worden. Bei einem Richter in Strafsachen wird man diese Erfahrung wohl eher annehmen als bei einem Richter, der es bislang dienstlich mit Verhaltensprognosen noch nie zu tun hatte. Auch insoweit ist die geltende Zuständigkeitsregelung zweifelhaft.

P. Verhältnismäßigkeit

Im Verhältnis zur Aufenthaltsvorgabe liegt mit der Fußfessel ein intensiverer Eingriff vor. Daher ist ein strengerer Maßstab anzulegen.⁷³ Das gilt auch für die Anordnung eines Bewegungsbildes im Verhältnis zur EAÜ. Das bedeutet praktisch, dass die richterlichen Beschlüsse für die drei Maßnah-

FamFG iV § 559 Abs. 2 ZPO: „Bei der Bewertung und Gewichtung dieser verschiedenen Aspekte steht den Tatgerichten ein Beurteilungsspielraum zu.“

72 BGH NSTZ-RR 2022, 187 (189).

73 Nds. LT-Drs. 18/850, S. 46: „Da die Eingriffstiefe gegenüber § 17 b durch die elektronische Überwachung erhöht wird, ist an Begründung und Verhältnismäßigkeitsabwägungen ein strengerer Maßstab anzulegen.“

men nicht begründungsidentisch sein dürfen. In der Verhältnismäßigkeit sind mindestens die Intensität des Eingriffs, die bisherige Gesamtdauer des Eingriffs und ggf. besondere persönliche Belastungen einzustellen. Auf der Gegenseite hat die zu verhindernde Straftat immer hohes Gewicht; dies kann je nach Wahrscheinlichkeit der Straftatbegehung noch differenziert werden. Auch kann bei konkretisierter prognostischer Straftat der angerichtete Schaden stark unterschiedlich sein.

Q. Wirksamkeit und schneller Rechtsschutz

Nach § 40 Abs.1 FamFG entfalten Beschlüsse in dieser Verfahrensart grundsätzlich ihre Wirksamkeit mit der Bekanntgabe. An vielen Stellen des FamFG finden sich Sonderregelungen, die die Wirksamkeit auf den Eintritt der formellen Rechtskraft verschieben, zB für das Freiheitsentziehungsverfahren nach §§ 415 ff. FamFG. Das NPOG nimmt keine dieser Sondervorschriften in Bezug. Daher bleibt es bei der allgemeinen Regelung des § 40 FamFG. Es bedarf daher keiner gesonderten Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch das Amtsgericht. Will der Betroffene den Beschluss außer Vollzug setzen lassen, dann besteht dafür nur die Möglichkeit eines Antrags nach § 64 Abs. 3 FamFG an das Beschwerdegericht. Dieses kann über den Antrag auch schon vor einer Entscheidung über die ggf. gleichzeitig eingelegte Beschwerde befinden. Ein Antrag an das Gericht erster Instanz ist nur im Rahmen der Abhilfekompetenz möglich. Der Antrag kann auch noch im Beschwerdeverfahren gestellt werden. Es hat darauf zu achten, dass die Hauptsache nicht vorweggenommen wird. Die Erfolgsaussichten des Antrags sind summarisch und vorläufig zu beurteilen. Die Erfolgsaussichten sind mit den Nachteilen der Aufrechterhaltung des status quo für den Beschwerdeführer abzuwägen. Auch die mit einer Aussetzung der Vollstreckung verbundenen Nachteile für andere Beteiligte sind zu beachten; diese können gerade im Bereich der Gefahrenabwehr erheblich sein.⁷⁴

Hat sich die angefochtene Entscheidung in der Hauptsache erledigt, spricht das Beschwerdegericht auf Antrag aus, dass die Entscheidung des Gerichts des ersten Rechtszugs den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt hat, wenn dieser ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat.

74 Fischer, in: Rauscher (Hrsg.), MüKo FamFG (Fn. 24), FamFG § 64 Rn. 53.

Hat sich die Hauptsache nach Erlass der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts erledigt, ist zwar im Regelfall ein mit der Beschwerde zu verfolgendes Rechtsschutzinteresse des Beteiligten nicht mehr gegeben, weil der Beteiligte nach Erledigung durch die Entscheidung lediglich noch Auskunft über die Rechtslage erhalten kann, ohne dass damit noch eine wirksame Regelung getroffen werden könnte. Im Einzelfall kann trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzziels aber ein Bedürfnis nach einer gerichtlichen Entscheidung fortbestehen, wenn das Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage besonders geschützt ist. In Anbetracht dessen, dass das Amtsgericht nicht bezogen auf den konkreten Sachverhalt entschieden hat, sondern die beantragte Maßnahme, bei welcher es sich um eine häufiger vorkommende polizeiliche Präventivmaßnahme handelt, als generell nicht von der geltend gemachten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage im präventivpolizeilichen Bereich gedeckt erachtet hat, ist eine konkrete Wiederholungsgefahr nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zu bejahen. Es handelt sich nicht ausschließlich um die Klärung einer allgemeinen Rechtsfrage, sondern ein ähnlich gelagerter Antrag steht hinreichend konkret zu erwarten.⁷⁵

75 LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 25.10.2023 – 18 T 5292/23, BeckRS 2023, 30677 Rn. 10.

