

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

Regensburg, 6. 9. 2018

**Antrag auf abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) von  
Vorschriften des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (PAG)**

Namens und im Auftrag der **Abgeordneten des 19. Deutschen Bundestages**

Doris Achelwilm, Grigorios Aggelidis, Gökay Akbulut, Renata Alt, Luise Amtsberg, Kerstin Andrae, Christine Aschenberg-Dugnus, Lisa Badum, Annalena Baerbock, Simone Barrientos, Dr. Dietmar Bartsch, Nicole Bauer, Margarete Bause, Dr. Danyal Bayaz, Canan Bayram, Jens Beeck, Nicola Beer, Lorenz Gösta Beutin, Matthias W. Birkwald, Heidrun Bluhm, Dr. Jens Brandenburg (Rhein-Neckar), Mario Brandenburg, Michel Brandt, Dr. Franziska Brantner, Agnieszka Brugger, Christine Buchholz, Birke Bull-Bischoff, Dr. Marco Buschmann, Karlheinz Busen, Jörg Cezanne, Dr. Anna Christmann, Carl-Julius Cronenberg, Sevim Dagdelen, Britta Katharina Dassler, Dr. Diether Dehm, Ekin Deligöz, Fabio De Masi, Bijan Djir-Sarai, Katja Dörner, Anke Domscheit-Berg, Katharina Dröge, Christian Dürr, Hartmut Ebbing, Harald Ebner, Klaus Ernst, Dr. Marcus Faber, Susanne Ferschl, Daniel Föst, Brigitte Freihold, Otto Fricke, Sylvia Gabelmann, Matthias Gastel, Kai Gehring, Stefan Gelbhaar, Katrin Göring-Eckardt,

Nicole Gohlke, Alexander Graf Lambsdorff, Erhard Grundl, Dr. Gregor Gysi, Thomas Hacker, Heike Hänsel, Dr. André Hahn, Anja Hajduk, Britta Haßelmann, Katrin Helling-Plahr, Markus Herbrand, Torsten Herbst, Katja Hessel, Dr. Gero Clemens Hocker, Manuel Höferlin, Matthias Höhn, Dr. Bettina Hoffmann, Dr. Christoph Hoffmann, Dr. Anton Hofreiter, Ottmar von Holtz, Reinhard Houben, Andrej Hunko, Ulla Ihnen, Olaf in der Beek, Dieter Janecek, Ulla Jelpke, Gyde Jensen, Dr. Christian Jung, Dr. Kirsten Kappert-Gonther, Kerstin Kassner, Uwe Kekeritz, Thomas L. Kemmerich, Dr. Achim Kessler, Katja Keul, Sven-Christian Kindler, Katja Kipping, Karsten Klein, Maria Klein-Schmeink, Dr. Marcel Klinge, Daniela Kluckert, Pascal Kober, Dr. Lukas Köhler, Carina Konrad, Jan Korte, Sylvia Kotting-Uhl, Jutta Krellmann, Oliver Krischer, Wolfgang Kubicki, Chris Kühn, Stephan Kühn, Renate Künast, Konstantin Kuhle, Alexander Kulitz, Markus Kurth, Caren Lay, Monika Lazar, Ulrich Lechte, Sven Lehmann, Sabine Leidig, Steffi Lemke, Ralph Lenkert, Michael Leutert, Stefan Liebich, Christian Lindner, Dr. Tobias Lindner, Michael Georg Link, Dr. Gesine Lötzsich, Oliver Luksic, Thomas Lutze, Till Mansmann, Dr. Jürgen Martens, Pascal Meiser, Christoph Meyer, Irene Mihalic, Cornelia Möhring, Amira Mohamed Ali, Niema Movassat, Alexander Müller, Claudia Müller, Norbert Müller (Potsdam), Roman Müller-Böhm, Beate Müller-Gemmeke, Frank Müller-Rosentritt, Zaklin Nastic, Ingrid Nestle, Dr. Alexander S. Neu, Prof. Dr. ing. Martin Neumann, Thomas Nord, Dr. Konstantin von Notz, Omid Nouripour, Friedrich Ostendorff, Cem Özdemir, Petra Pau, Lisa Paus, Sören Pellmann, Victor Perli, Tobias Pflüger, Filiz Polat, Hagen Reinhold, Ingrid Remmers, Martina Renner, Bernd Reuther, Bernd Riexinger, Tabea Rößner, Claudia Roth, Dr. Manuela Rottmann, Corinna Rüffer, Dr. Stefan Ruppert, Dr. pol. h. c. Thomas Sattelberger, Manuel Sarrazin, Christian Sauter, Frank Schäffler, Ulle Schauws, Dr. Gerhard Schick, Dr. Wieland Schinnenburg, Dr. Frithjof Schmidt, Stefan Schmidt, Eva-Maria Schreiber, Jimmy Schulz, Kordula Schulz-Asche, Matthias Seestern-Pauly, Frank Sitta, Dr. Petra Sitte, Judith Skudelny, Dr. Hermann Otto Solms, Helin Evrim Sommer, Bettina Stark-Watzinger, Kersten Steinke, Dr. Marie-Agnes Strack-Zimmermann, Friedrich Straetmanns, Benjamin Strasser, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Margit Stumpp, Katja Suding, Dr. Kirsten Tackmann, Jessica Tatti, Linda Teuteberg, Michael Theurer, Stephan Thomae, Manfred Todtenhausen, Dr. Florian Toncar, Markus Tressel, Jürgen Trittin, Prof. Dr. Andrew Ullmann, Gerald Ullrich, Alexander Ulrich, Dr. Julia Verlinden, Johannes Vogel (Olpe), Kathrin Vogler, Dr. Sahra Wagenknecht, Andreas Wagner, Daniela Wagner Beate Walter-Rosenheimer, Sandra Weeser, Harald Weinberg, Kat-

rin Werner, Nicole Westig, Katharina Willkomm, Hubertus Zdebel, Pia Zimmermann, Sabine Zimmermann (Zwickau)

**(insgesamt 216 Abgeordnete des Deutschen Bundestages)**

stelle ich gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG den Antrag,

über die sachliche Unvereinbarkeit der nachfolgend näher bezeichneten Vorschriften des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) mit dem Grundgesetz zu entscheiden und diese gemäß § 78 S. 1 BVerfGG für nichtig zu erklären (**abstrakte Normenkontrolle**):

1. Art. 11 Abs. 3 PAG,
2. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG,
3. Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG („einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“),
4. Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG („einer drohenden Gefahr“)
5. Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 S. 1 PAG („einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“), auch im Zusammenhang mit Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG („dies unerlässlich ist, um Maßnahmen nach Art. 16 durchzusetzen“),
6. Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG,
7. Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG,
8. Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG („einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“),
9. Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG
10. Art. 33 Abs. 2 Nr. 1 b) PAG

11. Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG („einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“), auch im Zusammenhang mit Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG („einer Anordnung nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 nicht Folge geleistet wird“),
12. Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG („eine drohende Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“),
13. Art. 36 Abs. 2 PAG („einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“),
14. Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG,
15. Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG („drohende Gefahr“; „einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 oder 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“),
16. Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG („einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 bedeutendes Rechtsgut“) und
17. Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG („einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“)

Die erforderlichen Vollmachten (§ 22 Abs. 2 BVerfGG) liegen als **Anlage 1** bei.

## **Anlagen**

Anlage 1: Prozessvollmachten

Anlage 2: Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen, GVBl. 13/2017, S. 388

Anlage 3: Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen v. 4. 4. 2017, LT-Drucks. 17/16299

Anlage 4: Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz), GVBl. 9/2018, S. 301

Anlage 5: Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz), LT-Drucks. 17/20425

## Begründung

Die zur Normenkontrolle gestellten Bestimmungen des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes verstoßen gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 3, Art. 10 Abs. 1 und 2 S. 1, Art. 11 Abs. 1 und 2, Art. 13 Abs. 1 und 4, Art. 14 Abs. 1 und 2, Art. 20 Abs. 3 sowie Art. 104 GG. Sie verlagern die rechtsstaatlich determinierten Eingriffsschwellen verfassungswidrig in das Gefahrenvorfeld, und dies nicht nur – wie es das Bundesverfassungsgericht ausnahmsweise zulässt – zur Bekämpfung terroristischer Straftaten, sondern insgesamt für fast alle polizeilichen Befugnisse, also den Alltag der operativen Polizeiarbeit. Die Konturen des rechtsstaatlich eingehegten Polizeirechts, für das konkretisierte Gefahrenprognosen und personale Zuordnungen von Verantwortlichkeit unverzichtbar sind, werden durch einen diffusen neuen Gefahrenbegriff („drohende Gefahr“) und die Ausweitung des zulässigen Instrumentariums auf Unbeteiligte aufgelöst. Mit diesem Paradigmenwechsel, der im Landes- und Bundespolizeirecht ohne Vorbild ist, durchbrechen die zur Normenkontrolle gestellten Bestimmungen die funktionale Entflechtung und grundsätzliche informationelle Trennung zwischen dem den Nachrichtendiensten vorbehaltenen Gefahrenvorfeld und der polizeilichen Gefahrenabwehr. Es entsteht eine Polizei, in der sich nachrichtendienstliche mit operativen polizeilichen Befugnisse verbinden, die zudem massiv ausgeweitet worden sind. Eine solche Konzentration von informationellen und aktionellen Eingriffsbefugnissen in einer Behörde hat es in der Bundesrepublik Deutschland noch nicht gegeben.

Zur näheren Begründung werden in Teil 1 zunächst jeweils Struktur und Inhalt der angegriffenen Bestimmungen erläutert. Teil 2 enthält Ausführungen zur Zulässigkeit des Antrags nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V. m. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG. In Teil 3 wird begründet, dass die angegriffenen Vorschriften die vorstehend benannten Bestimmungen des Grundgesetzes verletzen und daher für nichtig zu erklären sind.

Im Einzelnen gliedert sich der nachfolgende Antrag wie folgt:

## Gliederung

<b>Teil 1: Struktur und Inhalt der angegriffenen Vorschriften</b> .....	<b>11</b>
A. Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen.....	11
I. Die Generalklausel für Vorfeldmaßnahmen bei „drohender Gefahr“, Art. 11 Abs. 3 PAG.....	11
II. Inkorporation von Art. 11 Abs. 3 PAG in Spezialbefugnisnormen.....	13
1. Vollständige Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG.....	13
a) Identitätsfeststellung, Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG.....	14
b) Erkennungsdienstliche Maßnahmen, Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG.....	14
c) Platzverweis, Kontaktverbot und Aufenthaltsanordnung, Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 S. 1 PAG.....	15
d) Durchsuchung von Personen, Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG.....	15
2. Partielle Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG: Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG a. F./Art.34 Abs. 1 S. 1 PAG n. F.....	16
III. Dauer des Gewahrsams.....	17
B. Das Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz).....	17
I. Vollständige Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG.....	18
1. Sicherstellung, Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG.....	18
2. Offene Bild- und Tonaufnahmen von Personen, Art. 33 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG.....	18
3. Längerfristige Observation und verdeckter Einsatz technischer Mittel, Art. 36 Abs. 2 PAG.....	19
4. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG.....	20
5. Übermittlung von personenbezogenen Daten durch die Verfassungsschutz- behörden des Bundes oder der Länder, den Bundesnachrichtendienst und den Militärischen Abschirmdienst, Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG.....	21
II. Partielle Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG.....	21
1. Vorführung, Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG.....	22
2. Postsicherstellung, Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG.....	22

3. Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG.....	23
4. Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme, Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG.....	24
III. Datenerhebung durch molekulargenetische Untersuchungen, Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG.....	24
<b>Teil 2: Zulässigkeit des Antrags nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.....</b>	<b>26</b>
A. Antragsberechtigung.....	26
B. Antragsgegenstand.....	26
C. Antragsgrund.....	26
<b>Teil 3: Begründetheit des Antrags nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.....</b>	<b>27</b>
A. Art. 11 Abs. 3 PAG.....	27
I. Verfassungsrechtliche Maßstäbe.....	27
II. Die rechtsstaatlich geformten Strukturen des traditionellen Gefahrenabwehrrechts.....	28
III. Das Gefahrenvorfeld.....	33
1. Rechtsstaatliche Vorgaben für Vorfeldbefugnisse.....	34
a) Normenklarheit und Bestimmtheit.....	35
b) Verhältnismäßigkeit.....	38
aa) Angemessenes Verhältnis zwischen dem Gewicht des zu schützenden Rechtsguts und der Eingreifschwelle.....	39
bb) „Eine Geheimpolizei ist nicht vorgesehen“: Informationelle Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten.....	42
cc) Kompensatorische Maßnahmen.....	44
2. Verfassungswidrigkeit von Art. 11 Abs. 3 PAG.....	45
a) Die „drohende Gefahr“.....	45
aa) Wortlaut.....	46
bb) Gesetzesbegründung.....	48
(1) Unzutreffende Bezugnahme auf das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.....	49



(2) Die rechtsdogmatische „Ortlosigkeit“ der drohenden Gefahr.....	51
(a) Verhältnis zur abstrakten Gefahr.....	52
(b) Verhältnis zur konkreten Gefahr.....	52
(c) Verhältnis zum Gefahrenverdacht.....	54
cc) Fazit.....	55
b) Bedeutende Rechtsgüter.....	56
aa) Zu weitgehender Rechtsgüterschutz im Gefahrenvorfeld.....	56
(1) Bundesverfassungsgericht: Begrenzung der Vorfeldmaßnahmen auf die Abwehr terroristischer Gefahren.....	56
(2) Bayerisches PAG: Vorfeldbefugnisse als Regelfall.....	59
(a) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 PAG („der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“) und Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG („Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“)	59
(b) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG („Leben, Gesundheit oder Freiheit“)	59
(c) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 PAG („die sexuelle Selbstbestimmung“)	60
(d) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG („erhebliche Eigentumspositionen“)	61
bb) Informationelle Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten.....	61
c) Verantwortlichkeit.....	63
IV. Zusammenfassung.....	65
B. Spezialbefugnisnormen, die Art. 11 Abs. 3 PAG inkorporieren.....	66
I. Vollständige Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG.....	66
1. Identitätsfeststellung, Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG.....	66
2. Erkennungsdienstliche Maßnahmen, Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG.....	69
3. Platzverweis, Kontaktverbot und Aufenthaltsanordnung, Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 S. 1 PAG.....	70
4. Durchsuchung von Personen, Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG.....	72

5. Sicherstellung, Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG.....	73
6. Offene Bild- und Tonaufnahmen von Personen, Art. 33 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG.....	74
7. Längerfristige Observation und verdeckter Einsatz technischer Mittel, Art. 36 Abs. 2 PAG.....	76
8. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG.....	78
9. Übermittlung von personenbezogenen Daten durch die Verfassungsschutz- behörden des Bundes oder der Länder, den Bundesnachrichtendienst und den Militärischen Abschirmdienst, Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG.....	79
II. Partielle Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG.....	81
1. Vorführung, Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG.....	81
2. Elektronische Aufenthaltsüberwachung, Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG.....	82
3. Postsicherstellung, Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG.....	84
4. Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG.....	86
5. Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme, Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG.....	88
C. Weitere zur Normenkontrolle gestellte Normen.....	91
I. Dauer des Gewahrsams, Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG	
1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Ingewahrsamnahme zur Gefahrenabwehr.....	91
a) Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts.....	91
b) Unzulässigkeit des Präventivgewahrsams bei „drohender Gefahr“.....	93
2. Unverhältnismäßigkeit von Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG.....	94
II. Datenerhebung durch molekulargenetische Untersuchungen, Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG.....	98

## Teil 1: Struktur und Inhalt der angegriffenen Vorschriften

Die hier zur Normenkontrolle gestellten Vorschriften sind durch zwei Änderungsgesetze aus den Jahren 2017 und 2018 in das Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) eingefügt worden:

### A. Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen

Im Zentrum des Normenkontrollantrags steht der durch das „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“<sup>1</sup> (**Anlage 2**) vom 24. 7. 2017 eingeführte und am 1. 8. 2017 in Kraft getretene Art. 11 Abs. 3 PAG. Dieser normiert eine neue, bereits bei *drohender Gefahr* ausgelöste Befugnisgeneralklausel (dazu nachfolgend I.), deren Tatbestandsvoraussetzungen durch Verweisung in einzelnen Spezialbefugnisnormen ganz oder teilweise aufgegriffen werden (II.). Die einschlägige Gesetzesbegründung<sup>2</sup> ist als **Anlage 3** beigefügt. Die spätere Gesetzgebung hat diese Funktion von Art. 11 Abs. 3 PAG als Bezugsnorm von Verweisungen massiv ausgeweitet<sup>3</sup> und damit das Gefahrenvorfeld großflächig für die operative Polizeiarbeit geöffnet. Darüber hinaus wird Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG zur Normenkontrolle gestellt, weil das „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ die zeitlichen Grenzen für die Ingewahrsamnahme aufgehoben hat (III.):

#### I. Die Generalklausel für Vorfeldmaßnahmen bei „drohender Gefahr“, Art. 11 Abs. 3 PAG

In seiner seit dem 25. 5. 2018 gültigen Fassung lautet Art. 11 PAG wie folgt (sein zur Normenkontrolle gestellter Absatz 3 ist nachfolgend hervorgehoben):

#### **Art. 11 Allgemeine Befugnisse**

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

(2) Eine Maßnahme im Sinn des Absatzes 1 kann die Polizei insbesondere dann treffen, wenn sie notwendig ist, um

1. Straftaten, Ordnungswidrigkeiten oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden,
2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen oder

<sup>1</sup> GVBl. 13/2017, S. 388.

<sup>2</sup> LT-Drucks. 17/16299.

<sup>3</sup> Dazu unten B.

3. Gefahren abzuwehren oder Zustände zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit der Person oder die Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen.

Straftaten im Sinn dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen. Ordnungswidrigkeiten im Sinn dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen. Verfassungsfeindlich im Sinn des Satzes 1 Nr. 1 ist eine Handlung, die darauf gerichtet ist, die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder auf verfassungswidrige Weise zu stören oder zu ändern, ohne eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu verwirklichen.

*(3) Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall*

- 1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder*
- 2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,*

*wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. Bedeutende Rechtsgüter sind:*

- 1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,*
- 2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,*
- 3. die sexuelle Selbstbestimmung,*
- 4. erhebliche Eigentumspositionen oder*
- 5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.*

*(4) Zur Erfüllung der Aufgaben, die der Polizei durch andere Rechtsvorschriften zugewiesen sind (Art. 2 Abs. 4), hat sie die dort vorgesehenen Befugnisse. Soweit solche Rechtsvorschriften Befugnisse der Polizei nicht regeln, hat sie die Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen.*

Der bayerische Landesgesetzgeber betritt mit Art. 11 Abs. 3 PAG, was auch Befürworter der Neuregelung sehen,<sup>4</sup> Neuland. Neben die in allen Polizeigesetzen vorgesehene polizeiliche Generalklausel, die die Polizei zur Abwehr *konkreter Gefahren* ermächtigt (in Bayern in Art. 11 Abs. 1 und 2 PAG), tritt eine zweite, davon unabhängige Generalklausel („unbeschadet

<sup>4</sup> *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl. 2018, 156 (161, 163).

der Abs. 1 und 2“), die einen dem Bundes- und Landespolizeirecht zuvor unbekanntem neuen Gefahrbegriff einführt: die drohende Gefahr. Art. 11 Abs. 3 PAG ist aber nicht nur eine weitere Generalklausel für polizeiliches Einschreiten, sondern er fungiert auch, anders als die traditionelle Generalklausel, als Referenznorm für diverse Spezialbefugnisnormen.<sup>5</sup> Mit dieser Regelungstechnik einer zweiten Generalklausel macht der bayerische Landesgesetzgeber deutlich, dass der Tatbestand der „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ flächendeckend im bayerischen Polizeirecht etabliert werden soll.

## **II. Inkorporation von Art. 11 Abs. 3 PAG in Spezialbefugnisnormen**

Bereits das „Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen“ hat den Tatbestand der „drohenden Gefahr“ auf diverse Spezialbefugnisnormen ausgedehnt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Vorschriften, die den Tatbestand des Art. 11 Abs. 3 PAG ohne weitere Ausdifferenzierung vollständig übernehmen (1.) und solchen, die den Kreis der in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG genannten Rechtsgüter, denen eine Gefahr drohen muss, einschränkt (2.). Zu beachten ist dabei, dass der Tatbestand der „drohenden Gefahr“ nicht nur für diejenigen Spezialbefugnisnormen relevant sein kann, in denen er explizit aufgeführt ist, sondern auch für diejenigen Ermächtigungsgrundlagen, die – ohne diesen Tatbestand selbst zu verwenden – die Befugnis begründen, Maßnahmen vorzubereiten oder durchzusetzen, die eine „drohende Gefahr“ voraussetzen. Diese Tatbestände sind – nur isoliert betrachtet – verfassungsgemäß. Sie vertiefen aber den Grundrechtseingriff, der durch den Tatbestand der „drohenden Gefahr“ ermöglicht wird. Denn die Schutzgüter und Gefahrbegriffe dieser hier als *Sekundärmaßnahmen* bezeichneten Eingriffe sind die gleichen wie bei den Maßnahmen, deren Vorbereitung und Durchsetzung sie dienen.

### **1. Vollständige Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG**

Der Tatbestand der Vorfeld-Befugnisgeneralklausel wird in den folgenden Vorschriften vollständig inkorporiert, d. h. unter Übernahme aller nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG schützenswerten Rechtsgüter.

---

<sup>5</sup> Zu diesen nachfolgend II.

### **a) Identitätsfeststellung, Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG**

Gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 a) PAG ist eine Identitätsfeststellung zur Abwehr einer Gefahr zulässig; bei dieser Gefahr muss es sich nach allgemeiner Ansicht um eine konkrete Gefahr handeln.<sup>6</sup> Der neu eingeführte und zur Normenkontrolle gestellte Art. 13 Abs. 1 Nr. b) PAG lässt die Identitätsfeststellung aber nunmehr auch bei einer „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zu. Das sind alle in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG genannten Rechtsgüter.

Folgende *Sekundärmaßnahmen* knüpfen an Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG an:

- Zulässig sind nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 PAG erkennungsdienstliche Maßnahmen, wenn eine nach Art. 13 zulässige Identitätsfeststellung auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist.
- Gemäß Art. 39 Abs. 1 S. 1 PAG kann die Polizei auch im Falle des Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG durch den verdeckten Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme bei Vorliegen entsprechender Lageerkenntnisse Kennzeichen von Kraftfahrzeugen sowie Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung erfassen.

### **b) Erkennungsdienstliche Maßnahmen, Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG**

Die Polizei konnte vor der Änderung im „Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen“ erkennungsdienstliche Maßnahmen u. a. zur Abwehr einer konkreten Gefahr vornehmen (Art. 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 PAG<sup>7</sup>). Dies ist nunmehr auch zur Abwehr „einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ möglich.

Erkennungsdienstliche Maßnahmen sind nach Art. 14 Abs. 2 PAG<sup>8</sup> insbesondere die Abnahme von Finger- und Handflächenabdrucken, die Aufnahme von Lichtbildern, die Feststellung äußerer körperlicher Merkmale und Messungen. Die Entnahme von Körperzellen zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters (Art. 14 Abs. 3 PAG) als zulässige erkennungsdienstliche Maßnahme ist erst durch das am 25. 5. 2018 in Kraft getretene „Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz)“<sup>9</sup> eingefügt worden; sie ist nur zur „Abwehr einer Gefahr“ und damit nicht schon bei „drohender Gefahr“ zulässig.

<sup>6</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 13 Rn. 36.

<sup>7</sup> Bis zur am 25. 5. 2018 wirksam gewordenen Gesetzesänderung Art. 14 Abs. 3 PAG.

<sup>8</sup> Bis zur am 25. 5. 2018 wirksam gewordenen Gesetzesänderung Art. 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PAG.

<sup>9</sup> Dazu B.

**c) Platzverweis, Kontaktverbot und Aufenthaltsanordnung, Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 S. 1 PAG**

Art. 16 PAG regelte bislang nur den Platzverweis, der u. a. zur Abwehr einer konkreten Gefahr<sup>10</sup> zulässig war (Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG). Durch die Neuregelung sind nunmehr das Kontaktverbot (Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG) und die Aufenthaltsanordnung hinzugetreten, die als Aufenthaltsverbot (Nr. 2 a)) oder als Aufenthaltsgebot (Nr. 2 b)) ergehen kann. Das „Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz)“<sup>11</sup> hat dem in Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG noch die Meldeanordnung hinzugefügt, die aber nur unter den in Nr. 1 genannten Voraussetzungen und daher nicht bei der unter Nr. 2 genannten „drohenden Gefahr“ ergehen darf.

Ebenso wie der Platzverweis (Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG) sind auch das Kontaktverbot und die Aufenthaltsanordnung nicht nur bei einer konkreten Gefahr, sondern auch bei einer „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ (Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG) möglich.

Als *Sekundärmaßnahme* ist eine Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG zulässig, um Maßnahmen nach Art. 16 PAG durchzusetzen.

**d) Durchsuchung von Personen, Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG**

Die Durchsuchung von Personen war nach Art. 21 PAG bislang in zwei Fallgruppen zulässig: Eine konkrete Gefahr ist erforderlich, wenn die zu durchsuchende Personen Sachen mit sich führt, die sichergestellt werden können (Nr. 1) oder wenn sie selbst gefährdet ist (Nr. 2). Eine abstrakte Gefahr ist hingegen gefordert in den Fällen der Nr. 4 und Nr. 5; hier ergibt sich die Pflichtigkeit aus dem Aufenthalt an einem gefährlichen Ort oder an einem gefährdeten Objekt.<sup>12</sup>

Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG führt auch hier einen dritten Gefahrentypus ein, indem er eine Durchsuchung von Personen zulässt, wenn eine „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ vorliegt.

---

<sup>10</sup> Zu deren Erforderlichkeit auch hier *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 15 Rn. 14.

<sup>11</sup> Dazu unten B.

<sup>12</sup> *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 17 Rn. 9.

## **2. Partielle Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG: Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG a. F./Art.34 Abs. 1 S. 1 PAG n. F.**

Einzelne Spezialbefugnisnormen lassen nicht allgemein eine „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ als Eingriffsvoraussetzung zu, sondern nur den Schutz einzelner, der in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG aufgeführten Rechtsgüter vor drohenden Gefahren.

Im „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ handelt es sich nur um einen Tatbestand: Die zunächst in Art. 32a und nunmehr in Art. 34 PAG geregelte elektronische Aufenthaltsüberwachung ist nicht nur, wie bislang, zur Abwehr einer konkreten Gefahr, sondern nach Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG nunmehr auch einer „drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG genanntes Rechtsgut“ zulässig. Ausgenommen von den schützenswerten Rechtsgütern sind aufgrund des „nicht unerheblichen Eingriffs“<sup>13</sup> insoweit also die „erheblichen Eigentumspositionen“ (Nr. 4).

Folgende *Sekundärmaßnahmen* sind zulässig:

- Nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG ist eine Ingewahrsamnahme zulässig, wenn einer Anordnung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung nicht Folge geleistet wird. Für den Gewahrsam ist daher der Gefahrbegriff maßgebend, der für die elektronische Aufenthaltsüberwachung gilt, d. h. auch für den Gewahrsam kann in diesen Fällen eine drohende Gefahr hinreichend sein.<sup>14</sup>
- Nach Art. 15 Abs. 1 Nr. 2 PAG ist eine Vorladung schon möglich, wenn das zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen oder einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung erforderlich ist. Die Vorladung ist damit ggfs. bereits bei einer „drohenden Gefahr“ i. S. v. Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG zulässig.

Das am 25. 5. 2018 in Kraft getretene „Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz)“ hat diese Technik der partiellen Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG auf diverse weitere Spezialbefugnisnormen ausgeweitet.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> So LT-Drucks. 17/16299, S. 14.

<sup>14</sup> Vgl. für Art. 17 PAG *Löffelmann*, Die Zukunft der deutschen Sicherheitsarchitektur – Vorbild Bayern?, GSZ 2018, 85 (88); tendenziell anders wohl *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 17 [2018] Rn. 76b.

<sup>15</sup> Dazu unten B. I. und II.



### III. Dauer des Gewahrsams, Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG

Das „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ hat die Obergrenze für die richterlich festzusetzende Höchstdauer des Gewahrsams von 14 Tagen auf drei Monate erhöht und erlaubt zugleich, dass sie jeweils um drei Monate verlängert werden darf, Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG. Eine absolute Höchstdauer des Gewahrsams gibt es damit anders als im alten Recht nicht mehr.

Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG unterscheidet sich von den bislang aufgeführten Bestimmungen dadurch, dass seine Verfassungswidrigkeit nicht aus der Verwendung des Gefahrbegriffs, sondern aus der Unverhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung folgt.

#### B. Das Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz)

Nur knapp 10 Monate nach Inkrafttreten des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ ist am 25. 5. 2018 das als **Anlage 4** beigefügte „Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz)“<sup>16</sup> in Kraft getreten. Der Gesetzentwurf der Staatsregierung (**Anlage 5**) nennt drei Gründe für die Notwendigkeit einer Neuregelung. Die beiden zuerst genannten Anlässe für die neuerliche Reform – die Notwendigkeit, die RL 2016/680/EU vom 27. 4. 2016 in nationales Recht umzusetzen und das am 20. 4. 2016 ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz<sup>17</sup> – bestanden freilich schon über ein Jahr vor Inkrafttreten des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ und wurden in dem betreffenden Gesetzentwurf sogar schon zitiert.<sup>18</sup> Für die nachfolgend aufgeführten, zur Normenkontrolle gestellten Vorschriften trägt daher vor allem die dritte Begründung: „Zudem bedarf es einer weiteren, dem Stand der Technik entsprechenden Ergänzung und noch effektiveren Ausgestaltung wichtiger polizeilicher Befugnisnormen.“<sup>19</sup> Das Gesetz schafft diesem Anliegen entsprechend daher nicht nur eine Fülle neuer, im Vergleich mit anderen Landespolizeigesetzen einzigartiger Eingriffsermächtigungen, sondern etabliert auch den Tatbestand der „drohenden Gefahr“ flächendeckend in praktisch allen Spezialbefugnisnormen. Im Folgenden wird wiederum danach differenziert, ob der Tatbestand des Art. 11 Abs. 3 PAG vollständig (I.) oder, im Hinblick auf die zu schützenden Rechtsgüter, nur partiell (II.) inkorporiert wird. In einem letzten Abschnitt wird mit

---

<sup>16</sup> GVBl. 9/2017, S. 301.

<sup>17</sup> BVerfGE 141, 220.

<sup>18</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 1.

<sup>19</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 1.

Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG wiederum eine Norm aufgeführt, deren Verfassungswidrigkeit nicht aus der Verwendung des Tatbestands der „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ folgt, sondern aus der Unangemessenheit des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte (III.).

## **I. Vollständige Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG**

Folgende Spezialbefugnisnormen verweisen durch die Wendung „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ vollumfänglich auf die Rechtsgüter i. S. v. Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG:

### **1. Sicherstellung, Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG**

Nach Art. 25 Nr. 1 PAG a. F. war bislang eine gegenwärtige Gefahr für ein nicht näher bezeichnetes Rechtsgut erforderlich, um eine Sicherstellung vorzunehmen. Erforderlich war nach allgemeiner Ansicht eine konkrete Gefahr, für die durch die Qualifikation als „gegenwärtig“ lediglich eine besondere zeitliche Nähe gefordert war.<sup>20</sup> Diese Regelung bleibt bestehen (nunmehr in Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 a) PAG), wird aber durch den Tatbestand einer „Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ (Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG) ergänzt.

Zugleich ist die Vorschrift um zwei Absätze erweitert worden: Jeweils unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 (also auch bei „drohender Gefahr“) ermöglicht Art. 25 Abs. 2 PAG die Sicherstellung von sog. Buchgeld<sup>21</sup> und erlaubt es Art. 25 Abs. 3 S. 1 PAG, Daten sicherzustellen und erforderlichenfalls den weiteren Zugriff auf diese auszuschließen, wenn andernfalls die Abwehr der Gefahr, der Schutz vor Verlust oder die Verhinderung der Verwendung aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

### **2. Offene Bild- und Tonaufnahmen von Personen, Art. 33 Abs. 2 Nr. 1 b) PAG**

Art. 33 PAG ist in zwei Schritten grundlegend neugefasst worden:

Die Vorschrift sah vor den beiden Reformgesetzen, seinerzeit noch als Art. 32 PAG, mehrere zulässige Anlässe für offene Bild- und Tonaufnahmen von Personen vor: bei öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen (nicht Versammlungen, vgl. Art. 33 Abs. 9 PAG) nach Maßgabe von Abs. 1 und nach Abs. 2 bei bestimmten konkreten (Nr. 1) oder abstrakten Gefahren (Nr. 2). Das „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ hat als

<sup>20</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 18 Rn. 8.

<sup>21</sup> Hintergrund ist VGH München, NVwZ-RR 2016, 779 (780ff.), vgl. auch LT-Drucks. 17/20425, S. 45.

weiteren Befugnistatbestand eine „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ (Art. 33 Abs. 2 Nr. 1 b) PAG hinzugefügt.

Das „Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungs-gesetz)“ hat dann den Kreis der zulässigen Bild- und Tonaufnahmen ausgeweitet und eröffnet neue Möglichkeiten der Aufnahmetechnik.<sup>22</sup> Dazu zählen neben sog. Bodycams, die dem Schutz von Polizeibeamten bei Einsätzen dienen (Art. 33 Abs. 4 PAG), auch Systeme zur automatischen Erkennung und Auswertung von Mustern (Art. 33 Abs. 5 PAG) und nach Art. 47 Abs. 4 PAG auch unbemannte Luftfahrtsysteme (Drohnen).

### **3. Längerfristige Observation und verdeckter Einsatz technischer Mittel, Art. 36 Abs. 2 PAG**

Art. 36 Abs. 1 PAG regelt zwei Maßnahmen verdeckter Datenerhebung: die längerfristige Observation (Nr. 1) und den verdeckten Einsatz technischer Mittel (Nr. 2). Letzterer ist zulässig zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen außerhalb von Wohnungen, auch unter Verwendung von Systemen zur automatischen Erkennung und Auswertung von Mustern im Sinn von Art. 33 Abs. 5 und zum automatischen Datenabgleich (a)), zur Feststellung des Standortes oder der Bewegungen einer Person oder einer beweglichen Sache (b)) und zum Abhören oder zur Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes (c)). Die verdeckte Datenerhebung kann ferner erfolgen durch Verdeckte Ermittler (Art. 37 PAG), durch Vertrauenspersonen (Art. 38 PAG) und durch Drohnen (Art. 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG).

Die längerfristige Observation war nach altem Recht materiell-rechtlich zulässig, wenn die Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe auf andere Weise gefährdet oder erheblich erschwert würde (Art. 33 Abs. 2 S. 1 PAG a. F.). Für den verdeckten Einsatz technischer Mittel galten hingegen strengere Anforderungen, die durch die Neufassung erheblich abgeschwächt werden: Die für eine Gefahr Verantwortlichen sowie Nichtverantwortliche i. S. v. Art. 10 PAG konnten nur in Anspruch genommen werden, wenn dies erforderlich war zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erschien (Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 PAG a. F.), erforderlich war eine konkrete Ge-

---

<sup>22</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 51-53.

fahr. Kontakt- oder Begleitpersonen konnten nur in Anspruch genommen werden, soweit Straftaten von erheblicher Bedeutung drohten (Art. 33 Abs. 3 Nr. 2 PAG a. F.).

Art. 36 Abs. 2 PAG vereinheitlicht nunmehr die Anforderungen an die längerfristige Observation, senkt damit aber die Voraussetzungen für den verdeckten Einsatz technischer Mittel wesentlich herab: Erforderlich ist nunmehr nur noch das Vorliegen „einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr“, und dies auch „nur“ noch für ein bedeutendes Rechtsgut, also anders als bislang auch für die Rechtsgüter der sexuellen Selbstbestimmung und der besonderen Eigentumspositionen i. S. v. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 und 4 PAG. Unter diesen erleichterten Voraussetzungen können auch Kontakt- und Begleitpersonen (Nr. 2) und sogar Nichtverantwortliche i. S. v. Art. 10 PAG (Nr. 3) in Anspruch genommen werden. Der Einsatz technischer Mittel erfolgt in den Fällen des Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 a) und c) PAG außerhalb von Wohnungen; die Feststellung des Standorts oder der Bewegung einer Person oder einer beweglichen Sache (Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 b) PAG) ist aber auch in Wohnungen möglich. Deshalb gelten insoweit nach Art. 36 Abs. 3 S. 2 PAG die die Wohnung besonders schützenden Art. 34 Abs. 2 S. 2 und 3 und Abs. 3 S. 3 PAG entsprechend, soweit der verdeckte Einsatz technischer Mittel nicht ausschließlich zum Schutz der bei einem polizeilichen Einsatz tätigen Personen erfolgt.

#### **4. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG**

Die Ermächtigung zur polizeilichen Beobachtung war zuvor in Art. 36 PAG a. F. geregelt. Art. 40 Abs. 1 PAG erweitert diesen Tatbestand zunächst insoweit, als Personen nunmehr auch zur gezielten Kontrolle ausgeschrieben werden können. Polizeiliche Beobachtung und die mittlerweile auch in einigen anderen Bundesländern geregelte gezielte Kontrolle sind ausweislich der Gesetzesbegründung wie folgt zu unterscheiden:

„Die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung dient lediglich dem Zweck, polizeiliche Zufallserkenntnisse über das Antreffen einer bestimmten ausgeschriebenen Person zusammenzuführen und an die ausschreibende Dienststelle zu übermitteln, um dort insbesondere punktuell die Reisewege der Person sowie Zusammenhänge und Querverbindungen nachvollziehen zu können. Demgegenüber dient die Ausschreibemöglichkeit zur gezielte[n] Kontrolle darüber hinausgehend dem Zweck, Ausschreibungen mit der Intention zu veranlassen, dass bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen weitergehende polizeiliche Maßnahmen der Identitätsfeststellungen nach Art. 13 sowie der Personen- und Sachdurchsuchung nach den Art. 21 f. durch die kontrollierende Polizeidienststelle getroffen und auch die aus diesen Maßnahmen erlangten Erkenntnisse der ausschreibenden Dienststelle mitgeteilt werden. Hierdurch wird die Möglichkeit geschaffen, wichtige Informationen, wie z. B. schriftliche Unter-

lagen über Personenzusammenhänge und den Organisationsgrad extremistischer oder terroristischer Gruppierungen, potentielle Anschlagziele, Anschlagsvorbereitungen oder illegale Finanztransaktionen erheben zu können sowie in der offenen Ermittlungsphase den Druck zu erhöhen, potentielle Gefährder zu verunsichern und hierdurch ggf. von ihrem beabsichtigten Tun abzubringen.“<sup>23</sup>

Die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung wie zur gezielten Kontrolle ist nunmehr nach Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG schon bei Personen zulässig, die für eine „drohende Gefahr für bedeutende Rechtsgüter“ verantwortlich sind. Auch Kontaktpersonen dürfen nach Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 PAG ausgeschrieben werden, wenn sie „mit der Gefahrenlage im Zusammenhang“ stehen.

#### **5. Übermittlung von personenbezogenen Daten durch die Verfassungsschutzbehörden des Bundes oder der Länder, den Bundesnachrichtendienst und den Militärischen Abschirmdienst, Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG**

Art. 60 PAG regelt den zulässigen Datenempfang durch die Polizei. Sein gegenüber der Vorgängerbestimmung Art. 42 PAG a. F. neu gefasster Abs. 3 betrifft speziell das Verhältnis zu den Nachrichtendiensten. Danach kann die Polizei die Verfassungsschutzbehörden des Bundes oder der Länder, den Bundesnachrichtendienst und den Militärischen Abschirmdienst um Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobener personenbezogener Daten zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut (Nr. 1) ersuchen oder wenn die Informationen auch mit eigenen Befugnissen in gleicher Weise hätten erhoben werden können (Nr. 2).

Zur Normenkontrolle wird nur Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG gestellt, soweit dieser den Datentransfer bereits bei einer „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zulässt.

#### **II. Partielle Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG**

Folgende Spezialbefugnisnormen sehen nicht allgemein eine „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ als Eingriffsvoraussetzung vor, sondern nur den Schutz einzelner der in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG aufgeführten Rechtsgüter vor drohenden Gefahren.

---

<sup>23</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 58f.

## **1. Vorführung, Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG**

Schon bislang konnte eine Vorladung i. S. v. Art. 15 Abs. 1 Nr. 1 PAG (Personen, die sachdienliche Angaben zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben machen können) gemäß Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG durch eine Vorführung zwangsweise durchgesetzt werden, wenn die Angaben zur Abwehr einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich sind.

Nunmehr wird Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG durch den Tatbestand der „drohenden Gefahr“ ergänzt. Die Schutzgüter bleiben aber unverändert, so dass der Katalog der „bedeutenden Rechtsgüter“ in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG insoweit keine Anwendung findet.<sup>24</sup>

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die Vorladung auch als Vorbereitungsmaßnahme fungieren kann. Weil sie nach Art. 15 Abs. 1 Nr. 2 PAG auch zur Durchsetzung erkennungsdienstlicher Maßnahmen oder einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung zulässig ist und dieser eine drohende Gefahr für alle in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG genannten Rechtsgüter mit Ausnahme der „erheblichen Eigentumspositionen“ (Nr. 4) zulässt, ist insoweit auch die Vorladung und nicht erst die Vorführung bei „drohender Gefahr“ statthaft.<sup>25</sup>

## **2. Postsicherstellung, Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG**

Gemäß dem neu eingeführten, im Landespolizeirecht bislang solitären Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG kann die Polizei ohne Wissen des Betroffenen Postsendungen sicherstellen, wenn sich diese im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken (Postdienstleister), und von einer Person versandt wurden oder an eine Person gerichtet sind, die für eine Gefahr oder eine drohende Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder Nr. 5 PAG (also ohne „sexuelle Selbstbestimmung“ und „erhebliche Eigentumspositionen“) genanntes bedeutendes Rechtsgut verantwortlich ist. Zudem muss die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder erheblich erschwert sein.

Art. 35 Abs. 2 PAG enthält einen in Abs. 3 näher ausbuchstabierten Richtervorbehalt.

---

<sup>24</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 42.

<sup>25</sup> Vgl. oben A. II. 2.

### 3. Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG

Für Eingriffe in den Telekommunikationsbereich war bislang Art. 34a PAG a. F. einschlägig, der für alle Datenerhebungen aus der Telekommunikation eine konkrete Gefahr gefordert hatte. Für folgende zur Normenkontrolle gestellte Maßnahmen ist nunmehr eine „drohende Gefahr“ eine maßgebliche Eingreifschwelle:

Gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG können personenbezogene Daten mittels *Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation* auch über die für eine drohende Gefahr Verantwortlichen erhoben werden, soweit dies zur Abwehr einer solchen Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder Nr. 5 PAG genanntes bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist; ausgenommen sind also die Rechtsgüter in Nr. 3 („sexuelle Selbstbestimmung“) und Nr. 4 („erhebliche Eigentumspositionen“).

Entsprechendes („unter den Voraussetzungen des Abs. 1“) gilt nach Art. 42 Abs. 2 PAG für die sog. *Quellen-Telekommunikationsüberwachung* (Quellen-TKÜ) als Unterfall der allgemeinen Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation.<sup>26</sup> Für sie wird ein Bedarf geltend gemacht, weil viele Kommunikationsprogramme die Kommunikationsdaten und -inhalte verschlüsseln. Daher werden diese durch die Infiltration informationstechnischer Systeme (also eine Art Spionagesoftware) bereits vor einer eventuellen Verschlüsselung an der Quelle erhoben und an die Ermittlungsbehörden weitergeleitet.<sup>27</sup> Die Anforderungen an die Quellen-TKÜ entsprechen der allgemeinen Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nach Art. 42 Abs. 1 PAG; allerdings besteht gemäß Art. 50 Abs. 1 S. 3 PAG bei der Quellen-TKÜ eine Benachrichtigungspflicht.

Darüber hinaus können nach Art. 42 Abs. 3 PAG ebenfalls unter den Voraussetzungen des Art. 42 Abs. 1 PAG (also auch bei „drohender Gefahr für ein Rechtsgut i. S. v. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5“) auch technische Mittel eingesetzt werden, um zur Vorbereitung einer Maßnahme nach Art. 42 Abs. 1 spezifische Kennungen, insbesondere die *Geräte- und Kartennummer von Mobilfunkendgeräten*, sowie den Standort eines *Mobilfunkendgerätes* zu ermitteln.

---

<sup>26</sup> So LT-Drucks. 17/20425, S. 62.

<sup>27</sup> Vgl. zum technischen Hintergrund Bär, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 34a [2018] Rn. 76f.

Für alle diese Maßnahmen gelten die Verfahrensregelungen des Art. 44 PAG und ist auch der Einsatz von Drohnen zulässig (Art. 47 Abs. 1 Nr. 4 PAG).

#### **4. Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme, Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG**

Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG erlaubt es der Polizei, mit technischen Mitteln auf informationstechnische Systeme zuzugreifen (sog. Online-Durchsuchung), um Zugangsdaten und gespeicherte Daten u. a. von den für eine Gefahr oder drohende Gefahr Verantwortlichen zu erheben, soweit dies erforderlich ist zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S.2 2 Nr. 1 oder Nr. 2 PAG genanntes bedeutendes Rechtsgut oder für Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Zulässig ist auch die Erstreckung des Zugriffs auf räumlich getrennte Systeme und Speichermedien, also namentlich eine Cloud.

Ferner kann die Polizei gemäß Art. 45 Abs. 2 S. 1 PAG unter den gleichen Voraussetzungen auch technische Mittel einsetzen, um zur Vorbereitung einer Maßnahme nach Abs. 1 spezifische Kennungen sowie den Standort eines informationstechnischen Systems zu ermitteln.

Art. 45 Abs. 3 PAG enthält einen Richtervorbehalt.

Auch für die Online-Durchsuchung ist der Einsatz von Drohnen zulässig (Art. 47 Abs. 1 Nr. 5 PAG).

#### **III. Datenerhebung durch molekulargenetische Untersuchungen, Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG**

Art. 32 PAG enthält eine zuvor in Art. 31 PAG a. F. enthaltene Generalklausel zur Erhebung personenbezogener Daten; sie greift nach Art. 32 Abs. 1 S. 1 a. E. PAG nur, wenn nicht spezielle Befugnisnormen in den Art. 11-65 PAG einschlägig sind.

Die Datenerhebung ist nach Art. 32 Abs. 1 Nr. 1 PAG u. a. zulässig, wenn dies zur Gefahrenabwehr (Art. 2 Abs. 1 PAG) erforderlich ist, insbesondere zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten (lit. a)) sowie zu Zwecken des Personenschutzes, soweit sich die diesbezügliche Gefahrenabwehr auf ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut bezieht (lit. b)). In diesen Fällen kann die Datenerhebung nach Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG durch die molekulargenetische Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft zum Zwecke der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters, des Geschlechts, der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeographi-



schen Herkunft des Spurenverursachers erfolgen, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Bei der Untersuchung dürfen andere Feststellungen als die in Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG genannten nicht getroffen werden; hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig (Art. 32 Abs. 1 S. 3 und 4 PAG).

Diese Daten dürfen nicht nur über die nach Art. 7, 8 und 10 PAG Verantwortlichen, sondern auch über „andere Personen“ erhoben werden, die der Polizei gar nicht bekannt sind. Das unterscheidet die Untersuchungen auf der Grundlagen von Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG von denjenigen nach Art. 14 Abs. 3 PAG, die der Feststellung der Identität einer bereits polizeibekannt Person dienen.

## **Teil 2: Zulässigkeit des Antrags nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG**

Der Antrag ist nach Maßgabe der Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 76ff. BVerfGG zulässig.

### **A. Antragsberechtigung**

Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle sind antragsberechtigt u. a. ein Viertel der Mitglieder des Bundestages, die „als Einheit auftreten und identische Ziele verfolgen müssen.“<sup>28</sup>

Maßgebend für das Antragsquorum ist die Anzahl der gesetzlichen Mitglieder des Bundestages in der jeweiligen Wahlperiode einschließlich etwaiger Überhangmandate.<sup>29</sup> Der 19. Deutsche Bundestag verfügt zum Zeitpunkt der Stellung des Normenkontrollantrages im September 2018 über 709 Abgeordnete.<sup>30</sup> 216 von ihnen und damit mehr als ein Viertel sind Antragstellerinnen und Antragsteller in dem vorliegenden Verfahren. Sie verfolgen das gemeinsame Ziel, die unter A. aufgeführten Bestimmungen des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes für verfassungswidrig und nichtig zu erklären.

### **B. Antragsgegenstand**

Statthafter Antragsgegenstand ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG u. a. die Vereinbarkeit von Landesrecht mit dem Grundgesetz. Es ist daher statthaft, die genannten Normen des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes zur Normenkontrolle zu stellen.

### **C. Antragsgrund**

Der notwendige Antragsgrund ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG gegeben, wenn Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Gültigkeit der zur Normenkontrolle gestellten Normen bestehen; den vom Wortlaut etwas weitergehenden § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG („für nichtig hält“) sieht das Bundesverfassungsgericht als Konkretisierung, aber nicht als unzulässige Weitung von Art. 93 Abs. Nr. 2 GG an.<sup>31</sup>

Alle Antragstellerinnen und Antragsteller sind von der Nichtigkeit der zur Normenkontrolle gestellten Vorschriften überzeugt. Damit besteht der notwendige Antragsgrund.

---

<sup>28</sup> BVerfGE 68, 346 (350).

<sup>29</sup> *Karpenstein*, in: Walter/Grünwald (Hrsg.), Beck-OK BVerfGG, § 76 [2018] Rn. 8.

<sup>30</sup> [https://www.bundestag.de/parlament/plenum/sitzverteilung\\_19wp](https://www.bundestag.de/parlament/plenum/sitzverteilung_19wp).

<sup>31</sup> BVerfGE 96, 133 (137).

### **Teil 3: Begründetheit des Antrags nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG**

Materieller Prüfungsmaßstab für das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sind insbesondere alle Normen des Grundgesetzes,<sup>32</sup> also nicht nur die Grundrechte, sondern insbesondere auch die Staatsstrukturprinzipien und Staatszielbestimmungen des Art. 20 GG. Der Normenkontrollantrag ist begründet, denn die nachfolgend näher behandelten Bestimmungen des bayerischen PAG verstoßen gegen die im Grundgesetz garantierten Grundrechte sowie das Rechtsstaatsprinzip. Sie sind daher verfassungswidrig. Die zur Normenkontrolle gestellten Bestimmungen werden nachfolgend in der Abschichtung behandelt, in der sie in Teil 1 im Überblick präsentiert wurden. Zunächst wird die Verfassungswidrigkeit der neuen Vorfeld-Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG begründet (A.), bevor die einzelnen, die Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 3 PAG ganz oder teilweise inkorporierenden Spezialbefugnisnormen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen werden (B.). Die Prüfung schließt mit denjenigen Bestimmungen ab, die aus anderen Gründen als dem Abstellen auf die „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ verfassungswidrig sind (C.):

#### **A. Art. 11 Abs. 3 PAG**

Art. 11 Abs. 3 PAG ist verfassungswidrig. Das Erfordernis einer nur noch „drohenden Gefahr“ verlagert die polizeilichen Befugnisse in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr und löst damit die rechtsstaatlich geformte Struktur des Gefahrenabwehrrechts auf. Die Regelung in einer Generalklausel und die vielfältigen Verweisungen in den Spezialbefugnisnormen auf diese Generalklausel bringen zum Ausdruck, dass der Tatbestand der „drohenden Gefahr“ nicht für besondere Bedrohungslagen reserviert wird, sondern flächendeckend im Recht der polizeilichen Gefahrenabwehr in Bayern etabliert worden ist. Wenn daher im Folgenden die Verfassungswidrigkeit von Art. 11 Abs. 3 PAG begründet wird, so geschieht dies auch und gerade schon im Hinblick auf die vielen Spezialbefugnisnormen, die die Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 3 PAG ganz oder teilweise inkorporieren.

#### **I. Verfassungsrechtliche Maßstäbe**

Art. 11 Abs. 3 PAG enthält eine – auf bestimmte Maßnahmen und den Schutz bestimmter Rechtsgüter eingeschränkte – Generalklausel für sog. Vorfeldmaßnahmen.<sup>33</sup> Sie kommt, wie auch die Generalklausel in Art. 11 Abs. 1 PAG, zum Tragen, wenn die Polizei nicht durch spe-

<sup>32</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 45f.

<sup>33</sup> *Holzner*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK BayPAG, Art. 11 [2018] Rn. 139.

zielle Befugnisnormen zum Tätigwerden ermächtigt wird. Diese in den Abschnitten B. und C. näher behandelten Spezialbefugnisnormen sind verfassungsrechtlich bedingt, weil sie in spezielle Freiheitsrechte (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104, Art. 10 Abs. 1, 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG) eingreifen, die qualifizierte Anforderungen insbesondere auch an die parlamentsgesetzliche Regelungsdichte stellen. Maßnahmen, die auf der Grundlage der Generalklauseln ergehen, betreffen regelmäßig nicht diese speziellen Freiheitsrechte, sondern sind ein Eingriff in die allgemein Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

Art. 2 Abs. 1 GG unterstellt alle Freiheitseingriffe, die nicht unter ein besonderes Freiheitsrecht fallen, einem einfachen Gesetzesvorbehalt: Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG sind zu rechtfertigen, wenn sie auf einer Rechtsgrundlage beruhen, die zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ gehört, die also formell und materiell verfassungsgemäß ist.<sup>34</sup> Zum Prüfungsprogramm der materiellen Verfassungsmäßigkeit in diesem Sinne zählen namentlich das Bestimmtheitsgebot und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Art. 11 Abs. 3 PAG würde also nur zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG gehören, wenn er mit hinreichender Klarheit und Bestimmtheit die Voraussetzungen für die grundrechtseingreifenden Befugnisse der Polizei definieren und die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheit in verhältnismäßiger Weise beschränken würde.

Parlamentsvorbehalt, Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wurzeln aber jeweils (auch) im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG),<sup>35</sup> das im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) einen von den Grundrechten unabhängigen selbständigen Prüfungsmaßstab bildet.<sup>36</sup> Diese rechtsstaatlichen Prinzipien prägen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Sicherheitsrecht; sie bilden daher auch die wesentlichen Maßstäbe für diese und die folgenden Prüfungen.

## **II. Die rechtsstaatlich geformten Strukturen des traditionellen Gefahrenabwehrrechts**

In der etablierten, über Jahrzehnte gewachsenen Dogmatik des Gefahrenabwehrrechts mit seinen Anforderungen an Gefahr und Verantwortlichkeit als auslösende Momente für polizeiliche Befugnisse kommen die vorgenannten rechtsstaatlichen Anforderungen an Grund-

<sup>34</sup> BVerfGE 96, 10 (21); 103, 197 (215).

<sup>35</sup> S. nur BVerfGE 101, 1 (34) für den Parlamentsvorbehalt, BVerfGE 49, 168 (181) für das Bestimmtheitsgebot und BVerfGE 80, 109 (120) für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

<sup>36</sup> S. oben vor A.

rechteingriffe zum Tragen. Das Konzept einer Bändigung der Obrigkeit durch rechtliche Bindungen ist historisch im Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr entwickelt worden<sup>37</sup> und bleibt nach wie vor eines der zentralen Anliegen des freiheitlichen Rechtsstaates. Um den grundlegenden und verfassungswidrigen Paradigmenwechsel zu ermessen, an dem sich die beiden PAG-Reformgesetze versuchen, müssen zunächst diese verfassungsrechtlich geformten Grundstrukturen in Erinnerung gerufen werden, auf denen das rechtsstaatliche Polizei- und Ordnungsrecht ruht.

Gefahrenabwehr gewährleistet die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Dies geschieht aber um den Preis von Eingriffen in Freiheitsrechte. Im demokratischen Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) dürfen die Polizei- und Ordnungsbehörden diese Eingriffe nicht aus eigener Machtvollkommenheit bewirken. Sie unterliegen vielmehr dem auch in Art. 2 Abs. 1 GG vorausgesetzten Parlamentsvorbehalt, der sicherstellt, „dass die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Grundrechtsgebrauch, zwischen zulässiger und unzulässiger Grundrechtseinschränkung nicht fallweise nach beliebiger Einschätzung von beliebigen Behörden oder Gerichten, sondern primär – in der Form eines allgemeinen Gesetzes – durch den Gesetzgeber gezogen werden.“<sup>38</sup> Der Gesetzgeber muss daher alle für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen selbst regeln.<sup>39</sup> Dies muss zudem in einer hinreichenden Klarheit und Bestimmtheit geschehen, damit Eingriffe für die Bürgerinnen und Bürger vorhersehbar und die Befugnisse der Verwaltung begrenzt sind sowie eine effektive Kontrolle durch die Gerichte ermöglicht wird.<sup>40</sup>

Die Befugnisnormen des Gefahrenabwehrrechts bilden diese verfassungsrechtlichen Vorgaben in einem etablierten Grundtatbestand<sup>41</sup> ab: Sie verlangen „Gefahrenprognosen auf Grund des Alltagswissens oder fachwissenschaftlicher Erkenntnisse“, sie sind „auf den Schutz klar bestimmbarer Rechtsgüter und zurechenbarer Verantwortung ausgerichtet“ und tragen in ihrer Fixierung auf den konkreten Einzelfall „zur rechtsstaatlichen Bestimmtheit und Be-

---

<sup>37</sup> Dazu nur den Hinweis in BVerfGE 110, 33 (56); vertiefend *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, 1966 und *Preu*, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983.

<sup>38</sup> BVerfGE 133, 112 (132).

<sup>39</sup> BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116)

<sup>40</sup> Dazu einstweilen hier nur BVerfGE 140, 220 (265) m. w. N. auf die gefestigte Rechtsprechung speziell im Gefahrenabwehrrecht.

<sup>41</sup> Zu ihm *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, vor § 5 und vor § 7 sowie *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldebefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 34ff.

grenzung der polizeilichen Befugnisse bei.“<sup>42</sup> Damit wird sichergestellt, dass das Handeln der Polizei hinsichtlich der zu beachtenden Eingreifschwelen (Gefahr), der in Betracht kommenden Adressaten (Verantwortliche) und der zu ergreifenden Maßnahmen (Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit) mit den Grundrechten im Einklang steht.<sup>43</sup>

Herzstück dieser Struktur ist die *konkrete Gefahr*. Das Bundesverfassungsgericht definiert diese als

„eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch bestimmte Personen verursacht wird. Die konkrete Gefahr wird durch drei Kriterien bestimmt: den Einzelfall, die zeitliche Nähe des Umschlagens einer Gefahr in einen Schaden und den Bezug auf individuelle Personen als Verursacher.“<sup>44</sup>

Die konkrete Gefahr markiert die Eingreifschwelle für polizeiliche Maßnahmen; sie bildet auf der Ebene des einfachen Rechts den notwendigen verfassungsrechtlichen Ausgleich zwischen der Freiheit des Einzelnen und der Verpflichtung des Staates, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, ab.<sup>45</sup> Das Vorliegen einer solchermaßen konkreten, individuell zurechenbaren Gefahr ist dementsprechend Voraussetzung namentlich für alle auf der Grundlage der traditionellen Generalklausel erlassenen Maßnahmen. Das meint Art. 11 Abs. 1 PAG, wenn er „eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr“ zur Eingriffsvoraussetzung macht. Den notwendigen Bezug zur individuellen Person bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, dass Maßnahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr nach Art. 7 und 8 PAG nur an die für die Gefahr Verantwortlichen, an Dritte hingegen nur unter den strengen Voraussetzungen des polizeilichen Notstands (Art. 10 PAG) gerichtet werden können. Das gilt nicht nur für die Generalklausel, sondern für alle Spezialbefugnisse, die auf die von einer Person ausgehende Gefahr abstellen.

Die prognostischen Anforderungen an das Vorliegen einer konkreten Gefahr sind allerdings volatil. Hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, der zu erwartende Schaden

---

<sup>42</sup> So treffend *Trute*, Gefahr und Prävention in der Rechtsprechung zum Polizei- und Ordnungsrecht, Die Verwaltung 36 (2003), 501 (501); aufgegriffen etwa von *Schoch*, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat 43 (2004), 347 (349 f.).

<sup>43</sup> *Möstl*, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, in: Möstl (Gesamt-Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht, Rn. 33.

<sup>44</sup> BVerfGE 120, 274 (328f.); vgl. ähnlich etwa BayVerfGH, NVwZ 2006, 1284 (1286f.).

<sup>45</sup> BVerfGE 141, 220 (267f.); ferner *Möstl*, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, in: Möstl (Gesamt-Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht, Rn. 36.

und das bedrohte Rechtsgut hängen insofern zusammen, als an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je höherwertig das bedrohte Rechtsgut bzw. je größer der zu befürchtende Schaden ist.<sup>46</sup>

Von der Frage der prognostischen Anforderungen zu unterscheiden sind Fälle, in denen dem handelnden Beamten bewusst ist, dass er noch nicht über alle tatsächlichen Informationen für den Sachverhalt bzw. einen zukünftig zu erwartenden Kausalverlauf verfügt. Die Unsicherheiten beziehen sich dann nicht auf die Prognose, ob eine konkrete Lage in einen Schadensereignis einmünden wird, sondern auf die Diagnose, also auf die Einordnung und Bewertung einer bestimmten Tatsache. Man spricht dann von einem *Gefahrenverdacht*.<sup>47</sup> Dabei handelt sich zwar um einen durchaus schillernden Begriff, der teilweise nicht nur diagnostische, sondern auch auf prognostische Unsicherheiten verwendet wird.<sup>48</sup> Hinreichende Prognosewahrscheinlichkeit ist aber gerade ein unverzichtbares Merkmal für polizeiliche Befugnisnormen, die anderenfalls vollkommen ausfransen würden, wenn man auch prognostische Unsicherheiten in den „Gefahrenverdacht“ einbeziehen würde. Der Gefahrenverdacht wäre eine Chiffre für das gesamte Gefahrenvorfeld – ein Versuch, durch die Verwendung tradierter Begriffe eine dogmatische Normalität zu vermitteln, die es so nicht gibt!<sup>49</sup> Konkrete Gefahr und Gefahrenverdacht unterscheiden sich daher nur auf der Ebene der Diagnose; der Gefahrenverdacht ist eine „Gefahr auf unsicherer Tatsachenbasis“<sup>50</sup> und nicht auf unsicherer Zukunftsprognose. Der Gefahrenverdacht ist teilweise ausdrücklich geregelt („wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass...“, vgl. etwa Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 PAG). Aber auch dort, wo er nicht explizit normiert ist, wird er der konkreten Gefahr jedenfalls auf der Primärebene (also bei der Frage der Rechtmäßigkeit einer Verfügung zur Gefahrenab-

---

<sup>46</sup> BVerwGE 88, 348/351; 116, 347/356; *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 119; *Holzner*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK BayPAG, Art. 11 [2018] Rn. 28; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 77.

<sup>47</sup> Zu diesem Begriffsverständnis *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 54; *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 55; *Weber*, Die Sicherung rechtsstaatlicher Standards im modernen Polizeirecht, 2011, S. 30; vgl. auch *Jäckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 132ff.

<sup>48</sup> *Schenke*, Polizeiliches Handeln bei Anscheinsgefahr und Gefahrverdacht, JuS 2018, 505 (508) und *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, 2. Kap. Rn. 146.

<sup>49</sup> Zu diesem Zusammenhang *Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (587), der daher – aus seiner Perspektive konsequent – zwischen konkretem Gefahrenverdacht (bezogen auf Diagnoseunsicherheiten) und abstraktem Gefahrenverdacht (= Unsicherheit über den Kausalverlauf) unterscheiden will und darüber dann das Gefahrenvorfeld integrieren möchte.

<sup>50</sup> So treffend *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 54.

wehr, nicht aber bei den Fragen der Kostentragung/Entschädigung) gleichgestellt.<sup>51</sup> Das ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Polizei hier Tatsachen für gegeben hält, bei deren tatsächlichem Vorliegen eine für die konkrete Gefahr hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit vorliegt. Der Gefahrenverdacht lässt sich damit bruchlos in das dogmatische Grundmuster des klassischen Gefahrenabwehrtatbestands einpassen und ist strikt von den sog. Vorfeldbefugnissen zu trennen<sup>52</sup> – eine für die spätere Einordnung und verfassungsrechtliche Bewertung der „drohenden Gefahr“ zentrale Erkenntnis.<sup>53</sup>

Zum Aufgabenbereich der Polizei zählt auch die Abwehr *abstrakter Gefahren* bzw., wie Art. 2 Abs. 1 PAG es formuliert, „die allgemein [...] bestehenden Gefahren“.<sup>54</sup> Die abstrakte Gefahr liegt dementsprechend vor, „wenn eine Sachlage oder ein Verhalten allgemein, d. h. nach der Lebenserfahrung oder aufgrund von fachkundigen Erkenntnissen typischerweise ein geschütztes Rechtsgut gefährden.“<sup>55</sup> Die abstrakte Gefahr arbeitet also nicht mit anderen Wahrscheinlichkeitsurteilen als die konkrete Gefahr, sondern der Bezugspunkt der Prognoseentscheidung ist ein anderer: Es geht um den typischen Fall, nicht um den Einzelfall.

Im bayerischen Polizeirecht waren diese rechtsstaatlichen Grundlagen des traditionellen Gefahrenabwehrrechts bis zu der hier zur Normenkontrolle gestellten Gesetzgebung der Jahre 2017 und 2018 vorbildlich abgebildet. Die Polizei ist zwar nicht nur für konkrete, sondern auch für abstrakte Gefahren zuständig (Art. 2 Abs. 1 PAG). Weil aber Aufgabennormen nur Zuständigkeiten, aber noch keine Eingriffsbefugnisse begründen,<sup>56</sup> bedarf es einer hinreichend bestimmten Befugnisnorm, die die Polizei zur Abwehr einer abstrakten Gefahr ermächtigt. Nicht ausreichend ist insoweit die Generalklausel, weshalb Art. 11 Abs. 1 PAG auch anders als Art. 2 Abs. 1 PAG die „im einzelnen Fall bestehende Gefahr“ zur Eingriffsvoraussetzung erklärt. Wohl aber bilden abstrakte Gefahren in einzelnen Spezialbefugnisnormen, die auf typischerweise gefährliche Verhaltensweisen, wie den Aufenthalt an gefährlichen Orten (vgl. etwa Art. 13 Abs. 1 Nr. 2-5 PAG), abstellen, die maßgeblichen Eingriffsschwellen. Durch das Abstellen auf den typischen Fall kann zwar die Streubreite von Eingriffe zuneh-

<sup>51</sup> So ausdrücklich BVerfGE 130, 151 (205f.).

<sup>52</sup> Kral, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 57; vgl. auch Thiel, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011, S. 299f.

<sup>53</sup> Dazu näher unten III. 2. a) bb) (2) (c).

<sup>54</sup> Zur synonymen Verwendung der „allgemeinen“ und der „abstrakten“ Gefahr BayVerfGH, NVwZ 1996, 166 (167).

<sup>55</sup> Vgl. etwa die Legaldefinitionen in § 2 Nr. 2 ndsSOG; § 3 Nr. 3f) saSOG; § 54 Nr. 3e) thürOBG.

<sup>56</sup> Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 21ff.



men,<sup>57</sup> weil eben auch atypische Fälle erfasst werden, die konkret-individuell ungefährlich sind. Damit steigt die Eingriffsintensität und erhöhen sich daher die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen. Mit der judikatorischen Feinsteuerung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lässt sich diese Herausforderung aber gut bewältigen. So sind bei abstrakten Gefahren regelmäßig nur informationelle Maßnahmen wie eben Identitätsfeststellungen zulässig, die der Gefahraufklärung und damit ggfs. der Vorbereitung auf die Abwehr konkreter Gefahren dienen. Aktionelle Maßnahmen wie eine anschließende Durchsuchung erfordern hingegen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ein Mindestmaß an individualisierbaren Indizien.<sup>58</sup> Damit wird verhindert, dass Personen nur deshalb durchsucht werden können, weil sie sich gerade an einem besonders gefährlichen Ort oder in einer besonders gefährlichen Gegend aufhalten.

Man kann mit *Markus Möstl* festhalten, dass der Begriff der Gefahr eine „klare Grenzlinie zwischen dem Bereich der – oberhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten – Gefahrenabwehr und ihrem – unterhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten – informationellen Vorfeld“ markiert. Daher darf der Gefahrbegriff, so *Möstl* weiter, „nicht in der Weise ausgedünnt werden, dass er von seinem notwendigen Pendant, der Gefahrenabwehr, entkoppelt und auf diese Weise der Weg freigemacht wird für eine beliebige Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwellen, wenn es nicht um die Abwehr, sondern ‚nur‘ um die Ermittlung der Gefahr geht.“<sup>59</sup> Das leitet über in das Gefahrenvorfeld.

### III. Das Gefahrenvorfeld

Die etablierte, verfassungsrechtlich hinterlegte Grundstruktur des Gefahrenabwehrrechts wird schon seit einiger Zeit durch eine zunehmende Vorverlagerung von Eingriffskompetenzen herausgefordert, die die Polizei schon vor der Entstehung einer konkreten Gefahr zum Eingreifen berechtigen oder zwar eine konkrete Gefahr voraussetzen, aber nicht auf einen individualisierbaren Adressatenkreis beschränkt sind.<sup>60</sup> Diese sog. Vorfeldbefugnisse dienen dazu, Straftaten vorbeugend zu verhindern, bevor das Stadium einer konkreten Gefahr erreicht ist bzw. bevor eine konkret verantwortliche Person ausgemacht werden kann. Die

---

<sup>57</sup> Vgl. BVerfGE 115, 320 (354)

<sup>58</sup> Dazu differenzierend BayVerfGH, NVWZ 2006, 1284 (1287), vgl. näher unten B. I. 4.

<sup>59</sup> *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 180f.

<sup>60</sup> *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 78.

Rede ist von einer veränderten „Sicherheitsarchitektur“<sup>61</sup>, die auf veränderte Bedrohungslagen reagiere und den neuartigen technologischen Möglichkeiten sowohl bei der Begehung als auch bei der Bekämpfung von Verbrechen Rechnung trage.<sup>62</sup> Damit geraten nicht nur die etablierten Begriffe der „Gefahr“ und „Verantwortung“ unter Veränderungsdruck, sondern stellt sich vor allem die Frage, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen in diesem Gefahrenvorfeld gelten. Mit dem Tatbestand einer „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ begibt sich der bayerische Gesetzgeber auf eben dieses Vorfeld, auf dem – das impliziert der Begriff „drohend“ – schon die Gefahr einer (konkreten) Gefahr zum Eingreifen ermächtigt und ein bestimmter Verantwortlicher auch noch gar nicht feststehen muss. Auch für diese „Entgrenzung“ des Polizeirechts bleiben aber die verfassungsrechtlichen Begrenzungen maßgebend. Daher werden im Folgenden die rechtsstaatlichen Vorgaben für die Gefahrenvorsorge zunächst näher entfaltet (1.), bevor die Verfassungswidrigkeit von Art. 11 Abs. 3 PAG begründet wird (2.).

### **1. Rechtsstaatliche Vorgaben für Vorfeldbefugnisse**

Im Ausgangspunkt sieht das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zwar befugt, auch Eingriffstatbestände zu schaffen, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren nicht entsprechen.<sup>63</sup> Diese Befugnis ist aber durch zwei im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnde Grundsätze begrenzt: das Bestimmtheitsgebot (a)) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (b)). Auf diesen beiden Pfeilern, die das Bundesverfassungsgericht namentlich im Urteil zum BKA-Gesetz vom 20. 4. 2016<sup>64</sup> nochmals verstärkt hat, ruht die gesamte Rechtsprechung zur – oftmals verneinten – Verfassungsmäßigkeit von polizei- bzw. sicherheitsrechtlichen Befugnisnormen. Die einschlägigen Entscheidungen beziehen sich durchweg auf informationelle und überwiegend auch heimliche Maßnahmen mit nachrichtendienstlichem Charakter, die noch nicht – in Form aktioneller Maßnahmen (wie etwa einer Ingewahrsamnahme, einer Durchsuchung und einer Sicherstellung) – in Kausalverläufe eingreifen. Der bayerische Lan-

<sup>61</sup> Vgl. *Kugelmann*, Entwicklungslinien eines grundrechtsgeprägten Sicherheitsverwaltungsrechts, *Die Verwaltung* 47 (2014), 25 (25f.).

<sup>62</sup> Dazu schon *Aulehner*, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1999, S. 54ff.; ferner etwa *Baldus*, Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – Neue Polizeirechtsdogmatik, *Die Verwaltung* 47 (2014), 1ff.; *Kießling*, Gefahraufklärungsbefugnisse in der Polizeirechtsdogmatik – Überlegungen anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG, *VerwA* 108 (2017), 283ff.; *Volkmann*, Das Polizeirecht als Sozialtechnologie, *NVwZ* 2009, 216ff.

<sup>63</sup> BVerfGE 141, 220 (272, 290f.).

<sup>64</sup> BVerfGE 141, 220.

desgesetzgeber geht damit, was selbst die Befürworter der Verfassungsmäßigkeit der Norm einräumen,<sup>65</sup> sogar noch über das hinaus, was in den bisherigen Entscheidungen zur verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Von daher müssen die nachfolgenden Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht für „nur“ informationelle Vorfeldbefugnisse entwickelt hat, als Minimalstandard angesehen werden, der für aktionelle Maßnahmen ggfs. noch anzuheben wäre.

#### **a) Normenklarheit und Bestimmtheit**

Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundsätze der Normenklarheit und Bestimmtheit in einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung im Polizei- und Sicherheitsrecht bereichsspezifisch entwickelt. Da die Vorfeldbefugnisse vielfach informationeller Natur sind, ist Ausgangspunkt aber bereits eine Passage im Volkszählungsurteil von 1983, auf dem die ganze weitere Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot im vorfeldbezogenen Sicherheitsrecht aufbaut:

„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“<sup>66</sup>

Auf diese Ausführungen hat das Bundesverfassungsgericht explizit Bezug genommen, als es den Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit im Urteil über die Befugnisse des Zoll-

---

<sup>65</sup> *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl. 2018, 156 (162).

<sup>66</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

kriminalamts erstmals sicherheitsrechtlich ausbuchstabiert hat. Schon im 2. Leitsatz stellt es dabei klar, Ermächtigungen im Bereich der Straftatenverhütung unterlägen „keinen geringeren rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normenbestimmtheit und Normenklarheit als Ermächtigungen zu Maßnahmen der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung.“<sup>67</sup> Das ist gegenüber allen rhetorischen Versuchen festzuhalten, die mit der dunklen Andeutung einer „veränderten Bedrohungslage“ der Relativierung rechtsstaatlicher Bindungen der Sicherheitsgesetzgebung das Wort reden.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Volkszählungsurteil und seinen darin enthaltenen Anspruch, den Bürger durch rechtsstaatliche Bindungen vor dem diffusen Gefühl von Überwachung zu schützen, in mehreren Entscheidungen in das Recht der gefahrenabwehrrechtlichen Vorfeldbefugnisse übertragen. Dabei betont es erstmals in der Entscheidung „Zollkriminalamt“ die Funktion des Bestimmtheitsgebots gerade im Sicherheitsrecht. Mit dem Erfordernis, dass gesetzliche Ermächtigungen Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs „bereichsspezifisch, präzise und normenklar“ festlegen müssen, werde dreierlei sichergestellt:<sup>68</sup>

- (1) *Erstens* müsse „die betroffene Person erkennen [können], bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist.“ Das ist auch systemisch, also nicht nur bezogen auf eine einzelne Norm, zu verstehen: „Soweit die praktische Bedeutung einer Regelung vom Zusammenspiel der Normen unterschiedlicher Regelungsbereiche abhängt, müssen die Klarheit des Normeninhalts und die Voraussehbarkeit der Ergebnisse der Normanwendung gerade auch im Hinblick auf dieses Zusammenwirken gesichert sein.“
- (2) Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dienen *zweitens* „dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen [...]. Dazu gehört, dass hinreichend klare Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen bereitgestellt werden. Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein.“
- (3) *Drittens* „dienen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit dazu, die Gerichte in die Lage zu versetzen, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren. Dies ist für den Schutz der Bürger besonders bedeutsam, wenn das Gericht

---

<sup>67</sup> BVerfGE 110, 33 (33f., Leitsatz 2).

<sup>68</sup> Das Vorstehende und das Folgende aus BVerfGE 110, 33 (53ff.).

schon vor Ergreifen der Maßnahme oder in ihrem Vollzug zur Kontrolle der Verwaltung eingeschaltet wird, während der Betroffene infolge der Heimlichkeit der Maßnahme noch davon ausgeschlossen ist, sich selbst für sein Recht einzusetzen.“

In der Entscheidung zur vorbeugenden Telekommunikationsüberwachung hat es den bereichsspezifisch auf das Sicherheitsrecht heruntergebrochenen Bestimmtheitsgrundsatz dann nochmals für die Vorfeldbefugnisse konkretisiert.

„Bei der Vorverlagerung des Eingriffs in eine Phase, in der sich die Konturen eines Straftatbestandes noch nicht abzeichnen, besteht das Risiko, dass der Eingriff an ein nur durch relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Straftaten gekennzeichnetes, in der Bedeutung der beobachteten Einzelheiten noch schwer fassbares und unterschiedlich deutbares Geschehen anknüpft. Sachverhaltsfeststellung und Prognose sind mit vorgreiflichen Einschätzungen über das weitere Geschehen, ebenso wie über die erst noch bevorstehende strafrechtliche Relevanz der festgestellten Tatsachen verknüpft [...]. Da der Eingriff sich auf mögliche zukünftige Aktivitäten bezieht, kann er sich häufig nur auf Tatsachen stützen, bei denen noch offen ist, ob sie sich zu einer Rechtsgutverletzung weiterentwickeln [...]. Die Situation der Vorfeldermittlung ist insofern durch eine hohe Ambivalenz der potenziellen Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt. Die Indizien oder einzelne beobachtete Tätigkeiten können in harmlosen, strafrechtlich unerheblichen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat führt.“<sup>69</sup>

Zugleich erteilt das Bundesverfassungsgericht dem Reden von einer „neuen Welt“ von „veränderten Bedrohungslagen“ und einer Auflösung des rechtsstaatlichen Gefahrenabwehrrechts nochmals eine klare Absage, indem es hervorhebt, dass sich die für das Vorfeld maßgeblichen Standards nicht nur an dem traditionellen Modell der Gefahrenabwehr zu orientieren haben, sondern wegen der Diffusität des Gefahrenvorfelds sogar besonders streng zu handhaben sind:

„Sieht der Gesetzgeber in solchen Situationen Grundrechtseingriffe vor, so hat er die den Anlass bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung hindeuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das im Bereich der Vorfeldermittlung besonders hohe Risiko einer Fehlprognose gleichwohl verfassungsrechtlich noch hinnehmbar ist. Die Norm muss handlungsbegrenzende Tatbestandselemente enthalten, die *einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist.*“<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> BVerfGE 113, 348 (377).

<sup>70</sup> BVerfGE 113, 348 (377f.).

Der Bestimmtheitsgrundsatz setzt schließlich auch der verfassungskonformen Auslegung Grenzen, die auch für die Befürworter des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG als verfassungsrechtlicher Hoffnungsträger fungiert. In seiner Entscheidung „Automatisierte Kennzeichenerfassung“ hat das Bundesverfassungsgericht betont, Bestimmtheitsmängel könnten „nicht insgesamt durch eine einengende verfassungskonforme Auslegung“ geheilt werden:

„Wäre bei einer Vorschrift, die aus sich heraus weder bestimmte Ausschlussbestände enthält noch deutlich den Zweck erkennen lässt, dem die Regelung dienen soll, eine verfassungskonforme Auslegung gleichwohl zulässig, liefe der Gesetzesvorbehalt leer, der Eingriffe in ein Grundrecht einer gesetzlichen Regelung zuweist und den Gesetzgeber verpflichtet, Art und Umfang des Eingriffs selbst festzulegen.“<sup>71</sup>

Hier zeigt sich besonders deutlich die Funktion der Gebote der Normenklarheit und Normenbestimmtheit als Instrumente zur Parlamentarisierung des Polizei- und Sicherheitsrechts.<sup>72</sup>

## **b) Verhältnismäßigkeit**

Der zweite Pfeiler für die rechtsstaatliche Einhegung polizeilicher Vorfeldebefugnisse ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser fordert hier, dass die Einräumung von Befugnissen einem legitimen Ziel dient, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist.<sup>73</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat schon in der Entscheidung „Zollkriminalamt“ den durch die gemeinsame Wurzel im Rechtsstaatsprinzip bedingten engen Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot hervorgehoben, der darin besteht, dass ein unbestimmtes Gesetz mehr Eingriffe zulässt, als das zur Erreichung des Gesetzeszwecks erforderlich ist:<sup>74</sup>

„Mängel hinreichender Normenbestimmtheit und -klarheit beeinträchtigen insbesondere die Beachtung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots. Je ungenauer die Ziele einer Normierung und die Anforderungen an die tatsächliche Ausgangslage gesetzlich umschrieben sind, umso schwerer fällt die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit einer Überwachungsmaßnahme. Vor allem bewirkt die Unbestimmtheit der tatsächlichen Voraussetzungen das Risiko eines unangemessenen Verhältnisses von Gemeinwohlbelangen, zu deren Wahrnehmung in Grundrechte eingegriffen wird, und den Rechtsgütern der davon Be-

<sup>71</sup> BVerfGE 120, 378 (423f.).

<sup>72</sup> *Trute*, Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Verwaltung 42 (2009), 85 (88ff.).

<sup>73</sup> BVerfGE 141, 220 (265).

<sup>74</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 365.

troffenen. Von maßgeblicher Bedeutung im Zuge der Abwägung ist insbesondere die Einschätzung der Schwere der dem Schutzgut drohenden Gefahr. Diese setzt Klarheit nicht nur über das gefährdete Rechtsgut, sondern auch über die dieses gefährdende Handlung voraus.“<sup>75</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (und hier namentlich das Unterprinzip der Angemessenheit) in Bezug auf Vorfeldbefugnisse in mehreren „übergreifende[n] Anforderungen“<sup>76</sup> materiell- und verfahrensrechtlicher Art konkretisiert. Die Entscheidungen betreffen dabei sowohl „spezifisch breitenwirksame Grundrechtsgefährdungspotenziale, insbesondere solche der elektronischen Datenverarbeitung“ als auch „einzel Fallbezogene Maßnahmen gegen Betroffene, die in den Fokus der handelnden Behörden geraten sind.“<sup>77</sup> Die nachfolgenden Grundsätze beanspruchen daher über die konkreten Prüfungsgegenstände hinaus allgemeine Geltung:

#### **aa) Angemessenes Verhältnis zwischen dem Gewicht des zu schützenden Rechtsguts und der Eingreifschwelle**

In materieller Hinsicht verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, „dass die Anforderungen an eine hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage [...] im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen bestimmt werden.“<sup>78</sup> Das Bundesverfassungsgericht betont insoweit zunächst, dass die Anforderungen an eine konkret absehbare Gefahrenlage im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen bestimmt werden müssen. Dem dient insbesondere das Erfordernis einer konkreten Gefahr, die eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts voraussetzt, wobei die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit im Einzelfall von der Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts und dem Ausmaß des drohenden Schadens abhängen.<sup>79</sup> Diese sog. „Je-desto-Formel“ bezieht sich aber lediglich auf *Entscheidungen der Gefahrenabwehrbehörden im Einzelfall*. Verfassungsrechtlich ist sie unproblematisch.<sup>80</sup>

Vorliegend geht es aber um eine andere Dimension des Verhältnismäßigkeitsprinzips, nämlich um die Frage des Verhältnisses zwischen den durch das Gesetz eingeräumten Befugnissen und der individuellen Grundrechtsbeeinträchtigung, m. a. W. darum, nach welchen Kriterien Gefahrenabwehrgesetze die Eingreifschwelle bestimmen müssen. Hier besteht im

---

<sup>75</sup> BVerfGE 110, 33 (55).

<sup>76</sup> BVerfGE 141, 220 (268).

<sup>77</sup> BVerfGE 141, 220 (268f.) mit Nachw. auf die gesamte, bis dahin einschlägige Rechtsprechung.

<sup>78</sup> BVerfGE 141, 220 (271).

<sup>79</sup> S. bereits oben II.

<sup>80</sup> BVerfGE 141, 220 (271)

Kern das Problem, dass im Gefahrenvorfeld der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Maßstab für Eingriffe im Einzelfall weitgehend ausscheidet. Da nämlich der drohende Schaden immer unermesslich hoch ist, „ist am Ende jeder noch so schwerwiegende Eingriff gerechtfertigt.“<sup>81</sup> Bezogen auf die Rasterfahndung hat das Bundesverfassungsgericht daher die Notwendigkeit betont, den Gefahrbegriff als Instrument der verhältnismäßigen Begrenzung von Eingriffsbefugnissen zu schärfen:

„Ohne die Begrenzung auf das Vorliegen einer konkreten Gefahr gäbe es demgegenüber keine hinreichenden Anhaltspunkte zur teleologischen Bestimmung der erfassbaren Daten, insbesondere soweit es sich um ‚andere für den Einzelfall benötigte Daten‘ handelt. Fehlt es an einer konkreten Gefahr, ist nicht mit verfassungsrechtlich hinreichender Bestimmtheit ermittelbar, unter welchen Bedingungen Daten ‚für den Einzelfall‘ benötigt werden. Wäre Bezugspunkt der Rasterfahndung etwa eine allgemeine Terrorismusgefahr und würde diese somit zum Bezugspunkt der Konkretisierung der Art der Daten, die von der Polizei benötigt werden, wäre eine *nahezu grenzenlose Ermächtigung* geschaffen. Es fehlten jegliche Anhaltspunkte für die Prüfung, ob die zu erhebenden Daten ‚für den Einzelfall benötigt‘ werden.“<sup>82</sup>

Dementsprechend stellt das Bundesverfassungsgericht für Eingriffsbefugnisse im Gefahrenvorfeld ein Regel-Ausnahme-Verhältnis auf, das wesentlich durch seine Annahme geprägt ist, dass im Gefahrenvorfeld das „besonders hohe Risiko der Fehlprognose“<sup>83</sup> bestehe.

Grundsätzlich könne zwar der Gesetzgeber

„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 [...]“<sup>84</sup>

In diesem Kontext verwendet das Bundesverfassungsgericht dann auch erstmalig den Begriff der „drohenden Gefahr“:

---

<sup>81</sup> *Volkman*, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, 216 (220).

<sup>82</sup> BVerfGE 115, 320 (365); Hervorhebung nur hier.

<sup>83</sup> So schon BVerfGE 110, 33 (60).

<sup>84</sup> BVerfGE 141, 220 (272).



„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.“<sup>85</sup>

Obwohl das Bundesverfassungsgericht hier die „drohende Gefahr“ begrifflich einführt, bewegt es sich in diesem ersten Teilabschnitt der Rn. 112 in den Bahnen, die das traditionelle, auf konkrete und abstrakte Gefahren zugeschnittene Gefahrenabwehrrecht prägen. Es fordert nämlich eine jedenfalls ansatzweise Konkretisierung des Schadenereignisses in der sachlichen, zeitlichen und personellen Dimension.

Von diesem Grundsatz einer in diesem Sinne umfassenden Konkretisierbarkeit eines bestimmten Sachverhalts als Eingreifschwelle macht es dann im zweiten Teilabschnitt der Rn. 112 aber eine Ausnahme im Hinblick auf die Gefahr terroristischer Anschläge, die von sog. Gefährdern ausgehen, von denen nicht bekannt ist, wann sie wo welche Art von Anschlag begehen werden. Dann, aber nur dann können Maßnahmen der Gefahrenabwehr auch

„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.“<sup>86</sup>

Dieser personenbezogene Gefahrbegriff<sup>87</sup> macht also Abstriche bei der für eine „konkrete Gefahr“ notwendigen Konkretisierung in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht. Das ist die „drohende Gefahr“, die dem bayerischen Landesgesetzgeber möglicherweise vorschwebt. Aber selbst für diesen Ausnahmefall drohender terroristischer Angriffe wahrt das Bundesverfassungsgericht den Anschluss an die traditionelle Dogmatik des rechtsstaatlichen Gefahrenabwehrrechts, das valide unterlegte Prognosen fordert, um anlasslose und ggfs. diskriminierende Polizeimaßnahmen zu unterbinden:

---

<sup>85</sup> BVerfGE 141, 220 (272).

<sup>86</sup> BVerfGE 141, 220 (272f.).

<sup>87</sup> *Darnstädt*, Ein personenbezogener Gefahrbegriff – Analyse der Bedingungen des Bundesverfassungsgerichts an Vorfeld-Ermächtigungen im BKA-Gesetz, DVBl. 2017, 88 (93ff.).

„Eine Anknüpfung der Einschreitschwelle an das Vorfeldstadium ist verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen. Die Tatsachenlage ist dann häufig durch eine hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Beobachtungen gekennzeichnet. Die Geschehnisse können in harmlosen Zusammenhängen verbleiben, aber auch den Beginn eines Vorgangs bilden, der in eine Gefahr mündet [...]. Solche Offenheit genügt für die Durchführung von eingriffsintensiven heimlichen Überwachungsmaßnahmen nicht. Nicht ausreichend für solche Maßnahmen ist insoweit etwa allein die Erkenntnis, dass sich eine Person zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis hingezogen fühlt.“<sup>88</sup>

Wohlgemerkt: Das gilt selbst für den Ausnahmefall terroristischer Gefahren und bezieht sich allein auf informationelle Datenerhebungsbefugnisse – nicht aber auf aktionelle vollzugspolizeiliche Maßnahmen, die drohende Alltagsgefahren abwehren. Das Bundesverfassungsgericht betont zugleich einen für die Verhältnismäßigkeit aller Vorfeldmaßnahmen maßgeblichen Gedanken: Vorfeldmaßnahmen sind wegen des gegenüber der Anforderung der konkreten Gefahr erhöhten Risikos falscher und ggfs. auch diskriminierungsaffiner Prognosen besonders eingriffsintensiv; sie bergen die sehr konkrete Gefahr, dass polizeiliche Eingriffe sich zunehmend auf gefühlte Gefahren erstrecken und damit entgrenzen.

#### **bb) „Eine Geheimpolizei ist nicht vorgesehen“: Informationelle Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten**

Diese außerordentlich strengen Anforderungen, die der Polizei – um es nochmals zu sagen: informationelle, nicht aktionelle! – Vorfeldbefugnisse nur im Ausnahmefall zugestehen, stehen in einem unmittelbaren Sachzusammenhang mit der verfassungsrechtlich zwingenden Abgrenzung zu nachrichtendienstlichen Tätigkeiten.

Das deutsche Sicherheitsrecht ist, aus guten historischen Gründen,<sup>89</sup> geprägt durch eine organisatorische Entflechtung und funktionale Unterscheidung zwischen der Gefahrenabwehr durch die Polizei auf der einen und der geheimdienstlichen Tätigkeit durch die Behörden des Staats- und Verfassungsschutzes auf der anderen Seite. Während nach bisherigem Verständnis die Polizei für die Abwehr hinreichend konkretisierter Gefahren zuständig ist, dann aber auch alle erforderlichen Maßnahmen der Gefahrenabwehr ergreifen und diese ggfs. auch durch Zwangsmittel durchsetzen darf, operieren die Nachrichtendienste im Gefahrenvorfeld. Ihre Aufgabe besteht darin, Informationen über sicherheitsgefährdende Bestrebun-

---

<sup>88</sup> BVerfGE 141, 220 (273).

<sup>89</sup> Gusy, Grundrechte und Verfassungsschutz, 2011, S. 2.

gen zu sammeln und auszuwerten. Sie haben damit sehr weitgehende Ermittlungsbefugnisse, aus eben diesem Grunde aber keine polizeiliche Befugnisse. Dementsprechend normiert etwa § 8 Abs. 3 BVerfSchG, dass dem Bundesamt für Verfassungsschutz keine polizeilichen Befugnisse oder Weisungsbefugnisse zustehen; es darf die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen es selbst nicht befugt ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat daher die Errichtung der sog. Antiterrordatei, eine der Bekämpfung des internationalen Terrorismus dienende Verbunddatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder, nur mit der Maßgabe für verfassungsgemäß erklärt, dass diese auf die Informationsanbahnung beschränkt bleibt und eine Nutzung der Daten zur operativen Aufgabenwahrnehmung nur in dringenden Ausnahmefällen vorsieht.<sup>90</sup> Zur Begründung hat es aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein grundsätzliches „informationelles Trennungsprinzip“<sup>91</sup> zwischen Polizei und Nachrichtendiensten abgeleitet.<sup>92</sup> Es sieht das Eingriffsgewicht dadurch erhöht, dass die Antiterrordatei einen Informationsaustausch zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden ermöglicht, und hebt hervor, dass Polizeibehörden und Nachrichtendienste „deutlich voneinander unterschiedene Aufgaben“<sup>93</sup> haben. Es betont die umfangreichen vorfeldbezogenen Aufgaben der Nachrichtendienste, aus der es aber „im Gegenzug und zum Ausgleich“ beschränkte Befugnisse ableitet:

„Polizeiliche Befugnisse haben sie nicht, und sie dürfen auch im Wege der Amtshilfe nicht die Polizei um Maßnahmen ersuchen, zu denen sie selbst nicht befugt sind.“<sup>94</sup>

Daraus folgt dann allerdings im Umkehrschluss auch zwingend, dass Polizeibehörden grundsätzlich keine nachrichtendienstlichen Vorfeldbefugnisse haben dürfen:

„Unbeschadet gewisser Aufgaben auch dieser Behörden schon im Vorfeld von Gefahren, sind ihnen Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen; Voraussetzung ist in der Regel, dass Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr vorliegen. Diesem Aufgabenprofil entsprechen auch die Datenerhebungs- und -verarbeitungsbefugnisse dieser Behörden. Sie sind, da sie letztlich Zwangsmaßnahmen bis hin zu Eingriffen in die persönliche Freiheit vorbereiten und begründen können, gesetzlich wesentlich enger und

---

<sup>90</sup> BVerfGE 133, 277.

<sup>91</sup> BVerfGE 133, 277 (329).

<sup>92</sup> BVerfGE 133, 277 (322ff.).

<sup>93</sup> BVerfGE 133, 277 (324f.).

<sup>94</sup> BVerfGE 133, 277 (326f.).

präziser gefasst als diejenigen der Nachrichtendienste sowie vielfältig voneinander abgegrenzt. Entsprechend setzen grundsätzlich auch diese auf den Umgang mit Daten bezogenen Befugnisse – bei vielfältigen Abstufungen im Einzelnen – einen konkreten Anlass, etwa eine Gefahr oder einen Tatverdacht voraus. Soweit der Gesetzgeber die Erhebung personenbezogener Daten ausnahmsweise anlasslos vorsorglich oder zur bloßen Verhütung von Gefahren oder Straftaten erlaubt, ist dies besonders rechtfertigungsbedürftig und unterliegt gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen [...].“<sup>95</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat mit dieser funktionalen Abgrenzung im Urteil „Antiterrordatei“ bereits die Grundlage für die spätere Entscheidung zum BKA-Gesetz gelegt, die die Zuweisung von den Nachrichtendiensten zustehenden Befugnissen im Vorfeld einer konkreten Gefahr nur in extremen Ausnahmefällen zulässt. Zusammenfassend kann es dementsprechend festhalten:

„Die Rechtsordnung unterscheidet damit zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information und Beratung beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können. *Eine Geheimpolizei ist nicht vorgesehen.*“<sup>96</sup>

### cc) Kompensatorische Maßnahmen

Schließlich leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Pflicht des Gesetzgebers ab, kompensatorische Maßnahmen zu ergreifen, um die Eingriffsintensität abzufedern. Zu diesen Maßnahmen, die speziell auf heimliche Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und der organisierten Kriminalität zugeschnitten sind, zählen:<sup>97</sup>

- vorherige Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer richterlichen Anordnung,
- die Gewährleistung eines Kernbereichs privater Lebensgestaltung, den Überwachungsmaßnahmen auch dann unangetastet lassen müssen, wenn es um überragende Interessen der Allgemeinheit geht,
- zeitliche Begrenzung der Überwachung,

<sup>95</sup> BVerfGE 133, 277 (327f.).

<sup>96</sup> BVerfGE 133, 277 (328f.); Hervorhebung nur hier.

<sup>97</sup> BVerfGE 141, 220 (275ff.).

- Schutz bestimmter Berufsgruppen, deren Tätigkeit von Verfassungen wegen einer besonderen Vertraulichkeit voraussetzt,
- Gewährleistung individuellen Rechtsschutzes, der Benachrichtigungspflichten und Auskunftsrechte voraussetzt, und
- Regelung von Löschungspflichten.

## 2. Verfassungswidrigkeit von Art. 11 Abs. 3 PAG

Art. 11 Abs. 3 PAG hat 2017 einen grundlegenden Paradigmenwechsel eingeleitet, indem erstmals der Topos der „drohenden Gefahr“ in das Landespolizeirecht aufgenommen wurden. Der Gesetzgeber hat diesen Umbruch dann 2018 vollendet, indem er die „drohende Gefahr“ umfassend im Recht der Spezialbefugnisse etabliert hat. Damit werden die Eingriffsschwellen für teilweise tiefgreifende Grundrechtseingriffe nicht nur in Ausnahmefällen, sondern für den polizeilichen Regelfall grundlegend neuverlegt. Hervorzuheben ist insoweit vor allem, dass die bayerische Polizei gemäß Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG im Gefahrenvorfeld nicht nur „den Sachverhalt aufklären“, d. h. informationell tätig werden darf, sondern auch befugt ist, „die Entstehung einer Gefahr [...] zu verhindern.“ Sie ist also nunmehr berechtigt, aktiv und ggfs. unter Anwendung von Zwangsmitteln „in den Kausalverlauf einzugreifen“<sup>98</sup>, bevor das Stadium einer konkreten Gefahr erreicht ist. Das geht, was selbst Befürworter der Neuregelungen einräumen müssen,<sup>99</sup> über das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG hinaus, ja man muss ergänzen, dass sich die gesamte, auch im Folgenden herangezogene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein auf informationelle Maßnahmen bezieht. Aber Art. 11 Abs. 3 PAG wird schon diesen verfassungsrechtlich hinterlegten Vorgaben auf allen Ebenen des materiell-rechtlichen Gefahrenabwehrtatbestandes – der Gefahr (a)), den zu schützenden Rechtsgütern (b)) und der Verantwortlichkeit (c)) – nicht gerecht:

### a) Die „drohende Gefahr“

Die rechtsstaatlichen Vorgaben von Normenklarheit und Bestimmtheit verlangen, dass mit den üblichen Auslegungsmethoden bestimmbar ist, was unter einer „drohenden Gefahr“ verstanden werden soll.<sup>100</sup> Die verfassungsrechtliche Prüfung hat dabei zu berücksichtigen,

<sup>98</sup> So in der Tat LT-Drucks. 17/16299, S. 10.

<sup>99</sup> *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl. 2018, 156 (162).

<sup>100</sup> Vgl. BVerfGE 83, 130 (151).

dass der Topos „drohende Gefahr“ bislang in keinem deutschen Rechtsakt näher bestimmt wurde, und es auch keinerlei Rechtsprechung gibt, an der man sich zur Konkretisierung orientieren könnte. Der bayerische Landesgesetzgeber betritt Neuland, und das verschärft die Anforderungen, die an die Bestimmtheit und Klarheit der Begrifflichkeiten zu stellen sind.

#### aa) Wortlaut

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist die „drohende Gefahr“ eine Tautologie.<sup>101</sup> Denn in der Gefahr steckt schon begrifflich das Element des Potenziellen, der noch fehlenden Verwirklichung, eben der Bedrohung, die sich noch nicht zu einem Schaden verdichtet hat. „Jede Gefahr droht; wenn nichts droht, besteht auch keine Gefahr.“<sup>102</sup> Die drohende Gefahr ist also nach allgemeinem Sprachverständnis die Gefahr einer Gefahr, also das Drohen eines drohenden Schadens. Die Wendung findet sich zwar u. a. im Grundgesetz in den Art. 11 Abs. 2, 87a Abs. 4 und 91 Abs. 1 GG sowie in § 6 Abs. 2 Alt. 2 VwVG. Aber diese Bestimmungen verstehen die „drohende Gefahr“ durchgängig als „konkrete“ bzw. „abstrakte Gefahr“ im Sinne des klassischen Gefahrenabwehrrechts.<sup>103</sup> Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich der Landesgesetzgeber an diese Bestimmungen hat anlehnen wollen. Es ist daher grundsätzlich sinnvoll, dass er versucht, sie in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG legal zu definieren.

Das ist allerdings nicht wirklich gelungen. Die Norm stellt auf bestimmte Lagen in Aufzählungen ab, welche zwischen ihrerseits nochmals verschachtelte Relativsätze gepresst werden, die dann mit dem sprachlich *verunglückten* Adverb „wonach“ – gemeint sein kann hier nur „dass“ – in ein Versatzstück des Begriffs der „drohenden Gefahr“ einleiten, der neben der zeitlichen Dimension auf die Betroffenheit von Rechtsgütern abstellt, die er indes zuvor schon erwähnt hat und im zweiten Satz der Bestimmung nochmals aufgreifen wird. Kurzum: Die Norm ist vollkommen unverständlich. Das lässt sich auch darauf zurückführen, dass der

<sup>101</sup> Ebenso *Degenhart*, Antrag auf Meinungsverschiedenheiten nach Art. 75 Abs. 3 der Verfassung des Freistaats Bayern v. 6. 6. 2018, <https://pag-kritik.de/wp-content/uploads/2018/06/ZweiteKlageBayGH.pdf>, S. 29.

<sup>102</sup> *Pieroth*, Befugnisserweiterung mit Begriffsverwirrung, GSZ 2018, 133 (135).

<sup>103</sup> Vgl. für Art. 11 Abs. 2 GG nur *Durner*, in: Maunz/Dürig [Begr.], Art. 11 [2012] Rn. 143: „Diese aus dem Polizeirecht entlehnte Formulierung ist nach den dort entwickelten Grundsätzen auszulegen, erfasst jedoch als an den Gesetzgeber gerichtete Ermächtigung auch abstrakte Gefahren. Der Vorbehalt greift somit ein, wenn den Schutzobjekten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Verletzung droht.“ – Auch für Art. 87a Abs. 4 und Art. 91 Abs. 1 GG wird überwiegend eine „konkrete Gefahr“ i. S. d. Polizeirechts verlangt, vgl. etwa *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. III, 3. Aufl. 2013, Art. 87a Rn. 29 und Art. 91 Rn. 10; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 91 Rn. 9f.; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 91 Rn. 9f. – Schließlich wird auch § 6 Abs. 2 Alt. 2 VwVG im Sinne einer unmittelbar bevorstehenden konkreten Gefahr (*Deutsch/Burr*, in: Bader/Ronellenfisch [Hrsg.], Beck-OK VwVfG, § 6 VwVG [2018] Rn. 23) und damit gänzlich anders als der nun durch Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG eingeführte Topos interpretiert.

Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG seine bisherige, in den Art. 11 Abs. 1 und 2 PAG bewährte Regelungstechnik aufgegeben hat. Hier wird nämlich in Abs. 1 zunächst der eigentliche Fahrentatbestand legal definiert („eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“), während in Abs. 2 S. 1 die mit den Gefahrenabwehrmaßnahmen verfolgten Ziele bestimmt werden, die also nicht Inhalt der Definition der Gefahr sind. Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG integriert hingegen in die Definition der drohenden Gefahr auch die bei deren Vorliegen zulässigen Maßnahmen („um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern“). Diese beschreiben aber nach der gewachsenen Dogmatik des Gefahrenabwehrrechts nicht die Eingriffsschwelle der Gefahr, sondern regeln auf der Rechtsfolgenseite, was die Polizei bei Vorliegen der Gefahr unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Art. 4 PAG) und der Grundrechte nach pflichtgemäßem Ermessen (Art. 5 PAG) zur Abwehr der Gefahr tun darf. Der bayerische Gesetzgeber hat sich von diesen Unterscheidungen der etablierten Grundstrukturen des Gefahrenabwehrrechts entfernt; diese werden daher auch nicht mehr dazu beitragen können, seine begriffliche Neuschöpfung hermeneutisch zu verdichten.

Wenig zur Klärung trägt auch bei, dass Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG mehrfach terminologisch auf die „konkrete Gefahr“ rekurriert, indem der zunächst ebenso wie Art. 11 Abs. 1 PAG auf den „Einzelfall“ abstellt und sodann bei der Beschreibung der Gefahrenlagen eine „konkrete Wahrscheinlichkeit“ (Nr. 1) bzw. ein „konkretisiertes Geschehen“ verlangt. Das sind die Begrifflichkeiten des klassischen Gefahrenabwehrrechts. Sie würden für eine auch in einem Standardkommentar zum PAG vertretene und von der Gesetzesbegründung sogar aufgegriffene<sup>104</sup> Auffassung sprechen, der Begriff der „drohenden Gefahr“ sei „lediglich ein synonymmer Ausdruck für eine konkrete Gefahr“.<sup>105</sup> Wenn das so wäre, hätte man allerdings auf Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG verzichten können. Aber so ist es nicht. Die Wendungen „unbeschadet der Abs. 1 und 2“ und „die Entstehung einer Gefahr [...] verhindern“ machen deutlich, dass der bayerische Landesgesetzgeber die Eingriffsschwelle für Gefahrenabwehrmaßnahmen in das Vorfeld der Gefahr vorverlagern wollte. Aber der kryptische Wortlaut der Norm lässt nicht erkennen, worin sich die „drohende Gefahr“ von den etablierten, auch im bayerischen Poli-

---

<sup>104</sup> Dazu gleich bb).

<sup>105</sup> So *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 54.

zeirecht nach wie vor Gültigkeit beanspruchenden Gefahrtypen des traditionellen Gefahrenabwehrrechts unterscheiden soll.

Die Tatsache, dass der Wortlaut der Norm mehr Verwirrung stiftet als Klarheit schafft, ist rechtsstaatlich von Belang. Zwar müssen Verwaltung und Gerichte den Inhalt einer Norm methodisch auch über deren Genese, ihren systematischen Kontext und ihren Sinn und Zweck erschließen. Aber Bestimmtheit und Normenklarheit bedingen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Normenwahrheit.<sup>106</sup> Der Gesetzesadressat muss den Inhalt rechtlicher Regelungen auch ohne spezielle Kenntnisse mit hinreichenden Sicherheit feststellen können. Daher verwirklichen sich die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normklarheit und Bestimmtheit primär im Wortlaut einer Norm.

### **bb) Gesetzesbegründung**

Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass Gesetze durch eine langjährige Konkretisierung, die auch andere Auslegungsmethoden einbezieht, hinreichende Bestimmtheit erlangen können, wie es auch bei den Schutzgütern der polizeilichen Generalklausel („öffentliche Sicherheit und Ordnung“) der Fall war.<sup>107</sup>

Eine Grundlage dafür könnte die genetische Auslegung sein, die Aufschluss darüber geben könnte, welche Vorstellungen den Gesetzgeber geleitet haben. Diese ergeben sich primär aus der amtlichen Begründung für das Gesetz. Dort wird die „aktuelle Terrorlage“ angeführt, die „eine, im Einzelfall auch langanhaltende Überwachung der von Seiten der Sicherheitsbehörden als gefährlich eingeschätzten Personen“ erfordere. Aber auch „Gefahren von Personen aus dem nicht terroristischen Spektrum, wie etwa aus Amokläufen mit ihren teilweise erschreckend hohen Opferzahlen“, stellten eine hohe Bedrohung der öffentlichen Sicherheit dar.<sup>108</sup> Daher müsse u. a. „das präventivpolizeiliche Befugnisinstrumentarium unverzüglich dieser Bedrohungslage angepasst werden.“ Folglich müsse, wie es in einem erläuternden Aufsatz aus dem Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr heißt, „der Polizei ermöglicht [werden], unter bestimmten Voraussetzungen nun frühzeitiger, nämlich schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr, einige polizeiliche Maßnahmen anzuordnen.“<sup>109</sup>

<sup>106</sup> BVerfGE 107, 218 (256); 114, 196 (236f.); 132, 334 (350, 360).

<sup>107</sup> BVerfGE 54, 143 (144f.).

<sup>108</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 9.

<sup>109</sup> Müller, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVBl. 2018, 109 (111).



## (1) Unzutreffende Bezugnahme auf das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Der Gesetzentwurf sieht sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dessen „moderate, von den Voraussetzungen her eng begrenzte Arrondierung des polizeirechtlichen Gefahrbegriffs“ er aufgreife. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz vom 20. 4. 2016<sup>110</sup>

„insbesondere mit Blick auf Terrorgefahren ausdrücklich festgestellt, dass der Gesetzgeber bei Eingriffstatbeständen von Verfassungen wegen nicht von vornherein auf das tradierte sicherheitsrechtliche Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren beschränkt ist, sondern dass er die Grenzen ggf. auch weiter ziehen kann, indem er *die Anforderungen an den Kausalverlauf reduziert*.“<sup>111</sup>

In der Tat paraphrasiert die Gesetzesbegründung zu Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG zunächst weitgehend Rn. 112 des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz;<sup>112</sup> die Definition in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG sei „in enger Anlehnung an die inhaltlich-zeitlichen Vorgaben des BVerfG“<sup>113</sup> entstanden. Daraus leiten Befürworter des Gesetzes ab, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich „auf der sicheren Seite“ sei, denn schließlich habe er nur die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts übernommen.<sup>114</sup> Dieses Argument kann sich, selbst wenn es richtig wäre (es ist es nicht!), aber nur auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beziehen, aber nicht auf die Frage der Bestimmtheit und Klarheit der in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG enthaltenen Definition der „drohenden Gefahr“. Denn diese findet sich so weder im Urteil des Bundesverfassungsgerichts noch sonst irgendwo, insbesondere auch nach wie vor nicht im BKA-Gesetz. Die Verantwortung für die Unbestimmtheit der Norm kann der Gesetzgeber damit nicht auf das Bundesverfassungsgericht abschieben.

Man kann aus der Bezugnahme auf das BKAG-Urteil aber möglicherweise ableiten, was der bayerische Gesetzgeber regeln wollte, was also nach seiner Vorstellung die „drohende“ von den anderen Attributen der Gefahr unterscheidet. Schließlich wird ja im BKAG-Urteil der Topos „drohende Gefahr“ ausdrücklich erwähnt. Aber der bayerische Gesetzgeber reißt ihn aus den Zusammenhängen, in denen das Bundesverfassungsgericht ihn verwendet. Die

---

<sup>110</sup> BVerfGE 141, 220.

<sup>111</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 9; Hervorhebung nur hier.

<sup>112</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 9.

<sup>113</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 10.

<sup>114</sup> So explizit *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl. 2018, 156 (159); sinngemäß auch *Holzner*, in: *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), BeckOK BayPAG, Art. 11 [2018] Rn. 175.

Wendung gehört nämlich in den ersten Teilabschnitt der oben bereits zitierten Rn. 112 des BKAG-Urteils, der vor der den zweiten Teilabschnitt einleitenden Wendung „in Bezug auf terroristische Straftaten“<sup>115</sup> endet. In diesem ersten Abschnitt befasst sich das Bundesverfassungsgericht zunächst mit den Anforderungen, die an das Vorliegen einer konkreten Gefahr zu stellen sind. Der Satz, in dem die „drohende Gefahr“ erwähnt wird, definiert nicht etwa, was darunter zu verstehen ist, sondern behandelt ganz im Gegenteil die Voraussetzungen, unter denen eine in dem vorstehenden Sinne „hinreichend konkretisierte Gefahr“ vorliegt. Indem es zudem im Folgesatz eine Konkretisierung des Sachverhalts in sachlicher, zeitlicher und personaler Hinsicht fordert, grenzt das Bundesverfassungsgericht deutlich vom Gefahrenvorfeld ab. Daraus erhellt, dass das Bundesverfassungsgericht das Adjektiv „drohend“ nicht in einem attributiven Sinne verwendet hat (also wie das „konkret“ und „abstrakt“ bei Gefahr), sondern als Prädikat, das der näheren Bestimmung dessen dient, was die Gefahr im Allgemeinen ausmacht.<sup>116</sup> Mit identischen Worten werden hier also unterschiedliche Begriffsverständnisse verknüpft.<sup>117</sup> Denn anders als es der bayerische Gesetzgeber meint, hat das Bundesverfassungsgericht mit der Verwendung der „drohenden Gefahr“ keine neue polizeirechtliche Gefahrkategorie neben der „konkreten“ und „abstrakten“ Gefahr etabliert.

Erst im zweiten Teilabschnitt der Rn. 112 des BKAG-Urteils macht das Bundesverfassungsgericht „[i]n Bezug auf terroristische Straftaten“ Abstriche in dem Sinne, zumindest „Überwachungsmaßnahmen [könnten] auch dann erlaubt werden, wenn ein Geschehen weder sachlich noch zeitlich konkret absehbar ist, aber das Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie terroristische Straftaten begehen wird.“<sup>118</sup> An dieser Stelle, aber eben auch erst hier, öffnet das Bundesverfassungsgericht das Gefahrenabwehrrecht für Vorfeldbefugnisse, für die auf bestimmte Komponenten der „konkreten Gefahr“ verzichtet werden kann. Der bayerische Gesetzgeber erweckt demgegenüber in seiner Gesetzesbegründung den Eindruck, dass die gesamte Rn. 112 des BKAG-Urteils (und nicht nur ihr zwei-

---

<sup>115</sup> BVerfGE 141, 220 (272).

<sup>116</sup> So auch *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (147f.).

<sup>117</sup> *Augsberg*, Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 der Bayerischen Verfassung über die Frage der Verfassungskonformität des „Gesetzes zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen“ vom 24. Juli 2017, v. 26. 3. 2018, <https://katharina-schulze.de/wp-content/uploads/2018/04/Klageschrift-BayPAG-Novelle-2017.pdf>, S. 31.

<sup>118</sup> BVerfGE 141, 220 (272f.).

ter Teilabschnitt) der „drohenden Gefahr“ in dem von ihm verstandenen Sinne gewidmet ist. Zu diesem Zweck wird der Ausnahmecharakter, den „terroristische Straftaten“ in der Rn. 112 einnehmen, sprachlich eingeebnet, indem es heißt:

„Maßnahmen kommen gemäß dem BVerfG *gerade* im terroristischen Bereich *aber auch dann* in Betracht, wenn zwar ein konkretes Geschehen noch nicht im vorgenannten Sinne erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“<sup>119</sup>

Während Rn. 112 des BKAG-Urteils im Übrigen zum Teil wortwörtlich in die Gesetzesbegründung hineinkopiert wurde, wird nun ausgerechnet hier von den Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts abgewichen. Das geschieht indes nicht ohne Grund: Mit den hier herausgehobenen Worten „gerade“ und „aber auch dann“ versucht der Gesetzgeber den Eindruck zu erwecken, als habe das Bundesverfassungsgericht terroristische Straftaten nur als eines, von mehreren Anwendungsfeldern der „drohenden Gefahr“ angesehen. Dadurch wird die „drohende Gefahr“ subkutan zum Alltagsvokabular des bayerischen Gefahrenabwehrrechts. Dieser semantische Kniff fügt sich ein einen sprachpolitischen Duktus, der an George Orwells „Neusprech“<sup>120</sup> erinnert. Auf der einen Seite werden zwar allenthalben Bedrohungsszenarien inszeniert, die ein neues polizeiliches Instrumentarium erforderten;<sup>121</sup> damit wird die sicherheitspolitische Entschlossenheit des Freistaats dokumentiert. Auf der anderen Seite wird dann aber in zwei aufeinander folgenden Sätzen gleich zweimal (damit allerdings einmal zu oft) sedierend formuliert, es handele sich doch bloß um eine „moderate“ bzw. „begrenzte“ „Arrondierung“ des polizeilichen Gefahrenbegriffs.<sup>122</sup> Dieses semantische „Framing“ vermag zwar vielleicht politische Wahrnehmungen steuern (nur „Abrundung“ des Vorhandenen; also nur „halb so wild“), aber es bricht sich an den rechtsdogmatischen Kategorien des Gefahrenabwehrrechts. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

## **(2) Die rechtsdogmatische „Ortlosigkeit“ der „drohenden Gefahr“**

Die „Arrondierungsthese“ versucht, den Schein der Kontinuität zu wahren, indem sie die „drohende Gefahr“ in den unmittelbaren Sachkontext der „abstrakten“ und „konkreten Ge-

<sup>119</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 9; Hervorhebung nur hier.

<sup>120</sup> Orwell, 1984, 1948.

<sup>121</sup> So die Ausführungen in LT-Drucks. 17/16299, S. 1f.

<sup>122</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 9. Zustimmung aufgegriffen wird der Begriff „Arrondierung“ von Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl. 2018, 156 (158).

fahr“ stellt bzw. sogar mit diesen gleichstellt. Auch werden Beziehungen zum „Gefahrenverdacht“ hergestellt. Aber die „drohende Gefahr“ hat, so wie sie die Gesetzesbegründung begreift, im Kreis dieser Gefahrbegriffe keinen Ort.<sup>123</sup>

### **(a) Verhältnis zur abstrakten Gefahr**

So wird zunächst gesagt, es gebe doch schon jetzt polizeiliche Standardbefugnisse (wie etwa die Schleierfahndung, Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG), die „*unterhalb* der Schwelle einer klassischen konkreten Gefahr zur Anwendung gelangen können.“<sup>124</sup>

Schon diese Formulierung („unterhalb“) zeigt, dass den VerfasserInnen die Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Gefahr nicht so recht präsent ist. Denn bei dieser Unterscheidung geht es eben gerade nicht, wie bei der „drohenden Gefahr“, um mehr oder weniger intensive Anforderungen an eine Prognose.<sup>125</sup> Vielmehr ist der Bezugspunkt unterschiedlich: Bei der konkreten Gefahr ist es der einzelne Fall, bei der abstrakten der typische Fall: „Die abstrakte Gefahr ist abstrakt, weil sie mit Ausnahme der typischen Merkmale auch von den sonstigen für das befürchtete Schadensereignis relevanten Merkmalen abstrahiert.“<sup>126</sup> Die „drohende Gefahr“ bezieht sich hingegen schon nach dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG auf den „Einzelfall“, setzt also eine konkrete und gerade keine abstrakte Gefahr voraus. Der aus dem Verwaltungsrecht stammende und nur vereinzelt für Einzelmaßnahmen vorausgesetzte Topos der „abstrakten Gefahr“ wird daher im Schrifttum verbreitet und zu Recht als ungeeignet angesehen, Vorfeldbefugnisse dogmatisch zu konturieren (und damit auch verfassungsrechtlich zu legitimieren).<sup>127</sup>

### **(b) Verhältnis zur konkreten Gefahr**

Die „Arrondierungsthese“ verunklart aber auch das Verhältnis der „drohenden“ zur „konkreten“ Gefahr. „(B)ereits heute“ werde der „der Begriff der ‚drohenden Gefahr‘ zur Charakterisierung einer konkreten Gefahr herangezogen, bei der eine besondere Nähe des – jedoch absehbaren – Schadenseintrittes nicht vorliegt.“ Als Nachweis für diese Aussage wird, neben einem weiteren, hier allerdings unergiebigem Nachweis, eine Kommentierung von *Wilhelm*

<sup>123</sup> Ebenso *Pieroth*, Befugnisserweiterung mit Begriffsverwirrung, GSZ 2018, 133 (134f.).

<sup>124</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 9; Hervorhebung nur hier.

<sup>125</sup> *Leisner-Egensperger*, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018, 677 (685); *Voßkuhle*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 2007, 908 (908).

<sup>126</sup> *Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (360).

<sup>127</sup> *Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (587); *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011, S. 298f.

*Schmidbauer* herangezogen. Dieser führt aber aus, die „drohende Gefahr“ sei lediglich „ein synonyme Ausdruck für eine konkrete Gefahr“.<sup>128</sup> Das ist widersprüchlich: Auf der einen Seite wird mit Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG eine weitere Generalklausel für „drohende Gefahren“ neben Art. 11 Abs. 1 PAG geschaffen, welcher eine konkrete Gefahr voraussetzt und sollen ja gerade „im Vorfeld einer klassischen konkreten Gefahr“<sup>129</sup> Handlungsbefugnisse eingeräumt werden. Auf der anderen Seite soll aber die „drohende“ mit der „konkreten“ Gefahr“ identisch sein.

Insgesamt ist die zitierte Aussage in der Gesetzesbegründung zumindest unscharf. Es wird nämlich nicht gesagt, ob sich die „Nähe“ des Schadenseintritts, die bei der drohenden Gefahr verzichtbar sein soll, auf ein sachliches, persönliches, örtliches oder zeitliches Moment bezieht. Es ist ja gefahrenabwehrrechtliche Selbstverständlichkeit, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit in Abhängigkeit von der Dimension des drohenden Schadens und des betroffenen Rechtsguts variieren.<sup>130</sup> Dazu braucht man keinen neuen Gefahrenbegriff, denn es gibt, wenn man so will, eben mehr oder weniger konkrete Gefahren. Dennoch beziehen sich alle Wahrscheinlichkeitsurteile, die der konkreten (und auch der abstrakten!) Gefahr zugrunde liegen, auf Kausalverläufe und auf Schadensereignisse, die sich zu einem gewissen Grad konkretisieren lassen.<sup>131</sup> Dabei kann die Konkretisierung sowohl in sachlicher und personeller als auch in örtlicher und zeitlicher Dimension möglich sein. Die konkrete Gefahr ist daher in zweifacher Weise konkret: Zum einen beruht die Prognose auf einem konkreten Wahrscheinlichkeitsurteil, das nicht nur die typischen, sondern alle Umstände des Sachverhalts mit einbezieht; zum anderen ist das befürchtete Schadensereignis in verschiedenen Dimensionen konkretisiert.<sup>132</sup>

In den einzelnen Dimensionen ist der Grad der Konkretisierung variabel. Manchmal sind in allen Dimensionen alle wesentlichen Aspekte des Schadensereignisses absehbar. Will sich jemand in suizidaler Absicht von einer Brücke stürzen, sind sowohl die Art des Kausalverlaufs und des Schadens als auch die konkrete Person als auch der Ort und Zeitpunkt konkretisiert. Fährt hingegen jemand in stark alkoholisiertem Zustand mit einem Kraftfahrzeug, ist zwar

---

<sup>128</sup> *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 54.

<sup>129</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 11.

<sup>130</sup> S. vorstehend II.

<sup>131</sup> Das Folgende aus *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 13.

<sup>132</sup> Dazu und zum Folgenden vor allem *Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (356ff.).

die Art des Schadenereignisses – ein Unfall – konkretisiert, aber selbst in der Sachdimension ist offen, ob sich ein Personen- oder nur ein Sachschaden verwirklicht, in der personellen Dimension ist noch ungewiss, ob nur die Rechtsgüter des Fahrers oder auch Dritter betroffen sein werden, und auch der Zeitpunkt und der Ort des befürchteten Schadensereignisses lässt sich nicht genau bestimmen, wenn auch anhand der zu erwarteten Fahrzeit und -strecke immerhin eingrenzen. Typischerweise hat es die Polizei mit Gefahren zu tun, bei denen die befürchteten Schadenereignisse in den einzelnen Dimensionen jedenfalls eingrenzbar sind. Dass eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass irgendetwas passieren wird, begründet hingegen weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefahr im Sinne des Polizeirechts.

In diesem Sinne betont auch die Gesetzesbegründung, dass auch die „drohende Gefahr“ nicht schon bei „bloßen Vermutungen“<sup>133</sup> ausgelöst werde. Aber eine positive Bestimmung dessen, worin denn die Abstriche der „drohenden“ gegenüber der „konkreten Gefahr“ bestehen sollen, findet sich hier nicht.

### **(c) Verhältnis zum Gefahrenverdacht**

Schließlich darf die „drohende Gefahr“ auch nicht mit dem „Gefahrenverdacht“ gleichgesetzt werden, mit dem sie auch von amtlicher Seite teilweise in Verbindung gebracht wird.<sup>134</sup>

Denn der Gefahrenverdacht bezieht sich auf Unsicherheiten bei der diagnostischen Bewertung eines bestimmten, im Übrigen bereits hinreichend konkretisierten Geschehens.<sup>135</sup> Beim Gefahrenverdacht geht es nicht um die prognostische Frage, ob ein bestimmtes Geschehen in einen Schaden einmünden wird (insbesondere: ob eine bestimmte potenziell gefährliche Person irgendwann einmal eine nach Ort, Zeit und Ausmaß noch nicht konkretisierte Straftat begehen wird), sondern um die diagnostische Klärung, ob diejenigen Umstände, die die für die konkrete Gefahr hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit begründen, tatsächlich gegeben sind. Es besteht also schon ein in persönlicher, sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht konkretisierter Sachverhalt, der aber zur Vorbereitung von Gefahrenabwehrmaßnahmen noch der Aufklärung durch einen sog. Gefahrerforschungseingriff<sup>136</sup> bedarf.<sup>137</sup> Dieser

---

<sup>133</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 10.

<sup>134</sup> Müller, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVBl. 2018, 109 (111).

<sup>135</sup> Dazu und zum Folgenden bereits oben II.

<sup>136</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 59f.; Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 2007, 908 (909).

bezieht sich allein auf die Unsicherheit bei der Beurteilung eines konkreten Sachverhalts, aber nicht auf die Unsicherheit, wie sich zukünftige Ereignisse entwickeln.<sup>138</sup> Nur in dieser Bedeutung hat das Preußische Oberverwaltungsgericht den Gefahrerforschungseingriff auch eingeführt: Mit ihm „greift die Polizei nur vorläufig und nur insoweit ein, als dies nötig ist, um die pflichtgemäße Aufklärung eines zweifelhaften Tatbestands herbeizuführen.“<sup>139</sup> Die Tatbestände, die nun im bayerischen Recht eine „drohende Gefahr“ als Eingriffsschwelle benennen, sollen aber gerade bei prognostischen Unsicherheiten gelten, wenn also noch unklar ist, ob und ggfs. wo und wie sich die von einer als gefährlich vermuteten Person ausgehenden Gefahren realisieren.

Der Gefahrenverdacht begründet also, die durch einen Gefahrerforschungseingriff noch zu analysierenden Tatsachen als zutreffend zugrunde gelegt, eine konkrete Gefahr.<sup>140</sup> „Für zeitlich gestreckte Geschehensabläufe, bei denen die Manifestation der Willensentscheidung von Personen als Unterbrechungsmoment dazwischentritt“, ist der Gefahrverdacht daher nicht geeignet.“<sup>141</sup> Er ist damit kein geeigneter Anknüpfungspunkt, an den ein Gefahrbegriff anknüpfen könnte, bei dem allein das personale Moment der Gefahr hinreichend konkretisiert ist, aber eben noch nicht feststeht, wann, wie und wo sich die Gefahr realisiert.

### cc) Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die Legaldefinition des Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG lässt nicht mit verfassungsrechtlich hinreichender Bestimmtheit erkennen, was der Gesetzgeber unter einer „drohenden Gefahr“ versteht. Die Gesetzesbegründung changiert zwischen gefahrenabwehrrechtlichen Selbstverständlichkeiten, für die es keiner Neuregelung bedurft hätte, auf der einen Seite, und dogmatisch unterkomplexen und reichlich diffusen Fortschreibungsversuchen der vorhandenen Begrifflichkeiten des Gefahrenabwehrrechts. Sie vermag daher den sprachlich verunglückten Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG nicht nur nicht zu erklären, sondern verstärkt die Unklarheit und Unbestimmtheit des Tatbestandes.

---

<sup>137</sup> Schon klassisch ist OVG Hamburg, NJW 1986, 2005: Ein Anrufer meldet bei der Polizei, dass auf der I-Straße in der Stadt S ein Löwe frei umherläuft. Das begründet, wenn der Löwe tatsächlich unbegleitet wäre, eine sächlich, örtlich und zeitlich konkretisierte Gefahr. Die Polizei kann daher die Gefahr erforschen, indem sie ausrückt und den Sachverhalt prüft. Ferner etwa das Beispiel bei *Poscher*, Der Gefahrverdacht – Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, NVwZ 2001, 141 (142).

<sup>138</sup> *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 54.

<sup>139</sup> PrOVG 77, 333 (338).

<sup>140</sup> In diesem Sinne bereits *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 94ff.

<sup>141</sup> *Leisner-Egensperger*, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018, 677 (685).

Der Tatbestand der „drohenden Gefahr“ ist damit zu unbestimmt und daher auch unverhältnismäßig. Art. 11 Abs. 3 PAG ist daher auch unabhängig davon verfassungswidrig, dass der Schutz einzelner, im Folgenden näher zu behandelnder Rechtsgüter im Gefahrenvorfeld nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchaus legitim wäre.

## **b) Bedeutende Rechtsgüter**

Auch der Katalog der in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG genannten „bedeutenden Rechtsgüter“ lässt einige Fragen offen. Dabei geht es teilweise auch um die Bestimmtheit einzelner Tatbestandsmerkmale, vor allem aber um die Verhältnismäßigkeit. Denn der Katalog ist, nicht nur aufgrund seiner Unbestimmtheit, viel zu weit gefasst und lässt damit im Gefahrenvorfeld Grundrechtseingriffe zu, die nach Maßgabe der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungswidrig sind.<sup>142</sup>

### **aa) Zu weitgehender Rechtsgüterschutz im Gefahrenvorfeld**

Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG ermächtigt die Polizei, die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern; welche Rechtsgüter in diesem Sinne „bedeutend“ sind, folgt aus Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG. Grundlage für die Frage, der Schutz welcher Rechtsgüter polizeiliche Befugnisse im Vorfeld legitimiert, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Aus ihr folgt, dass Vorfeldmaßnahmen auf den Schutz vor terroristischen Angriffen beschränkt bleiben müssen (dazu (1)). Der Rechtsgüterkatalog des bayerischen PAG genügt dem nicht, weil er Vorfeldbefugnisse nicht mehr nur als Ausnahme-, sondern als Regelfall zulässt ((2)):

#### **(1) Bundesverfassungsgericht: Begrenzung von Vorfeldmaßnahmen auf die Abwehr terroristischer Gefahren**

Grundsätzlich ist nichts dagegen zu sagen, dass der Landesgesetzgeber die Eingreifschwelle für Vorfeldmaßnahmen über einen Katalog von Rechtsgütern definiert. Er gibt damit die bisherige Regelungstechnik (vgl. Art. 30 Abs. 5 PAG a. F.) auf, die Eingriffsvoraussetzungen über Kataloge von Straftaten zu bestimmen, nachdem das Bundesverfassungsgericht dies für zu unbestimmt erklärt hatte. Die Bezugnahme auf Kataloge von bestimmten Straftaten

„nimmt den Anforderungen an den Grad der Rechtsgutgefährdung ihre Klarheit und führt zu Unsicherheiten, wenn schon die Straftatbestände selbst Vorberei-

---

<sup>142</sup> Vgl. zum Zusammenhang zwischen fehlender Bestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit nochmals oben 1.



tungshandlungen und bloße Rechtsgutgefährdungen unter Strafe stellen. Stattdessen bietet sich an, gesetzlich unmittelbar die Rechtsgüter in Bezug zu nehmen, deren Schutz eine Verwendung der Daten rechtfertigen soll, sowie die Intensität der Gefährdung dieser Rechtsgüter, die als Eingriffsschwelle hierfür erreicht sein muss. Eine solche Regelung entspricht dem Charakter der Gefahrenabwehr als Rechtsgüterschutz und gewährleistet eine unmittelbare Anknüpfung an das maßgebliche Ziel, das den Grundrechtseingriff rechtfertigen soll.“<sup>143</sup>

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in allen Entscheidungen, die informationelle Vorfeldbefugnisse zum Gegenstand hatten, klargestellt, dass die Eingriffsschwelle auf den Schutz „besonders gewichtige[r] Gemeinschaftsgüter“<sup>144</sup> begrenzt werden müsse. Es hat daher schon die Vorratsdatenspeicherung nur zur Abwehr von „Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr einer gemeinen Gefahr“<sup>145</sup> zugelassen. Mit der „gemeinen Gefahr“ ist dabei eine Sachlage gemeint, bei der eine unbestimmte Zahl von Personen oder zahlreiche Sachwerte von mindestens insgesamt hohem Wert gefährdet sind.<sup>146</sup> Im BKAG-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht sodann die Befugnis zu Maßnahmen der Gefahrenabwehr im Vorfeld einer konkreten Gefahr auf den Schutz vor terroristischen Straftaten beschränkt.<sup>147</sup>

Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG geht, wie unten<sup>148</sup> noch näher zu zeigen sein wird, über diese Vorgaben hinaus. Die Gesetzesbegründung erklärt das im Ausgangspunkt grundsätzlich nachvollziehbar damit, dass sich „zu besorgende schwere Rechtsgutverletzungen, die mit erheblicher Gewalteinwirkung verbunden sein können, im Stadium einer drohenden Gefahr nicht stets bereits einer klaren Kategorie wie Terrorismus, Extremismus oder anderweitig motivierte Kapitaldelikte zuordnen, was aber Maßnahmen zur Aufklärung und ggf. Abwehr der weiteren Gefahrstehung keineswegs verhindern darf.“<sup>149</sup> Dabei wird aber übersehen, dass das Bundesverfassungsgericht das Wort „terroristisch“ auch nicht in diesem engen Sinne versteht. Es geht nicht, wie der Begriff vielleicht insinuiieren könnte, um eine bestimmte, andere Ursachen ausschließende Gefahrenquelle, sondern um einen speziellen Tatmodus, der nicht nur auf die Beeinträchtigung gewichtiger *individueller* Rechtsgüter zielt, sondern *zugleich auch das Gemeinwesen* treffen soll:

---

<sup>143</sup> BVerfGE 125, 260 (329f.).

<sup>144</sup> BVerfGE 141, 220 (270).

<sup>145</sup> BVerfGE 125, 260 (330).

<sup>146</sup> Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 78; vgl. auch BVerfGE 109, 279 (379).

<sup>147</sup> BVerfGE 141, 220 (272).

<sup>148</sup> S. (2).

<sup>149</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 10.

„Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus in diesem Sinne zielen auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens und umfassen hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben beliebiger Dritter. Sie richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes.“<sup>150</sup>

Das Bundesverfassungsgericht lässt für Vorfeldmaßnahmen also nicht generell den Schutz bedeutender Rechtsgüter ausreichen, sondern nur, wenn die Angriffe in ihrer Dimensionierung zugleich als Gefährdungen des Gemeinwesens angesehen werden müssen. Das entspricht letztlich dem Topos der „gemeinen Gefahr“. Dementsprechend spricht es schon in der Entscheidung „Online-Durchsuchung“ im Hinblick auf die schützenswerten Rechtsgüter nicht von Individuen („des Menschen), sondern von den „Grundlagen der Existenz der Menschen“<sup>151</sup>. Auch die Wendung „terroristische[.] Straftaten“ in Rn. 112 des BKAG-Urteils ist daher mit Bedacht gewählt, denn in ihr kommt die systemische Dimension der Bedrohung zum Ausdruck.<sup>152</sup> Gerade durch diesen über den individuellen Rechtsgüterschutz hinausgehenden Gehalt wird der Ausnahmecharakter gewahrt, den das Bundesverfassungsgericht polizeilichen Vorfeldmaßnahmen zumisst, und wird verhindert, dass diese zum Bestandteil des Polizeialltags werden. Dementsprechend enthielt schon der Straftatenkatalog in Art. 30 Abs. 5 S. 1 PAG a. F. praktisch durchgängig Tatbestände, in denen es entweder ausschließlich oder jedenfalls auch um den Schutz der Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und des Gemeinwesens ging.

Um möglichen Missverständnissen auch hier nochmals vorzubeugen: Die Tatsache, dass Vorfeldmaßnahmen nur zulässig sind, wenn sie auch einem systemischen Schutz dienen, hindert die Polizei selbstverständlich nicht an der Verhütung von Straftaten, die allein individuelle Rechtsgüter betreffen, aber es bedarf dann eben einer konkreten und nicht einer nur drohenden Gefahr.

---

<sup>150</sup> BVerfGE 141, 220 (266).

<sup>151</sup> BVerfGE 120, 274 (328); aufgegriffen in BVerfGE 141, 220 (270f.). Hervorhebung nur hier.

<sup>152</sup> Das verkennt etwa *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl. 2018, 156 (160), der es für zulässig hält, Art. 11 Abs. 3 PAG „auf sämtliche drohende Gefahren für bedeutende Rechtsgüter“ zu erstrecken. Dieser Ausweitung in den polizeilichen Alltag wollte das Bundesverfassungsgericht aber mit den Worten „terroristische Straftaten“ (BVerfGE 141, 220 [272]) gerade einen Riegel vorschieben.

## **(2) Bayerisches PAG: Vorfeldbefugnisse als Regelfall**

Nachfolgend werden die einzelnen Tatbestände des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG am Maßstab der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht daraufhin untersucht, ob sie über den individuellen Rechtsgüterschutz hinaus auch eine systemische Komponente aufweisen, die ein Tätigwerden der Polizei im Vorfeld legitimiert:

### **(a) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 PAG („der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“) und Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG („Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“)**

Vor dem Hintergrund der unter (1) referierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsgüterschutz ist es noch ohne Weiteres nachvollziehbar, dass nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 „der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ ein bedeutendes Rechtsgut ist, wenn auch darauf zu achten sein wird, dass die Wendung nicht zu einer beliebigen Generalklausel verkommt.

Entsprechendes gilt für den Schutz der „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG. Darunter fallen „im Zusammenhang mit der Terrorismusabwehr“ nur „wesentliche Infrastruktureinrichtungen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen“<sup>153</sup>, also nicht etwa alle öffentlichen Sachen. Auch die Gesetzesbegründung hebt hervor, dass unter die Vorschrift vor allem Einrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge fallen.<sup>154</sup> So verstanden, geht es auch hier durchweg um einen über den individuellen Rechtsgüterschutz hinausgehenden Systemschutz, zu dem nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Polizei auch im Gefahrenvorfeld befugt sein kann; dies aber wohlgerne nur, wenn die Gefahrenlage, anders als dies in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG der Fall ist, hinreichend gesetzlich konkretisiert ist.

### **(b) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG („Leben, Gesundheit oder Freiheit“)**

Schwieriger fällt die Beurteilung bei Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG. Die Begriffe „Gesundheit“ und „Freiheit“ sind sehr offen und würden bei isolierter Wortlautauslegung auch den Schutz vor einfachen Körperverletzungen und geringfügigen Freiheitsbeschränkungen decken. Zwar wird diese Offenheit zunächst einmal durch die einschränkende Voraussetzung kompensiert,

<sup>153</sup> BVerfGE 133, 273 (365); vgl. auch BVerfGE 120, 274 (328): „Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen“.

<sup>154</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 10.

dass diesen Rechtsgütern „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ drohen müssen. Doch ist auch diese Wendung nicht sonderlich klar, denn sie unterstellt kontrafaktisch, dass es einerseits intensive Angriffe mit geringen Auswirkungen und andererseits geringfügige Angriffe mit erheblichen Auswirkungen geben soll. Sie belegt zwar, dass der Landesgesetzgeber nicht alle drohenden Gefährdungen von Gesundheit und Freiheit genügen lassen wollte.<sup>155</sup> Aber es wird nicht ganz deutlich, ob der Gesetzgeber die Schutzgüter in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG insgesamt, und das heißt auch in ihrer systemischen Dimension, in dem Sinn verstanden wissen wollte, in dem sie das Bundesverfassungsgericht insbesondere im BKAG-Urteil versteht.<sup>156</sup> So sind zwar drohende schwere Körperverletzungen und Tötungsdelikte schwerwiegende Straftaten, aber sie sind nicht immer (und vermutlich sogar sehr selten) wirklich gemeingefährlich und systemrelevant. Nicht jeder Mörder ist ein Terrorist. Trotzdem will der bayerische Gesetzgeber auch diese nicht auf das Gemeinwesen zielenden Taten ausweislich der Gesetzesbegründung (auch „anderweitig motivierte Kapitaldelikte“<sup>157</sup>) einbeziehen.

Die neue Vorfeld-Generalklausel wird dadurch zu einer Ermächtigungsgrundlage für die polizeiliche Alltagsarbeit. Das widerspricht aber der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere im BKAG-Urteil, das die Zulässigkeit von Vorfeldmaßnahmen auf systemrelevante Fälle beschränkt, sie aber eben nicht generell bei Gefährdung von Leben, Gesundheit und Freiheit zulässt.

Damit ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, wie ihn das Bundesverfassungsgericht in der oben unter (1) skizzierten Rechtsprechung entwickelt hat.

### **(c) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 PAG („die sexuelle Selbstbestimmung“)**

Entsprechendes gilt für „die sexuelle Selbstbestimmung“ im Sinne von Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 PAG. Niemand wird bestreiten, dass es sich dabei um ein bedeutendes individuelles Rechtsgut handelt. Aber wenn Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 PAG alle potenziellen Straftaten einschließen würde, die dieses Rechtsgut bedrohen, so wären polizeiliche Vorfeldmaßnahmen nicht mehr nur ausnahmsweise, sondern stets zulässig. Auch die Wendung „von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ (Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG) dürfte insoweit kaum eine einschränkende Wir-

<sup>155</sup> So ausdrücklich auch LT-Drucks. 17/16299, S. 10, wonach einfache Körperverletzungen nicht erfasst werden.

<sup>156</sup> BVerfGE 141, 220 (270): „Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“.

<sup>157</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 10.

kung entfalten, denn es sind keine Straftaten in diesem Bereich vorstellbar, die nicht von erheblicher Intensität und Auswirkung sind. Damit würden Vorfeldebefugnisse zum polizeilichen Alltag – eine Entwicklung, der das Bundesverfassungsgericht einen Riegel vorschieben wollte.

Auch insoweit ist die Bestimmung also unverhältnismäßig.

#### **(d) Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG („erhebliche Eigentumspositionen“)**

Schließlich überschreitet auch Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG die verfassungsrechtlichen Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht für polizeiliche Vorfeldebefugnisse gezogen hat.

Ohnehin ist schon nicht ganz klar und auch aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich, welche Eigentumsgegenstände der Gesetzgeber hier vor Augen hat. In Abgrenzung zum Tatbestand der Nr. 5 kann es sich nur um das Eigentum von Privatpersonen handeln. Dieses ist zwar verfassungsrechtlich schutzwürdig (Art. 14 Abs. 1 GG), aber es rechtfertigt keine Vorfeldebefugnisse:

„Einen uneingeschränkten Sachwertschutz hat das Bundesverfassungsgericht [...] nicht als ausreichend gewichtig für solche Maßnahmen angesehen. Es hat den Zugriff auf vorsorglich gespeicherte Daten [...] oder die Durchführung von Wohnraumüberwachungen jedoch auch bei einer gemeinen Gefahr [...] und Online-Durchsuchungen bei einer Gefahr für Güter der Allgemeinheit, die die Existenz der Menschen berühren, für im Grundsatz mit der Verfassung vereinbar gehalten.“<sup>158</sup>

Diese Ausführungen zeigen einmal mehr, dass polizeiliche Vorfeldmaßnahmen nur legitim sind, wenn und soweit sie einen systemischen Bezug haben (also etwa Sachen von besonderem öffentlichen Interesse schützen). Ein Schutz allein individueller Rechtsgüter reicht insoweit nicht aus.

#### **bb) Informationelle Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten**

Die Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht für die Zulässigkeit polizeilicher Vorfeldmaßnahmen zieht, haben noch einen weiteren Grund, der ebenfalls auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückzuführen ist. In der Entscheidung zum Antiterrordatei hat es nämlich aus der funktionalen Unterscheidung zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden, operative Gefahrenabwehr betreibenden Polizei auf der einen und den grundsätzlich verdeckt und im Gefahrenvorfeld arbeitenden Nachrichtendiensten auf der anderen Seite ein informatio-

---

<sup>158</sup> BVerfGE 141, 220 (270f.).

nelles Trennungsprinzip abgeleitet, das den Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und der Polizei nur ausnahmsweise zulässt.<sup>159</sup>

Das informationelle Trennungsprinzip steht in einem engen Kontext mit den Grenzen für Vorfeldbefugnisse, die das Bundesverfassungsgericht insbesondere im BKAG-Urteil gezogen hat. Seine konzeptionelle Grundlage ist nämlich ein System komplementärer Ermittlungs- und -handlungsbefugnisse, das *Christoph Gusy* treffend auf den Punkt gebracht hat:

„Weil die Polizei vergleichsweise enge Ermittlungsspielräume hat, darf sie sehr weitgehende Mittel einsetzen. Weil hingegen die deutschen Nachrichtendienste sehr weitgehende Ermittlungsspielräume haben, sind ihnen ‚polizeiliche Befugnisse‘ gerade versagt. Sehr pointiert formuliert lässt sich festhalten: Die Polizei darf weniger wissen und daher ihr Wissen auch zu sehr eingreifenden Maßnahmen gegen die Bürger verwenden. Die Nachrichtendienste dürfen mehr wissen und dieses Wissen daher weniger zu Lasten der Bürger einsetzen. Wer (fast) alles weiß, soll nicht alles dürfen; und wer (fast) alles darf, soll nicht alles wissen.“<sup>160</sup>

In der Entscheidung „Antiterrordatei“ ist dieses kompensatorisch geprägte Wechselspiel zwischen Befugnissen zur politischen Vorfeldaufklärung auf der einen und der operativen Gefahrenabwehr auf der anderen Seite<sup>161</sup> der Grund dafür, dass der Datenaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendiensten nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig ist. Denn das informationelle Trennungsprinzip wendet sich ja gerade gegen eine Polizei, die über ein umfassendes Arsenal operativer und namentlich auch aktioneller Handlungsbefugnisse verfügt und alles weiß. Daraus folgt dann aber gleichsam denklogisch, dass die Polizei nur begrenzte Befugnisse haben darf, die im grundsätzlichen Erfordernis einer „konkreten Gefahr“ zum Ausdruck kommen und im Gefahrenvorfeld nur ausnahmsweise zum Schutz gewichtiger Gemeinschaftsgüter greifen. Im bayerischen Polizeiaufgabengesetz mutieren diese Vorfeldbefugnisse hingegen zur Regel. Sie greifen nämlich nicht nur dort, wo es um operative Abwehr von Gefahren für die verfassungsmäßige Ordnung und das Gemeinwesen geht (hier ist sie legitim, weil die Nachrichtendienste keine aktionellen Befugnisse haben), sondern auch, soweit es um die Bekämpfung von Alltagsgefährdungen geht. Das kommt auch im ebenfalls zur Normenkontrolle gestellten Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG zum Ausdruck, der die Polizei bereits bei „drohender Gefahr“ ermächtigt, die Nachrichtendienste um die Über-

<sup>159</sup> BVerfGE 133, 277 (329); näher oben 1. b) bb).

<sup>160</sup> *Gusy*, Grundrechte und Verfassungsschutz, 2011, S. 2f.

<sup>161</sup> Dazu grundlegend und sehr klar BVerfGE 133, 277 (325-329).

mittlung von Daten zu ersuchen.<sup>162</sup> Die bayerische Polizei wird damit zu eben der Institution, die das Bundesverfassungsgericht mit dem Prinzip informationeller Trennung hatte verhindern wollte: eine Behörde, die sich den Nachrichtendiensten gleich durch Vorfeldbefugnisse viel Wissen aneignen kann und zugleich alle operativen Befugnisse der Polizei hat.

Der bayerische Landesgesetzgeber überschreitet damit durch die Ausweitung der Vorfeldbefugnisse die verfassungsrechtlichen Grenzen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, die das Bundesverfassungsgericht so sorgsam gezogen hat. Auch unter diesem Aspekt ist Art. 11 Abs. 3 PAG unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig.

### **c) Verantwortlichkeit**

Die rechtsstaatlich notwendigen Begrenzungen für polizeiliche Vorfeldmaßnahmen wirken sich auch auf die Frage der zulässigen Adressaten von Maßnahmen der Gefahrenabwehr aus.

Das Bundesverfassungsgericht greift die für das rechtsstaatliche Polizeirecht fundamentale Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Zustandsverantwortlichen auf der einen Seite (Art. 7, 8 PAG) und Nichtverantwortlichen (Art. 10 PAG) auf der anderen Seite<sup>163</sup> auf, indem es selbst bei vorfeldbezogenen Maßnahmen zur Abwehr terroristischer Straftaten fordert, dass

„das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“<sup>164</sup>

Das Bundesverfassungsgericht fordert also selbst bei einer drohenden Gefahr, bei der sich das Schadensereignis in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht noch nicht hinreichend konkret abzeichnet, eine Zuordnung dieser Gefahr zu einer bestimmten Person, damit die Maßnahme der Gefahrenabwehr „gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.“<sup>165</sup> Dementsprechend dürfen sich polizeiliche Vorfeldmaßnahmen „nur gegen diejenigen als Zielperson richten, die für die drohende [...] Gefahr verantwortlich sind.“<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> Zur Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift näher unten B. I. 9.

<sup>163</sup> Dazu umfassend *Lindner*, Die verfassungsrechtliche Dimension der allgemeinen polizeirechtlichen Adressatenpflichten, 1997, passim.

<sup>164</sup> BVerfGE 141, 220 (273).

<sup>165</sup> BVerfGE 141, 220 (305).

<sup>166</sup> BVerfGE 141, 220 (273).

Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG lässt aber ohne jede personale Zuordnung auch „Vorbereitungshandlungen“, ggfs. zusammen mit „weiteren Tatsachen“, genügen, um Eingriffe im Gefahrenvorfeld zu legitimieren. Dieses Defizit lässt sich auch nicht dadurch beheben, dass auf die allgemeinen Bestimmungen der Art. 7, 8 und 10 PAG zurückgegriffen wird.<sup>167</sup> Denn Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG knüpft ja in seiner Nr. 1 bereits an das individuelle Verhalten einer Person an. Würde Nr. 2 nur für den Verhaltensstörer i. S. v. Art. 7 PAG gelten, wäre die Vorschrift überflüssig, denn Vorbereitungshandlungen eines Verhaltensstörers könnten ohne Weiteres bereits unter die Nr. 1 subsumiert werden. Auch die Gesetzesbegründung lässt nicht erkennen, dass Nr. 2 nur auf Personen beschränkt wäre, denen konkrete Vorbereitungshandlungen zugeordnet werden können. Es lässt sich dem Gesetz zudem auch überhaupt nicht entnehmen, was eigentlich vorbereitet werden muss.

Aus alledem muss man schließen, dass der Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG gerade keine Begrenzung auf einen bestimmten Adressatenkreis hat vornehmen wollen. Dadurch franst der Tatbestand aber vollkommen aus, weil sich vorfeldbezogene Maßnahmen nunmehr auch gegen Unbeteiligte richten können, die für die Vorbereitungsmaßnahmen nicht selbst verantwortlich sind, aber dem Umfeld derjenigen zugeordnet werden können, die diese Vorbereitungsmaßnahmen durchführen. Polizeiliche Maßnahmen erhalten damit eine enorme Streubreite und gehen weit über das hinaus, was das Bundesverfassungsgericht bei individuell zuzuordnenden Gefahren noch zugelassen hat.<sup>168</sup>

Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG ist damit auch insoweit verfassungswidrig, als er in der Tatbestandalternative Nr. 2 keine personale Zuordnung zu einer konkreten Gefahr fordert und damit auch Maßnahmen gegen unbeteiligte Dritte zulässt.

---

<sup>167</sup> So aber *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl. 2018, 156 (163).

<sup>168</sup> Vgl. BVerfGE 141, 220 (268), wo explizit betont wird, dass es nicht um Maßnahmen mit großer Streubreite geht, sondern um einzelfallbezogene Befugnisse.



#### IV. Zusammenfassung

Art. 11 Abs. 3 PAG ist vollumfänglich verfassungswidrig:

- (1) Er löst die etablierte Struktur des rechtsstaatlichen Gefahrenabwehrrechts auf, das mit der Gefahr und der individuellen Zurechnung zu dieser Gefahr einfach-rechtlich abbildet, was verfassungsrechtlich als notwendige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit vorgegeben ist.
- (2) Er ist sprachlich derart verunglückt, dass es nicht gelingen kann, den Topos der „drohenden Gefahr“ mit hinreichender Bestimmtheit zu definieren und diesen in die Typologie der Gefahrenbegriffe einzuordnen. Insbesondere die Gesetzesbegründung belegt, dass auch der Gesetzgeber nur diffuse Vorstellungen über die Eingreifschwelle im Gefahrenvorfeld hat.
- (3) Über einen weitgefassten Katalog der im Gefahrenvorfeld schützenswerten Rechtsgüter verlegt der bayerische Gesetzgeber, auch als Verweisungsziel anderer Spezialbefugnisse, die Eingreifschwelle für polizeiliche Maßnahmen nicht nur ausnahmsweise, sondern für den Regelfall in das Gefahrenvorfeld. Damit missachtet er die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das polizeiliche Maßnahmen im Gefahrenvorfeld nur zur Abwehr systemischer Gefahren zulässt („terroristische Straftaten“) und damit zum Ausdruck bringt, dass polizeiliche Eingriffsbefugnisse im Gefahrenvorfeld die Ausnahme bleiben müssen. Zugleich hebt er damit das verfassungsrechtlich fundierte informationelle Trennungsprinzip zwischen Polizei und Nachrichtendiensten auf.
- (4) Er löst den ohnehin diffusen Tatbestand der „drohenden Gefahr“ von der individuell zurechenbaren Verantwortlichkeit, indem er bei nicht näher definierten und personal zugeordneten „Vorbereitungsmaßnahmen“ Eingriffe auch gegen Unbeteiligte zulässt.

## **B. Spezialbefugnisnormen, die Art. 11 Abs. 3 PAG inkorporieren**

Die Verfassungswidrigkeit von Art. 11 Abs. 3 PAG durchzieht sich, einem „weiterfressenden Mangel“ gleich, durch alle Bestimmungen, die die Norm entweder ganz oder teilweise inkorporieren. Die verfassungsrechtlichen Probleme werden dabei noch dadurch verschärft, dass die einschlägigen Spezialbefugnisnormen nicht „nur“ die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) betreffen, sondern zum Teil erheblich in spezielle Grundrechte eingreifen, die erhöhte Rechtfertigungsanforderungen generieren:

### **I. Vollständige Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG**

Diverse weitere Spezialbefugnisnormen sind schon deshalb verfassungswidrig, weil sie die Voraussetzungen der Befugnisgeneralklausel für Vorfeldmaßnahmen (Art. 11 Abs. 3 PAG) vollumfänglich inkorporieren:

#### **1. Identitätsfeststellung, Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG**

Gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. b) PAG ist die Identitätsfeststellung auch bei einer „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zulässig. Das sind alle in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG genannten Rechtsgüter.

Die Staatsregierung begründet die Neuregelung damit, dass sich die Identitätsfeststellung „in der Praxis als äußerst wirksames Instrument der polizeilichen Gefahrenabwehr“ erwiesen habe, weil von gefährlichen Handlungen bereits Abstand genommen werde, wenn die handelnde Person wisse, dass ihre Identität der Polizei bekannt ist:

„Um gefährliches Handeln bereits in einem frühzeitigen Stadium zu unterbinden, kann es daher schon im Vorfeld einer klassischen konkreten Gefahr erforderlich sein, die Identität von Störern festzustellen. Aus diesem Grund wird der Polizei ermöglicht, auch in Situationen der in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 definierten drohenden Gefahr und bezogen auf die die in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 genannten bedeutenden Rechtsgüter, Maßnahmen der Identitätsfeststellung durchzuführen.“<sup>169</sup>

Bereits die einfache, offene Identitätsfeststellung stellt einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG dar. Das folgt aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der es um die Verfassungsmäßigkeit einer Identitätsfeststellung ging, die damit begründet wurde, Versammlungsteilnehmer hätten einen Polizeieinsatz gefilmt und damit möglicherweise rechtswidrige Handlungen begangen:

---

<sup>169</sup> Dieses und die vorstehenden Zitate aus LT-Drucks. 17/16299, S. 10f.

„Die Feststellung der Identität einer Person durch Befragen und die Aufforderung, dass sie mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung aushändigt, greift in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Dieses Recht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [...]. Zwar ist das Gewicht des Grundrechtseingriffs verhältnismäßig gering, da die Identitätsfeststellung [...] weder heimlich noch anlasslos erfolgt und die Persönlichkeitsrelevanz der im Zusammenhang mit einer Identitätsfeststellung erhobenen Informationen von vornherein begrenzt ist [...]. Gleichwohl bedarf der Eingriff der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Einzelfall, im Rahmen derer die Gerichte bei der Anwendung und Auslegung des [einfachen Rechts, T. K.] gehalten sind, die Bedeutung und Tragweite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinreichend zu berücksichtigen.“<sup>170</sup>

Das Bundesverfassungsgericht betont in diesem Kontext, es gebe „keine allgemeine Verpflichtung, sich ohne Grund auf amtliche Aufforderung auszuweisen oder sonstige Angaben zu Personalien zu machen.“<sup>171</sup> Selbst bei einer vergleichsweise wenig eingriffsintensiven Maßnahme wie der herkömmlichen Identitätsfeststellung hat es daher gefordert, dass eine konkrete Gefährdung für ein Rechtsgut vorliegen müsse:

„Wenn das Anfertigen von Lichtbildern oder Videoaufnahmen eines Polizeieinsatzes unter Verweis auf die bloße Möglichkeit einer nachfolgenden strafbaren Verletzung des Rechts am eigenen Bild (nach § 22 Satz 1, § 33 Abs. 1 KunstUrhG) genügen sollten, um polizeiliche Maßnahmen wie eine Identitätsfeststellung [...] durchzuführen. Wer präventivpolizeiliche Maßnahmen bereits dann gewärtigen muss, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass sein Verhalten Anlass zu polizeilichem Einschreiten bietet, wird aus Furcht vor polizeilichen Maßnahmen auch zulässige Aufnahmen [...] und mit diesen nicht selten einhergehende Kritik an staatlichem Handeln unterlassen. Beabsichtigt die Polizei, wegen Lichtbildern und Videoaufnahmen präventivpolizeilich – sei es durch ein Film- oder Fotografierverbot [...], sei es wie hier durch eine Identitätsfeststellung – einzuschreiten, ergibt sich aus den durch die Maßnahme jeweils betroffenen Grundrechten – hier Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG – die Anforderung einer konkreten Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut.“<sup>172</sup>

Wohlgemerkt: Die Notwendigkeit, einer konkreten Gefahr wird hier nicht mit dem einfachen Recht begründet (für dessen Auslegung das Bundesverfassungsgericht auch nicht primär zuständig ist), sondern folgt unmittelbar aus dem Eingriff in das betroffene Grundrecht. Das Bundesverfassungsgericht betont damit einmal mehr die verfassungsrechtliche Notwendig-

<sup>170</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.7.2015, 1 BvR 2501/13, Rn. 12.

<sup>171</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.7.2015, 1 BvR 2501/13, Rn. 11.

<sup>172</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.7.2015, 1 BvR 2501/13, Rn. 14.

keit eines rechtsstaatlichen Gefahrenabwehrrechts, das nicht aufgrund von bloßen Vermutungen Eingriffe legitimieren darf, und seien sie noch so geringfügig. Dem wird Art. 13 Abs. 1 Nr. b) PAG nicht gerecht, weil er Identitätsfeststellungen bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr zulässt.

Nur der Vollständigkeit halber sei daher noch ergänzt, dass das bayerische PAG auch eingriffsintensivere Eingriffsermächtigungen zur Feststellung der Identität bereithält. Die Identitätsfeststellung kann nämlich nicht nur auf dem herkömmlichen Wege (insbesondere durch Einsichtnahme in Ausweispapiere) erfolgen, sondern nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 PAG auch durch erkennungsdienstliche Maßnahmen, wenn eine nach Art. 13 zulässige Identitätsfeststellung auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist. Zudem kann die Polizei gemäß Art. 39 Abs. 1 S. 1 PAG auch im Falle des Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG durch den verdeckten Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme bei Vorliegen entsprechender Lageerkenntnisse Kennzeichen von Kraftfahrzeugen einschließlich Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung erfassen. Insoweit können also Identitätsfeststellungen schon bei drohender Gefahr auch heimlich erfolgen. Diese schwerer wiegenden Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bereits bei „drohender Gefahr“ zuzulassen, ist erst recht nicht zu rechtfertigen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Art. 13 Abs. 2 S. 3 PAG die Polizei auch ermächtigt, Personen zum Zwecke einer Identitätsfeststellung festzuhalten. Darin liegt zugleich ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 und jedenfalls Art. 104 Abs. 1 GG,<sup>173</sup> der ebenso wenig zu rechtfertigen ist. Entsprechendes gilt für die in Art. 13 Abs. 2 S. 4 PAG ermöglichte Durchsuchung; diese stellt bei drohender Gefahr einen schwerwiegenden und nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG dar.<sup>174</sup>

Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG ist damit verfassungswidrig.

---

<sup>173</sup> Man kann mit guten Gründen vertreten, dass es sich hierbei nicht nur um eine Freiheitsbeschränkung i. S. v. Art. 104 Abs. 1 GG, sondern um eine unter Art. 104 Abs. 2-4 GG fallende Freiheitsentziehung handelt, s. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 501.

<sup>174</sup> Vgl. dazu noch unten 4.

## 2. Erkennungsdienstliche Maßnahmen, Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG

Gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG können erkennungsdienstliche Maßnahmen i. S. d. Art. 14 Abs. 2 PAG auch bei „einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ durchgeführt werden. Die Staatsregierung begründet das wie folgt:

„Die bisherigen Voraussetzungen für eine erkennungsdienstliche Maßnahme in Art. 14 Abs. 1 PAG sind auf die Unzulänglichkeit von Maßnahmen der Identitätsfeststellung für die verlässliche Identifizierung einer Person und auf den Verdacht der bereits erfolgten Begehung einer Straftat in Verbindung mit einer entsprechenden Negativprognose beschränkt. Dies trägt gerade einem weitergehendem, klassisch rechtsgüterschutzbezogenen Erfordernis zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen im Einzelfall nicht hinreichend Rechnung. Ein solches kann sich aber etwa bei Gefährdern und anderweitigen gefährlichen Personen, etwa aus dem terroristischen oder sonst extremistischen Spektrum, ergeben, weshalb für derartige Fallgestaltungen zur Abwehr konkreter oder im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Satz 1 drohender Gefahren für bestimmte bedeutende Rechtsgüter ein eigenständiger Befugnisbestand geschaffen wird.“<sup>175</sup>

Anders als Art. 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3<sup>176</sup> PAG knüpft die Neuregelung nicht an den Verdacht einer bereits begangenen Straftat an. Damit werde

„Erkenntnissen der kriminologischen Forschung Rechnung getragen, wonach es – hier durch das Risiko identifiziert zu werden – primär die Sanktionswahrscheinlichkeit und weniger die zu erwartende Strafhärte ist, die Personen davon abhält, Straftaten zu begehen.“<sup>177</sup>

Erkennungsdienstliche Maßnahmen dienen der Feststellung der Identität, aber auch der Feststellung von Eigenschaften, die die Person nicht nur identifizieren, sondern charakterisieren. Sie müssen nicht nur durch Wahrnehmung des Körpers und von körperlichem Verhalten, sondern können auch durch Eingriffe in die körperliche Integrität erfolgen.<sup>178</sup> Es handelt sich daher, auch im Vergleich mit der durch Art. 13 Abs. 1 lit. b) PAG ermöglichten einfachen Identitätsfeststellung, um schwerwiegende Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und insbesondere das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 11.

<sup>176</sup> Danach kann die Polizei Maßnahmen u. a. ergreifen, wenn dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist, weil der Betroffene verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht.

<sup>177</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 11.

<sup>178</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 13 Rn. 59.

<sup>179</sup> Senftl, in: in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 14 [2018] Rn. 5.

Dabei zeigt insbesondere der Abgleich mit Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 PAG den Bruch mit den tradierten Strukturen des Gefahrenabwehrrechts. Schon nach altem Recht konnten erkennungsdienstliche Maßnahmen auch zur Gefahrenvorsorge eingesetzt werden, insbesondere also zur Verhütung von Straftaten. Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG ermächtigt aber nunmehr ohne einen auf bestimmte Personen konkretisierten Anlass zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen. Solche Maßnahmen sind aus den zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG genannten Gründen ohne das Vorliegen einer konkreten Gefahr unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig.

### **3. Platzverweis, Kontaktverbot und Aufenthaltsanordnung, Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 S. 1 PAG**

Gemäß Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG ist ein Platzverweis und nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG sind auch ein Kontaktverbot und Aufenthaltsanordnungen nicht nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr, sondern jeweils schon bei einer „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zulässig. Auch insoweit gilt also uneingeschränkt der Rechtsgüterkatalog in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG. Die Gesetzesbegründung beschränkt sich weitgehend auf Erläuterungen zu den neuen Spezialbefugnissen.<sup>180</sup>

Hinsichtlich der betroffenen Grundrechte ist wie folgt zu differenzieren: Der Platzverweis nach Art. 16 Abs. 1 PAG ist ein Eingriff in die in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützte Freiheit der Person, die auch die Bewegungs- und die Fortbewegungsfreiheit einschließt.<sup>181</sup> Aufenthaltsanordnungen greifen hingegen in die Freizügigkeit des Art. 11 Abs. 1 GG ein, denn sie beschränken die Freiheit, an jedem Ort Wohnsitz oder Aufenthalt zu nehmen.<sup>182</sup> Das gilt entsprechend auch für die von den Aufenthaltsanordnungen umfassten Wohnungsverweisungen,<sup>183</sup> die zudem auch noch in Art. 14 Abs. 1 GG eingreifen, der nicht nur das Nutzungsrecht des Eigentümers, sondern auch des Mieters schützt.<sup>184</sup> Kontaktverbote schließlich beeinträchtigen je nach Konstellation Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG oder Art. 11 Abs. 1 GG.

---

<sup>180</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 11f.

<sup>181</sup> *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 16 [2018] Rn. 9; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 15 Rn. 4; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 240 mit Nachweisen auch auf die Gegenansicht.

<sup>182</sup> OVG Bremen, NVwZ 1999, 314 (315); *Alberts*, Freizügigkeit als polizeiliches Problem, NVwZ 1997, 45 (47); *Hecker*, Aufenthaltsverbote im Recht der Gefahrenabwehr, NVwZ 1999, 261 (262); differenzierend *Gusy*, Polizeibefugnisse im Wandel, NWVBl. 2004, 1 (6).

<sup>183</sup> VGH Mannheim, NJW 2005, 88 (88).

<sup>184</sup> BVerfGE 82, 1 (6).

Soweit in Art. 11 Abs. 1 GG eingegriffen wird – das sind im Wesentlichen die Fälle des Art. 16 Abs. 2 PAG – gilt der qualifizierte Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG. Aus den dort genannten Rechtfertigungsgründen kommt nur das Anliegen in Betracht, „strafbaren Handlungen vorzubeugen“. Dieser kommt aber nur zum Tragen, wenn im konkreten Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Begehung von Straftaten zu erwarten ist.<sup>185</sup> Er setzt damit eine konkrete Gefahr voraus und zudem eine klare personale Zuordnung zu dieser Gefahr. Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG ist mithin schon aus diesem Grunde verfassungswidrig, soweit er für Aufenthaltsanordnungen und Kontaktverbote eine „drohende Gefahr“ ausreichen lässt und nach seinem Wortlaut zudem nicht nur an Verantwortliche adressiert ist, sondern allgemein bestimmte Situationen genügen lässt (etwa: „wenn die Begehung von Straftaten droht“), die dann Aufenthaltsanordnungen nach sich ziehen können.<sup>186</sup> Problematisch ist ferner, dass diese Anordnungen nach Art. 16 Abs. 2 S. 3 PAG von der Polizei aus eigener Machtvollkommenheit für die Dauer von drei Monaten angeordnet werden dürfen und dann jeweils wieder um bis zu drei Monate verlängert werden können. Hier hätte, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde legend,<sup>187</sup> zur Kompensation dieses schwerwiegenden Eingriffs zumindest die Einfügung eines Richtervorbehalts nahegelegen.<sup>188</sup>

Für Platzverweise i. S. v. Art. 16 Abs. 1 PAG gilt der qualifizierte Gesetzesvorbehalt Art. 11 Abs. 2 mit seinen spezifischen Vorgaben zwar nicht, sondern „lediglich“ der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 PAG. Auch dieser verlangt aber eine hinreichend bestimmte und verhältnismäßige Eingriffsgrundlage. Insoweit schlägt die Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit der Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG auch auf Art. 16 Abs. 1 PAG durch, der mithin ebenfalls verfassungswidrig ist.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG eine Ingewahrsamnahme zulässig ist, um einen Platzverweis durchzusetzen. Auch das ist verfassungswidrig und wird im Rahmen der Ausführungen zum Gewahrsam behandelt.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup> Allg. Meinung, vgl. etwa *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 11 Rn. 17.

<sup>186</sup> Ebenso *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (149).

<sup>187</sup> Dazu nochmals oben A. III. 1. b) cc).

<sup>188</sup> Ebenso *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (149).

<sup>189</sup> Dazu unten C. I. 1.

#### 4. Durchsuchung von Personen, Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG

Gemäß Art. 21 Abs. 1 PAG ist eine Durchsuchung von Personen nicht nur bei konkreter Gefahr (Nr. 1 und Nr. 2) zulässig, sondern bereits bei „drohender Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“. Die Staatsregierung begründet die Notwendigkeit dieser Bestimmung recht knapp damit, es handele sich um eine „Folgeänderung“ zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG.<sup>190</sup>

Werden Personen durchsucht, so liegt darin ein Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG),<sup>191</sup> das auch davor schützt, nicht preisgeben zu müssen, welche Gegenstände sie mitführen. Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung gilt der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG, der ein hinreichend bestimmtes und verhältnismäßiges Gesetz verlangt. Im Schrifttum wird für die Verfassungsmäßigkeit angeführt, dass „Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 und 5 [PAG] schon seit jeher Durchsuchungen unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr zulassen“ und daher das Erfordernis einer „drohenden Gefahr“ insoweit nicht problematisch sei.<sup>192</sup>

Dieses Argument, das sich in allgemeiner Form auch schon in der Gesetzesbegründung findet,<sup>193</sup> verkennt das Wesen der abstrakten Gefahr, die keinen geringeren Grad an Wahrscheinlichkeit fordert als die konkrete Gefahr, aber mit dem typischen Fall schlicht einen anderen Bezugspunkt hat. Man kann deshalb die „drohende Gefahr“, die das Gefahrenvorfeld vor der Schwelle der hinreichenden Wahrscheinlichkeit besetzt, nicht mit der Existenz von Tatbeständen begründen, die eine abstrakte Gefahr ausreichen lassen.<sup>194</sup> Speziell bei Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG kommt hinzu, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof auch Durchsuchungen i. S. v. Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 PAG nur für verfassungskonform hält, wenn über allgemeine Lageerkenntnisse hinaus „hinreichend greifbare Erkenntnisse“ dafür vorliegen, dass von der zu durchsuchenden Person eine Gefahr ausgeht.<sup>195</sup> Diese Rechtsprechung würde umgangen, wenn nun allgemein (und nicht nur an gefährlichen Orten i. S. v. Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 PAG) Durchsuchungen von Personen schon bei „drohenden Gefahren“ stattfinden könnten.

---

<sup>190</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 13.

<sup>191</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 17 Rn. 1.

<sup>192</sup> Grünwald, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 21 [2018] Rn. 18.

<sup>193</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 9.

<sup>194</sup> Dazu bereits oben A. III. 2. a) bb) (2) (a).

<sup>195</sup> BayVerfGH, NVWZ 2006, 1284 (1287).



Damit gilt auch hier, dass die Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit der Vorfeld-Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG vollumfänglich auch Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG erfasst. Dieser ist daher verfassungswidrig.

## **5. Sicherstellung, Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG**

Gemäß Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG können Sachen und nach Art. 25 Abs. 2 und 3 PAG auch Buchgeld und Daten auch bei „einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ (Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG) sichergestellt werden. Damit, so sagt es die Gesetzesbegründung, „werden nun auch vor der Stufe der gegenwärtigen Gefahr Sicherstellungen ermöglicht“,<sup>196</sup> soweit die Rechtsgüter i. S. v. Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG betroffen sind.

Diese Begründung belegt einmal mehr, dass der Landesgesetzgeber selbst nicht genau weiß, wie und wo er die „drohende Gefahr“ rechtsdogmatisch einordnen möchte. Die „gegenwärtige Gefahr“, wie sie Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 a) PAG fordert, ist nämlich durch ein zeitliches Moment, die besondere zeitliche Nähe zum Schaden, qualifiziert.<sup>197</sup> Bei der „drohende Gefahr“ geht es hingegen darum, Abstriche von den Anforderungen an eine Prognose zu machen, die üblicherweise für das Vorliegen einer „konkreten Gefahr“ gelten. Wenn es nur darum gegangen wäre, die Anforderungen an die zeitliche Nähe der Gefahr zu verringern, hätte es genügt, das Wort „gegenwärtig“ in Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 a) PAG zu streichen.

Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist wie folgt zu differenzieren: Sicherstellungen greifen in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG ein, der nicht nur für körperliche Gegenstände (also im Wesentlichen Sachen i. S. v. Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 a) PAG), sondern auch für nicht-körperliche Gegenstände,<sup>198</sup> also auch in Buchgeld verbriefte Forderungen (Art. 25 Abs. 2 PAG) gilt. Bei den Eingriffen handelt es sich um Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, die einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung deshalb unterliegen, weil die Nutzung der sichergestellten Sachen nicht nur eingeschränkt, sondern gänzlich unmöglich ist. Außerdem fehlt eine Bestimmung, die klarstellt, dass die „drohende Gefahr“ in einem Zusammenhang mit den sichergestellten Gegenständen stehen muss. – Die Sicherstellung von Daten nach Art. 25 Abs. 3 PAG beinhaltet hingegen einen Eingriff in das durch Art. 2

---

<sup>196</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 45.

<sup>197</sup> Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 21; Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 47.

<sup>198</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 1036f.

Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis des Einzelnen beinhaltet, „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.“<sup>199</sup> Auch dieser Eingriff wiegt schwer, weil bereits im Gefahrenvorfeld gegen den Willen des Betroffenen auch sehr persönliche Daten sichergestellt werden können.

In beiden Fällen ergibt sich die fehlende verfassungsrechtliche Rechtfertigung wiederum aus der Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit der Eingriffschwelle „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“.

## **6. Offene Bild- und Tonaufnahmen von Personen, Art. 33 Abs. 2 Nr. 1 b) PAG**

Gemäß Art. 33 Abs. 2 Nr. 1 b) PAG kann die Polizei offen Bild- und Tonaufnahmen oder -aufzeichnungen von Personen u. a. zur Abwehr „einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ anfertigen.

Die offene Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen über Personen greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein. Wiederum geht es um die Befugnis des Einzelnen, „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“ und daher grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen.<sup>200</sup> Das durch Bild- und Tonaufnahmen, „gewonnene Bildmaterial kann und soll dazu genutzt werden, belastende hoheitliche Maßnahmen gegen Personen vorzubereiten“, und es soll „abschreckend wirken und insofern das Verhalten der Betroffenen lenken“, wie es das Bundesverfassungsgericht schon in der Entscheidung zur Videoüberwachung an öffentlichen Plätzen festgestellt hat. Weiter heißt es:

„Durch die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials werden die beobachteten Lebensvorgänge technisch fixiert und können in der Folge abgerufen, aufbereitet und ausgewertet sowie mit anderen Daten verknüpft werden. So kann eine Vielzahl von Informationen über bestimmte identifizierbare Betroffene gewonnen werden, die sich im Extremfall zu Profilen des Verhaltens der betroffenen Personen in dem überwachten Raum verdichten lassen.“<sup>201</sup>

Der Eingriff wirkt damit schon aufgrund des Abschreckungseffekts, der mit solchen Aufnahmen einhergeht, schwer. Schon im Volkszählungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht vor

<sup>199</sup> BVerfGE 65, 1 (42f.); 113, 29 (47).

<sup>200</sup> BVerfGE 65, 1 (42f.).

<sup>201</sup> BVerfG, NVwZ 2007, 688 (690).

den Folgen einer für den Einzelnen nicht mehr durchschaubaren Sammlung von Daten gewarnt:

„Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.“<sup>202</sup>

Später hat es die Bedeutung der informationellen Selbstbestimmung nicht nur für den Einzelnen, sondern auch für das Gemeinwesen noch deutlicher hervorgehoben:

„Das Grundrecht dient [...] über das hinaus, was es unmittelbar gewährleistet, auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, der entstehen und zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen kann, wenn für den Einzelnen nicht mehr erkennbar ist, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Die Freiheit des Einzelnen, aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden, kann dadurch wesentlich gehemmt werden.“<sup>203</sup>

Der Eingriff wird dadurch noch intensiviert, dass nach Art. 33 Abs. 5 PAG auch Systeme zur automatischen Erkennung und Auswertung von Mustern im Hinblick auf Gegenstände verwendet werden dürfen. Zwar ist darauf verzichtet worden, diese Systeme auch bezogen auf das Verhalten von Personen anzuwenden und Gesichtsfelderkennungen durchzuführen.<sup>204</sup> Dennoch vertieft schon der Einsatz dieser Systeme den Abschreckungseffekt. Das gilt umso mehr für den ebenfalls möglichen Einsatz von unbemannten Luftfahrtsystemen, der nach Art. 47 Abs. 4 Nr. 1 PAG auch zur Anfertigung von Aufnahmen und Aufzeichnungen u. a. nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 b) PAG erfolgen darf. Der Gesetzgeber ist sich insoweit zwar immerhin der „nicht unerheblichen (zusätzlichen) Eingriffsqualität“<sup>205</sup> bewusst und ergänzt, dass die Vorschrift den „Einsatz von konventionellen Luftfahrzeugen, die der Bevölkerung etwa durch lautere Fluggeräusche und/oder größere Abmessungen auffälliger und letztlich auch vertrauter sind, [...] von der Vorschrift unberührt“ bleibe.<sup>206</sup> Aber er zieht aus alledem nicht die naheliegende Konsequenz, dass daraus verschärfte Zulässigkeitsanforderungen für den Einsatz von Drohnen im Verhältnis zu anderen Erhebungsmethoden folgen müssten.

Unabhängig von der speziellen Problematik des Topos „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ müsste es also schon sehr gute Gründe für eine solche audiovisuelle Über-

---

<sup>202</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>203</sup> BVerfGE 113, 29 (47).

<sup>204</sup> So noch LT-Drucks. 17/20425.

<sup>205</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 68.

<sup>206</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 68.

wachung von Alltagssituationen geben. Gemessen daran ist die Gesetzesbegründung (die sich noch auf die alte Nummerierung bezieht) ausgesprochen dürftig:

„Art. 32 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 wird gleichfalls um die Alternative einer drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 für die in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 genannten bedeutenden Rechtsgüter ergänzt. Auch bei derartig konkretisierten absehbaren Gefahrenlagen durch zu erwartende Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung besteht ein polizeiliches Bedürfnis, Maßnahmen der offenen Videografie befugt durchzuführen. Die präventive Wirkung einer offenen Videografie kann damit bei derartigen Gefahren für die in Bezug genommenen bedeutenden Rechtsgüter bereits im Vorfeld einer klassischen konkreten Gefahr zum Tragen kommen.“<sup>207</sup>

Der pauschale Hinweis auf ein „Bedürfnis“ ersetzt zwar keine Argumentation, aber immerhin ist die Begründung insoweit ehrlich, als sie den präventiven (und damit ja letztlich abschreckenden) Effekt ausdrücklich betont. Man muss nunmehr in Bayern mit audiovisueller Überwachung schon dann rechnen, wenn eine Gefahr droht, die man möglicherweise noch nicht einmal im Sinne der Art. 7 und 8 PAG irgendwie mitverursacht hat. Denn auch hier gilt wieder, dass der Gesetzgeber die „drohende Gefahr“ in keiner Weise personal zuordnet. Art. 33 Abs. 2 Nr. 2 b) PAG ist damit nicht nur zu unbestimmt, sondern vor allem unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

## **7. Längerfristige Observation und verdeckter Einsatz technischer Mittel (Art. 36 Abs. 2 PAG)**

Nach Art. 36 Abs. 2 PAG sind die längerfristige Observation und der verdeckte Einsatz technischer Mittel nunmehr bereits zur Abwehr „einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zulässig.

Der auch hier vorliegende Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) wird im Vergleich mit den zuvor behandelten Maßnahmen noch dadurch verschärft, dass die Eingriffe heimlich erfolgen. Sie dringen damit „tief in die Privatsphäre“ und berühren „berechtigte Vertraulichkeitserwartungen“.<sup>208</sup> Im Einzelnen ist das Eingriffsgewicht, so das Bundesverfassungsgericht zur Parallelnorm des § 20g BKAG a. F., allerdings unterschiedlich:

„Es reicht von eher geringeren bis mittleren Eingriffen, wie dem Erstellen einzelner Fotos oder der zeitlich begrenzten schlichten Beobachtung, bis zu schweren

<sup>207</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 13.

<sup>208</sup> BVerfGE 141, 220 (264f.).

Eingriffen wie dem langfristig-dauerhaften heimlichen Aufzeichnen von Wort und Bild einer Person. Insbesondere wenn diese Maßnahmen gebündelt durchgeführt werden und dabei unter Nutzung moderner Technik darauf zielen, möglichst alle Äußerungen und Bewegungen zu erfassen und bildlich wie akustisch festzuhalten, können sie tief in die Privatsphäre eindringen und ein besonders schweres Eingriffsgewicht erlangen.“<sup>209</sup>

Auch insoweit ist wieder auf die noch gesteigerte Eingriffstiefe hinzuweisen, die sich aus dem Umstand ergibt, dass die heimlichen Überwachungsmaßnahmen auch durch Drohnen (Art. 47 Abs. 1 Nr. 2 PAG) erfolgen können.

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist dann folgendermaßen zu differenzieren:

Unantastbare Grenze muss bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung sein.<sup>210</sup> Das berücksichtigt grundsätzlich Art. 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PAG. Art. 36 Abs. 3 S. 3 PAG verweist aber nicht auf diesen, sondern auf Art. 49 Abs. 4 PAG. Es ist unter Bestimmtheitsgesichtspunkten jedenfalls hochproblematisch, dass das Gesetz in einem derart sensiblen, die Menschenwürde betreffenden Bereich einen Fehlverweis enthält.

Aber die Vorschrift ist auch unabhängig davon verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Insbesondere kann man nicht, wie es der Gesetzgeber tut,<sup>211</sup> auf § 20g BKAG a. F. verweisen, den das Bundesverfassungsgericht schließlich für verfassungsgemäß erklärt habe. § 20g BKAG enthielt nämlich gerade nicht den Tatbestand der „drohenden Gefahr“, sondern stellte – wie übrigens auch die Nachfolgenorm § 45 Abs. 2 BKAG – auf das Vorliegen einer Gefahr i. S. v. Art. 20a Abs. 2 BKAG ab. Nur mit dieser Maßgabe war § 20g BKAG verfassungsgemäß:

„Die Vorschrift stellt auf das Vorliegen einer Gefahr ab. Gemäß § 20a Abs. 2 BKAG ist hierunter eine „im Einzelfall bestehende Gefahr“ und damit eine *konkrete Gefahr im Sinne des allgemeinen Sicherheitsrechts* zu verstehen. Angesichts der Konturen, die dieser Begriff durch die fachgerichtliche Rechtsprechung erhalten hat, sind hiergegen unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine Bedenken zu erheben.“<sup>212</sup>

§ 20g BKAG war also hinreichend bestimmt und verhältnismäßig, gerade weil er die Grundstruktur der rechtsstaatlichen Gefahrenabwehr intakt gelassen hat. Es bleibt unerfindlich,

---

<sup>209</sup> BVerfGE 141, 220 (287).

<sup>210</sup> BVerfGE 113, 348 (390f.).

<sup>211</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 55.

<sup>212</sup> BVerfGE 141, 220 (289); Hervorhebung nur hier.

wie sich der bayerische Gesetzgeber auf diese Aussagen zur Rechtfertigung einer Norm beziehen konnte, die schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr greifen soll. Überhaupt nicht begründet wird zudem, warum der verdeckte Einsatz technischer Mittel anders als nach Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 PAG a. F. nunmehr für alle Rechtsgüter i. S. v. Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG erforderlich ist, also auch für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und der besonderen Eigentumspositionen i. S. v. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 und 4 PAG.<sup>213</sup>

Art. 36 Abs. 2 PAG ist damit verfassungswidrig, soweit er die in Art. 36 Abs. 1 PAG aufgeführten „besonderen Mittel der Datenerhebung“ auch bei einer „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zulässt. Das wirkt sich mittelbar auch auf den Einsatz verdeckter Ermittler (Art. 37 Abs. 1 S. 1 PAG) und von Vertrauenspersonen (Art. 38 Abs. 1 S. 1 PAG) aus, da beide „unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des Art. 36 Abs. 2“ zulässig sind.

#### **8. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG**

Gemäß Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG kann die Polizei personenbezogene Daten, insbesondere die Personalien einer Person sowie Kennzeichen eines von ihr benutzten Fahrzeugs, zur polizeilichen Beobachtung oder gezielten Kontrolle ausschreiben, wenn sie für eine drohende Gefahr für bedeutende Rechtsgüter verantwortlich ist.

Auch insoweit ist ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu bejahen. Zwar „begründen Datenerfassungen keinen Gefährdungstatbestand, soweit Daten unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder spurlos, anonym und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, ausgesondert werden.“<sup>214</sup> Das ist aber durch Art. 40 PAG gerade nicht beabsichtigt. Vielmehr dienen die dort genannten Maßnahmen dazu, Erkenntnisse über Verhaltensweisen bestimmter Personen zu gewinnen und diese Erkenntnisse dann zu Bewegungsbildern über die ausgeschriebene Person zu verdichten.<sup>215</sup> Die erhobenen Daten werden also gespeichert und zur Grundlage weiterer Maßnahmen gemacht; darin liegt auch nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts ein Eingriff.<sup>216</sup> Ins Visier dieser Überwachungsmaßnahme geraten nach Art. 40 Abs. 2 S. 1 PAG auch mit der Gefahrenlage in Zusammenhang stehende Personen.

---

<sup>213</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 55 hält das für „konsequent“, sagt aber nicht, warum dies so ist, denn es gibt diverse Tatbestände, die diese Schutzgüter ausnehmen; dazu unten II.

<sup>214</sup> BVerfGE 120, 378 (399).

<sup>215</sup> *Fischl*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 36 [2018] Rn. 1.

<sup>216</sup> BVerfGE 120, 374 (399f.).

Das Gesetz lässt es also schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr zu, dass über Personen, die irgendwie mit einer diffus drohenden Gefahrenlage im Zusammenhang stehen, Bewegungsprofile erstellt werden. Dabei ist überhaupt nicht klar, wie man in diesen „Zusammenhang“ geraten kann. Anders als dies bei der längerfristigen Observation und beim verdeckten Einsatz technischer Mittel der Fall ist (Art. 36 Abs. 4 S. 1 PAG), ist bei der Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung noch nicht einmal ein Richtervorbehalt als Kompensation für die aufgrund der Heimlichkeit schwerwiegenden Eingriffswirkungen vorgesehen, denn Art. 40 Abs. 3 S. 1 PAG verweist nicht auf Art. 36 Abs. 4 S. 1 PAG. Im BKAG-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht demgegenüber deutlich gemacht, dass „eine unabhängige Kontrolle verfassungsrechtlich [...] unverzichtbar“ sei, wenn Observationen längerfristig durchgeführt werden:

„Diese Maßnahmen dringen unter Umständen so tief in die Privatsphäre ein, dass deren Anordnung einer unabhängigen Instanz, etwa einem Gericht, vorbehalten bleiben muss. Insoweit reicht es nicht, die Anordnung der Maßnahmen zunächst der Sicherheitsbehörde selbst zu überlassen und die disziplinierende Wirkung wegen des Erfordernisses einer richterlichen Entscheidung erst für deren Verlängerung – möglicherweise auf der Grundlage der so gewonnenen Erkenntnisse – vorzusehen.“<sup>217</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass die Maßnahme zeitlich kaum eingegrenzt, denn sie darf nach Art. 40 Abs. 3 S. 3 PAG für ein Jahr angeordnet werden und kann jeweils durch die Polizeibehörden entsprechend verlängert werden.

Auch Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 b) PAG weist damit erhebliche Bestimmtheitsdefizite auf und ist zudem unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig.

### **9. Übermittlung von personenbezogenen Daten durch die Verfassungsschutzbehörden des Bundes oder der Länder, den Bundesnachrichtendienst und den Militärischen Abschirmdienst, Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG**

Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG ermächtigt die Polizei, die Verfassungsschutzbehörden des Bundes oder der Länder, den Bundesnachrichtendienst und den Militärischen Abschirmdienst um Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobener personenbezogener Daten auch zu ersuchen, wenn das zur Abwehr einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut (Nr. 1) erforderlich ist.

---

<sup>217</sup> BVerfGE 141, 220 (294).

Mit dieser Bestimmung ermöglicht der Landesgesetzgeber eine Zweckänderung der von den Verfassungsschutzbehörden erhobenen Daten für die operative Gefahrenabwehr. Für die Abfrage und die weitere Verwendung der Daten sind die gleichen grundrechtlichen Vorgaben maßgebend wie für die Datenerhebung.<sup>218</sup> Darauf verweist auch der Gesetzgeber, der daher davon ausgeht, dass alle Daten, die die Verfassungsschutzbehörden zulässigerweise erheben, nach Maßgabe von Art. 60 Abs. 3 PAG auch von der Polizei genutzt werden dürfen. Das ist allerdings ein Trugschluss, denn problematisch ist hier nicht, welche Daten die Verfassungsschutzbehörden erheben, sondern welche sie tatsächlich weitergeben dürfen. Insofern geht es um die verfassungsrechtlich notwendige funktionale Entflechtung zwischen den auf Informationsgewinnung im Gefahrenvorfeld beschränkten Verfassungsschutzbehörden auf der einen und der mit operativen Befugnissen ausgestatteten Polizei auf der anderen Seite.<sup>219</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat die Errichtung der sog. Antiterrordatei nur mit der Maßgabe für verfassungsgemäß erklärt, dass diese auf die Informationsanbahnung beschränkt bleibt und eine Nutzung der Daten zur operativen Aufgabenwahrnehmung nur in dringenden Ausnahmefällen vorsieht.<sup>220</sup> Zur Begründung hat es aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein grundsätzliches „informationelles Trennungsprinzip“<sup>221</sup> zwischen Polizei und Nachrichtendiensten abgeleitet. Danach

„dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden grundsätzlich nicht ausgetauscht werden. Einschränkungen der Datentrennung sind nur ausnahmsweise zulässig. Soweit sie zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgen, begründen sie einen besonders schweren Eingriff. Der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden muss deshalb grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt. Dies muss durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden.“<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> BVerfGE 133, 277 (372f.); 141, 220 (333f.).

<sup>219</sup> Dazu bereits oben A III. 1. b) bb).

<sup>220</sup> BVerfGE 133, 277.

<sup>221</sup> BVerfGE 133, 277 (329).

<sup>222</sup> BVerfGE 133, 277 (329).



Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG lässt aber die Datenübermittlung schon bei „drohender Gefahr“ zu und damit in einem Frühstadium, in dem die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Konkretisierung des Geschehens noch gar nicht gegeben ist, und dies zum Schutz selbst von „bedeutenden Eigentumspositionen“ (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG). Die Gesetzesbegründung erwähnt die Entscheidung „Antiterrordatei“ anders als zwei andere Urteile in diesem Kontext überhaupt nicht, was belegt, dass dem Gesetzgeber hier offenbar gar nicht bewusst ist, dass Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete informationelle Trennungsprinzip zwischen Polizei und Nachrichtendiensten betrifft.

Art. 60 Abs. 3 S. 1 PAG ist damit insoweit verfassungswidrig, als er eine Datenübermittlung von den Nachrichtendiensten an die Polizei schon bei „drohender Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ ermöglicht.

## **II. Partielle Übernahme von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG**

Im Folgenden werden diejenigen Normen des PAG behandelt, die nicht allgemein eine „drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ als Eingriffsvoraussetzung vorsehen, sondern nur den Schutz einzelner der in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG aufgeführten Rechtsgüter vor drohenden Gefahren.

### **1. Vorführung, Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG**

Gemäß Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG kann eine Vorladung durch eine Vorführung zwangsweise u. a. durchgesetzt werden, wenn die Angaben zur Abwehr einer drohenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich sind.

Die Vorführung ist ein Eingriff in die Freiheit einer Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG). Jedenfalls ein längerfristiges Festhalten erfüllt auch die Tatbestandsvoraussetzungen der Freiheitsentziehung und muss sich daher an Art. 104 Abs. 2-4 PAG messen lassen; es gibt aber gute Gründe dafür, auch das kurzfristige Festhalten schon als Freiheitsentziehung anzusehen.<sup>223</sup> Unabhängig von der Einordnung als Freiheitsbeschränkung oder -entziehung ist die Freiheit der Person jedenfalls „ein so hohes Rechtsgut“, dass sie nur „aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden darf.“<sup>224</sup> Das Bundesverfassungsgericht fordert daher eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung und fügt hinzu:

---

<sup>223</sup> Vgl. zum Streitstand *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 16 Rn. 4.

<sup>224</sup> BVerfGE 90, 145 (172).

„Dies gilt in besonderem Maße für präventive Eingriffe, die nicht dem Schuldausgleich dienen. Sie sind nur zulässig, wenn der Schutz hochwertiger Rechtsgüter dies unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert.“<sup>225</sup>

Für die Ingewahrsamnahme, die der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (wie hier nach Art. 15 Abs. 1 PAG) dienen, wird diesen Anforderungen aber nur genügt,

„wenn Ort und Zeit der bevorstehenden Tatbegehung sowie das potenzielle Opfer hinreichend konkretisiert sind und der Betroffene, nachdem er auf die konkret zu unterlassende Handlung hingewiesen worden ist, eindeutige und aktive Schritte unternommen hat, die darauf hindeuten, dass er der konkretisierten Verpflichtung nicht nachkommen wird.“<sup>226</sup>

Daraus und aus der Rechtsprechung des EGMR, auf die das Bundesverfassungsgericht insoweit Bezug nimmt, folgt, dass Freiheitseinschränkungen und -entziehungen stets eine konkrete Gefahr voraussetzen.<sup>227</sup> Gemessen daran ist es erstaunlich, dass sich den Materialien überhaupt keine Begründung entnehmen lässt;<sup>228</sup> der Gesetzgeber scheint aus Gründen der Binnenlogik zu meinen, dass die „drohende Gefahr“ nun ohnehin ein nicht mehr begründungsbedürftiger Regeltatbestand sei. Offenbar ist das Problem hier schlicht übersehen worden, denn bei der Ingewahrsamnahme nach Art. 17 PAG hat der Gesetzgeber den Tatbestand der „drohenden Gefahr“ aus eben diesen Gründen wieder entfernt.<sup>229</sup>

Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG ist damit verfassungswidrig, soweit er die eine Freiheitsentziehung beinhaltende Vorführung bereits bei „drohender Gefahr“ zulässt.

## **2. Elektronische Aufenthaltsüberwachung, Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG**

Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG erlaubt eine elektronische Aufenthaltsüberwachung auch zur Abwehr einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG genanntes Rechtsgut. Ausgenommen von den zu schützenden Rechtsgütern sind aufgrund des „nicht unerheblichen Eingriffs“<sup>230</sup> also die „erheblichen Eigentumspositionen“ (Nr. 4).

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung entspricht funktional der längerfristigen Observation, erfolgt aber, anders als diese, als offene Maßnahme. Verfassungsrechtlich ist folgendermaßen zu differenzieren: Die elektronische Aufenthaltsüberwachung beinhaltet ebenso

<sup>225</sup> BVerfG, NVwZ 2016, 1079 (1079).

<sup>226</sup> BVerfG, NVwZ 2016, 1079 (1080).

<sup>227</sup> Dazu noch näher unten C. I. 1.

<sup>228</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 42.

<sup>229</sup> Dazu näher unten C. I. 1.

<sup>230</sup> So LT-Drucks. 17/16299, S. 14.

wie die längerfristige Observation einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>231</sup> Zwar wirkt sie als offene Maßnahme weniger intensiv als die heimliche langfristige Observation. Aber auch sie ermöglicht es und soll es ermöglichen, die erhobenen Daten zu einem umfassenden Bewegungsbild zu verbinden (Art. 34 Abs. 2 S. 3 PAG), so dass der Standort der betreffenden Person lückenlos nachverfolgt werden kann. Gemäß Art. 34 Abs. 2 S. 2 PAG kann die elektronische Aufenthaltsüberwachung aber auch in der Wohnung erfolgen, wenn auch nach technischer Möglichkeit keine über den Umstand ihrer Anwesenheit hinausgehende Daten erhoben werden dürfen. Darin liegt ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG, denn die elektronische Aufenthaltsüberwachung versetzt die Polizei in die Lage, sich einen Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung verschaffen, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen sind.<sup>232</sup>

In Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreifende Gesetze müssen hinreichend bestimmt und verhältnismäßig sein. Auch insoweit ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber nicht erläutert, warum er einen derart intensiven Grundrechtseingriff wie die technische Dauerüberwachung schon bei drohender Gefahr meint vorsehen zu müssen. Er sieht zwar den „nicht unerheblichen Eingriff[.]“<sup>233</sup>, erläutert aber nicht, warum dieser noch dadurch intensiviert werden muss, dass er nunmehr im Gefahrenvorfeld erfolgt. Auch der nur beschränkte Verweis auf Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG bringt insoweit nicht viel, weil nach wie vor Rechtsgüter erfasst sind, die allein individueller Natur sind und nicht auch die systemische Komponente beinhalten, auf die das Bundesverfassungsgericht im BKAG-Urteil mit dem Hinweis auf den Ausnahmecharakter „terroristischer Straftaten“ abstellt.<sup>234</sup>

Soweit die elektronische Aufenthaltsüberwachung in Wohnungen stattfindet, ist maßgebliche Schranke Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG. Dieser setzt eine „dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ voraus. Damit wird die Gefahr nicht nur im Hinblick auf ihr Ausmaß, sondern auch die Wahrscheinlichkeit des Schadens qualifiziert.<sup>235</sup> In jedem Fall bedarf es einer kon-

---

<sup>231</sup> Anders *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (151): Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Das ist aber unzutreffend, weil die körperliche Bewegungsfreiheit nicht eingeschränkt wird (*Schröder*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 32a [2018] Rn. 14).

<sup>232</sup> So für die Online-Durchsuchung BVerfGE 120, 274 (310).

<sup>233</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 14.

<sup>234</sup> Dazu näher A. III. 2. b) aa) (1).

<sup>235</sup> BVerfGE 130, 1 (32); 141, 220 (271).

kreten Gefährdung.<sup>236</sup> Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG lässt aber nicht nur eine (konkrete) „Gefahr“, sondern schon eine „drohende Gefahr“ ausreichen. Damit ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm unmissverständlich, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen auch schon im Gefahrenvorfeld greifen soll. Aufgrund dieses klaren Wortlauts kommt auch eine verfassungskonforme Reduzierung auf konkrete Gefahren nicht in Betracht;<sup>237</sup> sie wäre aber ohnehin angesichts der hohen Bestimmtheitsanforderungen an die Sicherheitsgesetzgebung nicht hinnehmbar.

Damit ist Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG verfassungswidrig, soweit er eine elektronische Aufenthaltsüberwachung bereits bei einer „drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“ zulässt.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG eine Ingewahrsamnahme zulässig ist, wenn einer Anordnung nach Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG nicht Folge geleistet wird. Auch das ist verfassungswidrig und wird im Rahmen der Ausführungen zum Gewahrsam behandelt.<sup>238</sup>

### **3. Postsicherstellung, Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG**

Nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG kann die Polizei ohne Wissen des Betroffenen Postsendungen sicherstellen, wenn sich diese im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken (Postdienstleister), und von einer Person versandt wurden oder an eine Person gerichtet sind, die für eine Gefahr oder eine drohende Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder Nr. 5 PAG genanntes bedeutendes Rechtsgut verantwortlich ist.

Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG greift in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Brief- und Postgeheimnis ein, das der Landesgesetzgeber selbst als hohes Gut bezeichnet.<sup>239</sup> Das Grundrecht

„schützt den brieflichen Verkehr der Einzelnen untereinander gegen eine Kenntnisnahme der öffentlichen Gewalt von dem Inhalt des Briefes. [...] Es erstreckt sich insbesondere auf den konkreten Inhalt der übermittelten Sendung und schützt vor der Offenbarung (Übermittlung, Weitergabe), wer mit wenn durch

<sup>236</sup> *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 13 Ren. 63; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 30.

<sup>237</sup> Wenig überzeugend daher *Schröder*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 32a [2018] Rn. 16.

<sup>238</sup> Dazu C. I. 1.

<sup>239</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 54.

die Post Briefe und Sendungen wechselt, vor der Öffnung verschlossener Sendungen, vor Nachforschungen nach ihrem Inhalt und vor Eingriffen postfremder Stellen.“<sup>240</sup>

Beschränkungen dürfen nach Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Auch hier gilt, dass der Verwendungszweck der erhobenen Daten „bereichsspezifisch und präzise bestimmt werden“ muss.<sup>241</sup> Zudem müssen die Beschränkungen verhältnismäßig sein. Daher dürfen „die Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient.“<sup>242</sup> Bei heimlichen Eingriffen gelten im Bereich der Strafverfolgung besonders hohe Anforderungen „an die Bedeutung der zu verfolgenden Straftat und den für den Zugriff erforderlichen Grad des Tatverdachts.“<sup>243</sup>

Die nach wie bestehende Notwendigkeit, Postsendungen zu kontrollieren, begründet der Gesetzgeber damit, dass der altbekannte Postweg gerade von Personen genutzt werde, die mit einer technischen Überwachung der übrigen Kommunikationsmittel rechnen müssten; zugleich verweist er auf den zeitgleich in Kraft getretenen § 50 BKAG sowie die entsprechenden Bestimmungen im Strafprozessrecht (§§ 99, 100 StPO).<sup>244</sup> Indes ist § 50 BKAG in einem entscheidenden Punkt nicht mit Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG vergleichbar. Die Eingriffsschwelle ist hier nämlich eine „dringende Gefahr“ (§ 50 Abs. 1 Nr. 1 BKAG), eine Gefahr also, die nur im Hinblick auf ihr Ausmaß, sondern auch die Wahrscheinlichkeit des Schadens qualifiziert sein muss.<sup>245</sup> § 50 Abs. 1 Nr. 1 BKAG setzt also eine qualifizierte konkrete Gefahr voraus und greift damit anders als Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG gerade nicht im Gefahrenvorfeld. Dort gilt zudem, dass die Gefahrenabwehr auf den systemischen Schutz beschränkt sein muss, also nicht „nur“ reinen Individualrechtsgütern gelten darf.<sup>246</sup> Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BKAG verweist aber nach wie vor auch auf Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG („Leben, Gesundheit oder Freiheit“).

---

<sup>240</sup> BVerfGE 67, 157 (171f.).

<sup>241</sup> BVerfGE 100, 313 (360).

<sup>242</sup> BVerfGE 100, 313 (375f.).

<sup>243</sup> BVerfGE 124, 43 (63).

<sup>244</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 54.

<sup>245</sup> Vgl. bereits vorstehend 2.

<sup>246</sup> Vgl. oben A. III 2. b) aa) (1).

Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG ist damit verfassungswidrig, soweit er eine Postsicherstellung bereits bei einer „drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 oder 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“ zulässt.

#### **4. Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG**

Schon bei „drohender Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“ gestattet Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation, Art. 42 Abs. 2 PAG die sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) und Art. 42 Abs. 3 PAG den Einsatz technischer Mittel, um zur Vorbereitung einer Maßnahme nach Art. 42 Abs. 1 PAG spezifische Kennungen, insbesondere die Geräte- und Kartenummer von Mobilfunkendgeräten, sowie den Standort eines Mobilfunkendgerätes zu ermitteln.

Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist wie folgt zu differenzieren: Art. 42 Abs. 1 und 2 PAG greifen in laufende Kommunikationsvorgänge ein und beeinträchtigen daher das aus Art. 10 Abs. 1 GG übergreifend abgeleitete Telekommunikationsgeheimnis.<sup>247</sup> Die in Art. 42 Abs. 3 PAG vorgesehene Ermittlung von Geräte- und Kartenummer sowie Standort eines Mobilfunkendgerätes betrifft hingegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>248</sup> Die Eingriffe wiegen schwer, weil sie durchweg heimlich und zudem nach Art. 47 Abs. 1 Nr. 4 PAG auch durch Drohnen erfolgen können. In deren Einsatz sieht der Gesetzgeber zwar selbst „eine nicht unerhebliche zusätzliche Eingriffsqualität“<sup>249</sup>, zieht daraus aber keine ersichtlichen Konsequenzen. Überhaupt ist nicht so recht verständlich, wie mit den ja sichtbaren Drohnen eine heimliche Überwachungsmaßnahme durchgeführt werden soll.

Zur Rechtfertigung bedarf es auch hier eines Gesetzes, das die Eingriffsgrundlagen unter Berücksichtigung der Eingriffstiefe rechtsklar und verhältnismäßig bestimmt. Der Gesetzgeber verweist insoweit auf zwei Passagen des BKAG-Urteils, in denen das Bundesverfassungsgericht „dies“ (gemeint ist wohl die Zulässigkeit der Eingriffsschwelle „drohende Gefahr“) „ausdrücklich gebilligt“<sup>250</sup> habe.

<sup>247</sup> Dazu BVerfG, NJW 2016, 3508 (3510).

<sup>248</sup> Vgl. auch die entsprechende Differenzierung bei *Bär*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 34a [2018] Rn. 32ff.

<sup>249</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 68.

<sup>250</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 62.

Die erste vom Gesetzgeber in Bezug genommene Passage lautet indes wie folgt:

„Mit der Verfassung nicht zu vereinbaren ist [...] die nicht näher eingeschränkte Erstreckung der Telekommunikationsüberwachung nach § 20I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten. Die Vorschrift, die über die Abwehr einer konkreten Gefahr hinaus die Eingriffsmöglichkeiten mit dem Ziel der Straftatenverhütung vorverlagert, verstößt in ihrer konturenarmen offenen Fassung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und ist unverhältnismäßig weit.“<sup>251</sup>

Es ist unerfindlich, wie man aus diesen Ausführungen, die die Telekommunikationsüberwachung im Gefahrenvorfeld für verfassungswidrig erklären, auf die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift schließen kann.<sup>252</sup> Der Landesgesetzgeber versucht hier zum wiederholten Male, das Bundesverfassungsgericht für die Legitimation von Normen zu vereinnahmen, die das Gericht überhaupt noch nicht geprüft hat, und ihm Aussagen zu unterlegen, die es so nicht getätigt hat.

Das gilt auch für die andere in Bezug genommene Randnummer, die zum wiederholten Male klarstellt, dass im Gefahrenvorfeld polizeiliche Gefahrenabwehr nur zur Bekämpfung terroristischer Straftaten zulässig ist. Danach ist der Gesetzgeber zwar

„nicht grundsätzlich gehindert und zwingt ihn die Verfassung nicht, Sicherheitsmaßnahmen auf die Abwehr von -- nach tradiertem Verständnis -- konkreten Gefahren zu beschränken. Allerdings bedarf es aber auch bei Maßnahmen zur Straftatenverhütung zumindest einer auf bestimmte Tatsachen und nicht allein auf allgemeine Erfahrungssätze gestützten Prognose, die auf eine konkrete Gefahr bezogen ist. Grundsätzlich gehört hierzu, dass insoweit ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist [...]. In Bezug auf terroristische Straftaten kann der Gesetzgeber stattdessen aber auch darauf abstellen, ob das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie in überschaubarer Zukunft terroristische Straftaten begeht [...]. Die diesbezüglichen Anforderungen sind normenklar zu regeln.“<sup>253</sup>

Diese Passage begründet gerade die Verfassungswidrigkeit von Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG, weil dieser, anders als der entsprechende Art. 51 BKAG, eben nicht nur für terroristische Straftaten gilt. Warum der Gesetzgeber sie gleichwohl für seine Position heranzieht, bleibt unerfindlich.

---

<sup>251</sup> BVerfGE 141, 220 (310).

<sup>252</sup> Erstaunen auch bei *Degenhart*, Antrag auf Meinungsverschiedenheiten nach Art. 75 Abs. 3 der Verfassung des Freistaats Bayern v. 6. 6. 2018, <https://pag-kritik.de/wp-content/uploads/2018/06/ZweiteKlageBayGH.pdf>, S. 68: „nicht nachvollziehbar“.

<sup>253</sup> BVerfGE 141, 220 (291).

Mittelbar wirkt sich die Verfassungswidrigkeit von Art. 42 Abs. 1 PAG auch auf die Befugnisse nach Art. 42 Abs. 2 und 3 PAG aus, weil diese „unter den Voraussetzungen des Abs. 1“ zulässig sind.

#### **5. Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme, Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG**

Schließlich beinhalten auch die schon bei „drohender Gefahr“ zulässige Online-Durchsuchung (Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG) und die entsprechenden Vorbereitungs- und Begleitmaßnahmen nach Art. 45 Abs. 2 S. 1 PAG Grundrechtseingriffe. Betroffen ist insoweit primär das Recht auf „Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme“:

„Dieses Recht fußt gleich dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG; es bewahrt den persönlichen und privaten Lebensbereich der Grundrechtsträger vor staatlichem Zugriff im Bereich der Informationstechnik auch insoweit, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen wird und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten.“<sup>254</sup>

In dieser Ausprägung schützt das Grundrecht

„insbesondere vor einem heimlichen Zugriff, durch den die auf dem System vorhandenen Daten ganz oder zu wesentlichen Teilen ausgespäht werden können. Der Grundrechtsschutz umfasst sowohl die im Arbeitsspeicher gehaltenen als auch die temporär oder dauerhaft auf den Speichermedien des Systems abgelegten Daten. Das Grundrecht schützt auch vor Datenerhebungen mit Mitteln, die zwar technisch von den Datenverarbeitungsvorgängen des betroffenen informationstechnischen Systems unabhängig sind, aber diese Datenverarbeitungsvorgänge zum Gegenstand haben.“<sup>255</sup>

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt also ein Systemvertrauen, das über das Vertrauen in die Vertraulichkeit eines einzelnen Datums hinausgeht.

In dieses Grundrecht wird durch eine heimliche Online-Durchsuchung auch eingegriffen. Das Bundesverfassungsgericht betont insoweit, eine „staatliche Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen weis[e] ein beträchtliches Potential für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen auf.“ Das Gewicht des Grundrechtseingriffs sei „von besonderer Schwere, wenn [...] eine heimliche technische Infiltration die längerfristige Überwachung der Nutzung des Systems und die laufende Erfassung der entsprechenden Daten“

---

<sup>254</sup> BVerfGE 120, 274 (313).

<sup>255</sup> BVerfGE 120, 274 (314f.).



ermögliche.<sup>256</sup> Das ist hier der Fall, denn die Online-Durchsuchung darf nach Art. 45 Abs. 3 S. 6 PAG für bis zu drei Monate angeordnet und dann auch beliebig oft verlängert werden. Hinzu kommt die etwas kurios anmutende Regelung in Art. 47 Abs. 1 Nr. 5 PAG, wonach für die heimliche Online-Durchsuchung auch Drohnen verwendet werden dürfen, deren Einsatz in einem faktischen Spannungsverhältnis zum Heimlichkeitsanspruch stehen dürfte.

Angesichts dieses massiven Eingriffs sind die Rechtfertigungsanforderungen außerordentlich hoch:

„Der Grundrechtseingriff, der in dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System liegt, entspricht im Rahmen einer präventiven Zielsetzung angesichts seiner Intensität nur dann dem Gebot der Angemessenheit, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen, selbst wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt.“<sup>257</sup>

Und es gibt auch absolute Grenzen:

„Selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung kann auf das Erfordernis einer hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit nicht verzichtet werden.“<sup>258</sup>

Es ist bemerkenswert, dass die durchaus wortreiche Gesetzesbegründung die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur eingeschränkten verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Online-Durchsuchung nur am Rande erwähnt. Stattdessen versucht sie, vergleichbar mit der Strategie bei der heimlichen Telekommunikationsüberwachung, das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts mit einer sehr eigenwilligen Interpretation umzudeuten. Es verweist nämlich wiederum auf eine Passage in diesem Urteil, das die Online-Durchsuchung selbst bei „drohender Gefahr“ ausdrücklich billigt. Diese Passage, die explizit auf das Urteil zur Online-Durchsuchung Bezug nimmt, lautet wie folgt:

„Einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung bedarf allerdings § 20k Abs. 1 Satz 2 BKAG. Die in dieser Vorschrift eröffnete Möglichkeit, auch schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr Maßnahmen durchzuführen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst drohende Gefahr einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen, ist dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und wenn erkenn-

<sup>256</sup> Beide Zitate aus BVerfGE 120, 274 (323).

<sup>257</sup> BVerfGE 120, 274 (326).

<sup>258</sup> BVerfGE 120, 274 (327).

bar ist, 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 (vgl. BVerfGE 120, 274 [329]). Ausreichend ist insoweit auch, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten eines Betroffenen eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass er solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird [...].<sup>259</sup>

Diese Passagen entsprechen weitgehend dem ersten Teil von Rn. 112 des BKAG-Urteils. In dieser Randnummer finden sich die zentralen Vorgaben für heimliche polizeiliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, die grundsätzlich eine konkrete Gefahr voraussetzen, wenn es sich nicht um terroristische Straftaten handelt.<sup>260</sup> Es bleibt daher unerfindlich, wie der Landesgesetzgeber ausgerechnet aus diesen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsmäßigkeit von Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG ableiten will. Diese belegen nämlich genau das Gegenteil.

Auch der Rechtsgüterschutz ist auf diese Anforderungen nicht abgestimmt. Zwar werden nur die Schutzgüter des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 2 PAG inkorporiert und wird sogar (wenn auch über den Wortlaut hinaus) betont, dass zur „Gesundheit einer Person“ nur „schwerwiegende Gesundheitsverletzungen“ gehörten.<sup>261</sup> Dass aber polizeiliche Vorfeldmaßnahmen nur bei systemischen Gefährdungen („terroristische Straftaten“) zulässig sind, bleibt unerwähnt.

Man kann damit festhalten, dass Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 verfassungswidrig ist, insoweit er Online-Durchsuchungen schon bei „drohender Gefahr“ zulässt. Das wirkt sich mittelbar auch auf die nach Art. 45 Abs. 2 S. 1 PAG zulässigen Vorbereitungs- und Begleitmaßnahmen aus, weil diese nur „unter den Voraussetzungen von Abs. 1 Satz 1-5“ möglich sind.

---

<sup>259</sup> BVerfGE 141, 220 (305).

<sup>260</sup> Vgl. dazu näher oben A. III. 1. b) aa) und 2. a) bb) (1).

<sup>261</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 66.

## **C. Weitere zur Normenkontrolle gestellte Normen**

Über die genannten Bestimmungen hinaus werden zwei weitere Vorschriften des bayerischen PAG zur Normenkontrolle gestellt, deren Verfassungswidrigkeit aber nicht aus der Verwendung des Tatbestands der „drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“, sondern aus anderen Gründen folgt.

### **I. Dauer des Gewahrsams, Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG**

Gemäß Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG darf die Ingewahrsamnahme nicht mehr als drei Monate betragen und kann jeweils um längstens drei Monate verlängert werden.

#### **1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Ingewahrsamnahme zur Gefahrenabwehr**

Zunächst bedarf es einiger Ausführungen zur generellen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme. Das ist erstens von Bedeutung für diejenigen Befugnisnormen, die die Ingewahrsamnahme zur Durchsetzung anderer Maßnahmen zulassen, die eine „drohende Gefahr“ als Eingriffsschwelle genügen lassen (Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG) bzw. die sonst Freiheitsentziehungen zulassen (Art. 15 Abs. 3 PAG und ggfs. auch Art. 13 Abs. 2 S. 3 PAG<sup>262</sup>). Zweitens ist die Frage der verfassungsrechtlich zulässigen Gründe für den Gewahrsam untrennbar verbunden mit seiner verfassungsrechtlich hinnehmbaren Dauer, also auch für die verfassungsrechtliche Prüfung von Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG.

#### **a) Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts**

Der Gewahrsam ist verfassungsrechtlich eine Freiheitsentziehung, die nach näherer Maßgabe von Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.<sup>263</sup> Insoweit bedarf es einer strengen Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung:

„Art. 104 Abs. 2 GG [...] ist zu entnehmen, dass es dem Grundgesetz im Bereich der Freiheitsentziehungen auf eine besonders rechtsstaatliche, förmliche Regelung ankommt. Der Gesetzgeber soll gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln.“<sup>264</sup>

Besonders strenge Maßstäbe gelten dabei für gefahrenabwehrrechtliche Freiheitsentziehungen „die nicht dem Schuldausgleich dienen. Sie sind nur zulässig, wenn der Schutz hoch-

---

<sup>262</sup> S. B. I. 1. und II. 1.

<sup>263</sup> *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 17 Rn. 11; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 16 Rn. 2.

<sup>264</sup> BVerfGE 29, 183 (196).

wertiger Rechtsgüter dies unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert.<sup>265</sup> Die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss zudem die Rechtsprechung des EGMR einbeziehen, der das Bundesverfassungsgericht auch im Kontext der Art. 2 Abs. 2 und 104 GG eine „faktische Orientierungs- und Leitfunktion“<sup>266</sup> beimisst. Nach Art. 5 Abs. 1 EMRK sind Freiheitsentziehungen nur zu rechtfertigen, wenn einer der dort genannten Haftgründe vorliegt.

Nach Art. 5 Abs. 1 lit. c) Alt. 2 EMRK kann die Freiheitsentziehung einer Person gerechtfertigt sein, wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat zu hindern. Der EGMR legt diese Bestimmung aber sehr eng aus:

„Dieser Haftgrund erlaubt [...] kein präventives Vorgehen gegen Einzelpersonen oder Personengruppen, die von den Behörden oder Gerichten zu Recht oder zu Unrecht als gefährlich oder als Personen mit Hang zu Straftaten angesehen werden. Er bietet den Vertragsstaaten lediglich ein Mittel zur Verhütung einer insbesondere nach Ort und Zeit ihrer Begehung und ihres Opfers [...] konkreten und bestimmten Straftat.“<sup>267</sup>

Einen Präventivgewahrsam deckt Art. 5 Abs. 1 lit. c) Alt. 2 EMRK schon deshalb nicht, weil die Freiheitsentziehung „der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde“ dienen muss. Sie kommt daher nur im Zusammenhang mit einem Strafverfahren in Betracht<sup>268</sup> und damit nicht im Gefahrenabwehrrecht.

Zwar ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. b) Alt. 2 EMRK die Freiheitsentziehung auch zur „Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“ zulässig. Der EGMR fordert aber insoweit das Bestehen einer „konkreten und spezifischen Pflicht“; das ist bei bevorstehenden Straftaten nur der Fall, „wenn Ort und Zeitpunkt der bevorstehenden Begehung der Straftat sowie ihr potenzielles Opfer/ihre potenziellen Opfer hinreichend konkretisiert wurden.“ Die allgemeine Verpflichtung, in unmittelbarer Zukunft keine Straftat zu begehen, ist jedenfalls in diesem Sinne nicht ausreichend konkret und bestimmt, weil anderenfalls der Gewahrsam schon zur Durchsetzung der allgemeinen Rechtstreue zulässig wäre.<sup>269</sup> Zudem würden damit die strengen Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK umgangen.

---

<sup>265</sup> BVerfG, NVwZ 2016, 1079 (1079).

<sup>266</sup> BVerfGE 128, 326 (368).

<sup>267</sup> EGMR, NVwZ 2014, 43 (44).

<sup>268</sup> EGMR, NVwZ 2014, 43 (44).

<sup>269</sup> EGMR, NVwZ 2014, 43 (45).

Das Bundesverfassungsgericht hat sich der Rechtsprechung des EGMR vollumfänglich angeschlossen.<sup>270</sup> Mit dieser Rechtsprechung sind Regelungen unvereinbar, die den Gewahrsam bereits bei einer sog. drohenden Gefahr zulassen, da diese gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass „Ort und Zeitpunkt der bevorstehenden Begehung der Straftat sowie ihr potenzielles Opfer/ihre potenziellen Opfer“ nicht hinreichend konkretisiert sind.<sup>271</sup>

## **b) Unzulässigkeit des Präventivgewahrsams bei „drohender Gefahr“**

Gemessen an dieser Rechtsprechung, die an gefahrenabwehrrechtliche Freiheitsentziehungen strenge Anforderungen stellt, sind einzelne Neuregelungen nicht unproblematisch.<sup>272</sup>

Das gilt namentlich für Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG. Ein früherer Entwurf der Vorschrift hatte nämlich noch eine drohende Gefahr als Haftvoraussetzung ausreichen lassen.<sup>273</sup> In der Gesetzgebung heißt es nun etwas unbedarft, es bedürfe einer „bestehenden Gefahr“.<sup>274</sup> Aufgrund des Wortlauts und dieser Begründung sind sich Befürworter wie Kritiker im Ausgangspunkt einig, dass eine konkrete Gefahr erforderlich ist.<sup>275</sup> Dann würde es sich zwar um eine verfassungsrechtlich unproblematische Form des Unterbindungsgewahrsams handeln. Sie hätte aber gegenüber Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG keinen praktischen Mehrwert. Denn die in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG genannten Gefahren dürften sich regelmäßig erst realisieren, wenn die Begehung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten unmittelbar bevorsteht. In der Gesetzesbegründung heißt es hingegen, dieser Haftgrund könne gerade „bei gravierenden, personifizierbaren Gefährdungslagen“<sup>276</sup> Anwendung finden. Das klingt dann wieder so, als ob die Tatbegehung eben doch nicht mit der für die konkrete Gefahr erforderlichen Wahrscheinlichkeit bevorstehen muss.<sup>277</sup> Die Gefahr muss, wenn man die Norm beim Wort

---

<sup>270</sup> BVerfG, NVwZ 2016, 43 (45).

<sup>271</sup> *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 16 Rn. 18; *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (152).

<sup>272</sup> Zum Folgenden treffend *Kuch*, Gefährder in Haft? Kritische Anmerkungen zu einem bayerischen Experiment, DVBl. 2018, 343 (348ff.).

<sup>273</sup> Das erklärt den Verweis auf Art. 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 und 5 PAG, s. *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 17 [2018] Rn. 65f.; *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (115 mit Fn. 4).

<sup>274</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 12.

<sup>275</sup> *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 17 Rn. 65f.; *Kuch*, Gefährder in Haft? Kritische Anmerkungen zu einem bayerischen Experiment, DVBl. 2018, 343 (346); *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (152).

<sup>276</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 12.

<sup>277</sup> So *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 17 Rn. 65f.

nimmt, noch nicht einmal von der in Gewahrsam zu nehmenden Person ausgehen.<sup>278</sup> So interpretiert, hätte Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG zwar einen eigenständigen Anwendungsbereich. Aber mit der Absenkung der Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung rückte die „Gefahr“ i. S. d. Vorschrift dann doch in die Nähe der „drohenden Gefahr“; dies ist aber nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung von EGMR und Bundesverfassungsgericht verfassungswidrig. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG muss daher in dem Sinne ausgelegt werden, dass er nur bei „konkreter Gefahr“ greifen kann. Mit dieser Maßgabe ist die Norm zwar verfassungsgemäß; angesichts der Unklarheiten wäre aber ein entsprechender Hinweis des Bundesverfassungsgerichts hilfreich.

Problematisch sind auch Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG. Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG entspricht zwar dem alten Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG („um Maßnahmen nach Art. 16 durchzusetzen“); da der Platzverweis nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG aber mittlerweile auch bei „drohender Gefahr“ zulässig sein kann,<sup>279</sup> gilt dieser Gefahrbegriff insoweit auch für den Gewahrsam. Nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG ist der Gewahrsam schließlich auch möglich, wenn er der Durchsetzung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung dient, die ebenfalls bei drohender Gefahr zulässig ist (Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG).<sup>280</sup> Man könnte Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG bei nur isolierter Betrachtung für verfassungsgemäß halten. Die Verfassungswidrigkeit eines Gewahrsams ergibt sich erst aus dem Umstand, dass sie jeweils auf Normen verweisen, die verfassungswidrig sind, weil sie bereits bei „drohender Gefahr“ greifen, weil dadurch auch der Gewahrsam bereits bei „drohender Gefahr“ zulässig ist. Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG vertiefen daher den Eingriff, der von den ohnehin verfassungswidrigen Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG ausgeht.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass jedenfalls auch Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG bei „drohender Gefahr“ eine Freiheitsentziehung i. S. v. Art. 104 Abs. 2 GG ermöglicht und daher verfassungswidrig ist.

## **2. Unverhältnismäßigkeit von Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG**

Vor dem Hintergrund, dass der bayerische Landesgesetzgeber die Zulässigkeit des Gewahrsams partiell und in zum Teil nur sehr unklarer Weise in das Gefahrenvorfeld vorverlagert

---

<sup>278</sup> *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (152).

<sup>279</sup> S. dazu B. I. 3.

<sup>280</sup> Dazu bereits oben B. II. 2.

hat, muss die Verhältnismäßigkeit der Neuregelung zur Dauer des Gewahrsams gesehen werden. Denn die in Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG vorgesehene und jeweils verlängerbare Drei-Monats-Frist gilt nunmehr selbst in Fällen, in denen noch nicht einmal eine konkrete Gefahr besteht. Personen können also nach bayerischem Recht nunmehr drei Monate in Haft genommen werden, ohne dass schon eine hinreichende Wahrscheinlichkeit vorliegen muss, dass von Ihnen tatsächlich eine Gefahr ausgeht. Das gilt auch für die unbegrenzt zulässigen Wiederholungsanordnungen.

Der Grundsatz, dass insbesondere gefahrenabwehrrechtliche Freiheitsentziehungen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten müssen, gilt nicht nur für das „Ob“ des Gewahrsams, sondern auch für seine Modalitäten, also insbesondere auch für seine Dauer. Je länger die Freiheitsentziehung dauert, desto gewichtiger müssen die Gründe dafür sein, dass sie andauert.<sup>281</sup> Der Landesgesetzgeber begründet die Ausweitung der zulässigen Dauer des Gewahrsams von 14 Tagen auf drei Monaten mit entsprechenden Regelungen in Schleswig-Holstein und Bremen. Daher solle „auch in Bayern die Möglichkeit längerer Präventivhaft im begründeten Einzelfall nicht von vornherein ausgeschlossen sein“<sup>282</sup>. Dass andere Länder ähnliche Bestimmungen haben, ersetzt allerdings keine sachliche Begründung für einen gravierenden Grundrechtseingriff. Eher wird der Anschein erweckt, als sei es das primäre Anliegen des bayerischen Gesetzgebers, sich in Sachen öffentliche Sicherheit von keinem Bundesland überbieten lassen zu wollen. Ohnehin sind die beiden in der Gesetzesbegründung genannten Landesgesetze dafür bei den materiellen Eingriffsvoraussetzungen strenger und lassen Freiheitsentziehungen insbesondere nicht schon bei drohender Gefahr zu.<sup>283</sup>

Es ist auch kein rechtsstaatlich akzeptabler Grund dafür ersichtlich, warum ein Gewahrsam drei Monate dauern muss und dann sogar noch beliebig oft verlängert werden kann. Soweit nämlich Art. 17 PAG eine konkrete Gefahr voraussetzt, kann diese regelmäßig innerhalb weniger Tage beseitigt werden, wie die „hilflose Lage“ (Nr. 1), die Platzverweisung (Nr. 4) und die elektronische Aufenthaltsüberwachung (Nr. 5). Das gilt auch für den Sicherheitsgewahrsam, bei dem ebenfalls das Erfordernis einer „unmittelbar bevorstehenden Begehung“ (Nr.

---

<sup>281</sup> BVerfG, NStZ 2013, 116 (117).

<sup>282</sup> LT-Drucks. 17/16299, S. 13.

<sup>283</sup> *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 (152).

2) einen engen zeitlichen Rahmen vorgibt. Wenn dann nach wenigen Tagen weiterhin die Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder schweren Ordnungswidrigkeit unmittelbar bevorsteht, ist eine erneute, anschließende Ingewahrsamnahme zulässig, für die dann aber wieder der Richtervorbehalt gilt. Das zwingt die Polizei zu erklären und ermöglicht dem Richter zu prüfen, warum die mit der Ingewahrsamnahme verfolgten Ziele nicht auch durch mildere Mittel wie eine elektronische Aufenthaltsüberwachung (Art. 34 Abs. 1 PAG) oder eine längerfristige Observation (Art. 36 Abs. 1 Nr. 1 PAG) erreicht werden können. Der Sächsische Verfassungsgerichtshof hat dementsprechend schon die gesetzliche Höchstfrist von 14 Tagen für verfassungswidrig erklärt, weil ihm kein einziger Fall bekannt sei, bei dem ein derart langer Gewahrsam ohne richterliche Prüfung erforderlich gewesen wäre – weder in Sachsen noch in einem anderen Bundesland.<sup>284</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht geht in einem „obiter dictum“ davon aus, dass ein polizeirechtlicher Gewahrsam 14 Tage nicht überschreiten darf.<sup>285</sup>

Betrachtet man die Ausweitung der Höchstfrist im Kontext des generellen, rechtsstaatswidrigen Anliegens der PAG-Reform, so wird die Regelung freilich nachvollziehbarer, ja sie ist in einem verfassungsrechtlich deprimierenden Maße konsequent. Die Vorverlagerung der Eingriffsbefugnisse in das Gefahrenvorfeld auf der einen und die Ausweitung der Höchstfrist des Gewahrsams auf der anderen Seite sind nämlich zwei Seiten einer Medaille: Je weiter sich Eingriffsbefugnisse in das Gefahrenvorfeld verlagern, desto aufwändiger und auch langwieriger ist die Prüfung, ob die bislang nur mit einem Drohungspotenzial verknüpfte Person tatsächlich konkret gefährlich ist. In einer solchen Situation tatsächlicher Unsicherheit sind auch die Kontrollmöglichkeiten eines Richters begrenzt. Wie soll er auf der Grundlage eines von den Polizeibehörden entworfenen Gefahrenszenarios die Entscheidung fällen, dass nicht die Gefahr einer Gefahr besteht? Im Zweifel wird er daher namentlich bei „drohenden Gefahren“ jedem mit der Höchstfrist von drei Monaten versehenen Antrag zunächst stattgeben und auch einer Verlängerung zustimmen, weil ihm aufgrund fehlender eigener Gefahreinschätzungsmöglichkeiten gar nichts anderes übrig bleibt und er befürchten muss, für einen nächsten Anschlag mitverantwortlich zu sein, weil er einem Ersuchen der Polizei nicht entsprochen hat. Es ist also aufgrund der Natur der Gefahren und der „Gefährder“, die dem Gesetzgeber hier offensichtlich vorschweben, sowohl rechtlich als auch in tatsächlicher Hin-

---

<sup>284</sup> SächsVerfGH, LKV 1996, 273 (278).

<sup>285</sup> BVerfGE 109, 190 (220).



sicht nicht ausgeschlossen, dass ein Gewahrsam über Monate, wenn nicht gar über Jahre aufrechterhalten bleiben muss – eben so lange, bis aus einer drohenden eine konkrete Gefahr wird oder sich die drohende endgültig als gefühlte Gefahr herausstellt. Genau das scheint das Anliegen der Protagonisten des Gesetzes zu sein. Es ist daher in gewisser Weise konsequent, wenn etwa *Wilhelm Schwabenbauer* bemerkenswert freimütig vertritt, es sei aufgrund des (nicht näher konkretisierten und in seiner Problematik offenbar auch gar nicht erkannten<sup>286</sup>) Untermaßverbotes nicht nur nicht verfassungswidrig, sondern sogar verfassungsrechtlich geboten, Menschen präventiv und unbegrenzt in Haft zu nehmen, von denen die Polizei vermutet, dass sie irgendwann einmal schwere Straftaten begehen werden.<sup>287</sup>

Das Grundgesetz steht einer solchen Vorverlagerung des polizeilichen Gewahrsams in das Gefahrenvorfeld aber nach dem Gesagten auch entgegen, um zu verhindern, dass aus dem Präventivgewahrsam ein Sanktionsinstrument ohne rechtsstaatliches Strafverfahren wird. In diesem Zusammenhang stellt sich verschärfend das Problem, dass Art. 92 Abs. 1 S. 1 PAG für das gerichtliche Verfahren vorbehaltlich abweichender Regelung auf die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verweist. Das führt dazu, dass auch für möglicherweise langandauernde Freiheitsentziehungen nicht die strengen Verfahrensregeln des Strafprozessrechts gelten, die durch die erhebliche Eingriffsintensität staatlich angeordneter Freiheitsentziehungen bedingt sind, sondern Verfahrensregelungen, die an sich auf familienrechtliche Fragestellungen und nur insoweit auch auf Freiheitsentziehungen (§§ 415ff. FamFG) zugeschnitten sind. So ist im Verfahren nach dem FamFG, anders als dies im Strafprozessrecht in § 140 StPO vorgesehen ist, die Mitwirkung eines Rechtsanwaltes nicht erforderlich. Diese ist aber auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Verfahren mit schwerwiegenden Folgen für den Beschuldigten verfassungsrechtlich zwingend:

„Die Vorschriften der StPO über die notwendige Mitwirkung und die Bestellung eines Verteidigers im Strafverfahren stellen sich als Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung dar. Wiederholt hat das BVerfG betont, dass das Recht auf ein faires Verfahren zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens, insbesondere des Strafverfahrens mit seinen möglichen einschneidenden Auswirkungen

---

<sup>286</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 348ff.

<sup>287</sup> So *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 20 PAG Rn. 19 unter Hinweis auf *Schmitt Glaeser*, Zweites Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes, BayVBl. 1989, 129 (135).

für den Beschuldigten, zählt [...]. Der Beschuldigte darf nicht nur Objekt des Verfahrens sein; ihm muß vielmehr die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen. [...] Dazu gehört auch, dass ein Beschuldigter, der die Kosten eines gewählten Verteidigers nicht aufzubringen vermag, in schwerwiegenden Fällen von Amts wegen und auf Staatskosten einen rechtskundigen Beistand (Pflichtverteidiger) erhält.“<sup>288</sup>

Hingegen lässt es das PAG zu, dass Personen, die über mehrere Monate in Gewahrsam genommen werden, keinen anwaltlichen Beistand erhalten, der ihnen insbesondere dabei behilflich sein könnte, die notwendigen Beweismittel heranzuschaffen, die gegen das Vorliegen einer (drohenden/gefühlten) Gefahr sprechen. Auch ist nach Art. 92 Abs. 1 S. 2 PAG eine Rechtsbeschwerde, ausgeschlossen, d. h. es besteht anders als im Strafprozessrecht (vgl. §§ 296ff. StPO) nicht mehr die Möglichkeit, eine gerichtlich beschlossene Maßnahme der Freiheitsentziehung fachgerichtlich überprüfen zu lassen. Zu Recht wird aber im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die gerichtliche Überprüfung von Ingewahrsamnahmen angesichts ihrer theoretisch zeitlich unbegrenzten Dauer immer wichtiger wird.<sup>289</sup> Es ist kaum nachvollziehbar, dass Personen, die nur möglicherweise eine irgendwie geartete Straftat begehen werden, damit schlechter stehen als solche, die tatsächlich eine Straftat begangen haben.

Man kann damit festhalten, dass Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG ein Baustein eines neuen Polizeirechts ist, das das Gefahrenvorfeld umfassend für polizeiliche Eingriffsbefugnisse und namentlich auch für Freiheitsentziehungen öffnet, die konzeptionell wegen der unsicheren Tatsachenlage auch längere Ingewahrsamnahmen bedingen. Dass diese Eingriffe auch noch erfolgen dürfen, ohne dass den Betroffenen zwingend ein Rechtsanwalt zugeordnet ist, ist rechtsstaatlich inakzeptabel.

Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG erweist sich damit nach alledem als verfassungswidriger Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 2-4 GG.

## **II. Datenerhebung durch molekulargenetische Untersuchungen, Art. 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 PAG**

Die Datenerhebungsgeneralklausel des Art. 32 Abs. 1 PAG erlaubt in den Fällen von S. 1 Nr. 1 eine Datenerhebung auch durch die molekulargenetische Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft zum Zwecke der Feststellung des DNA-Identifizierungs-

---

<sup>288</sup> BVerfGE 46, 202 (210).

<sup>289</sup> Grünewald, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 18 Rn. 39.

musters, des Geschlechts, der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeographischen Herkunft des Spurenverursachers, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist das in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht:

„Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters greifen [...] in das durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein [...]. Dieses Recht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [...]. Es gewährt seinen Trägern Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe der auf sie bezogenen, individualisierten oder individualisierbaren Daten [...]. Diese Verbürgung darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weiter gehen als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist [...]“<sup>290</sup>

Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt also nicht nur vor, wenn Körperzellen zum Zwecke der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters entnommen werden, sondern auch, wenn aufgefundenenes genetisches Spurenmaterial gespeichert und verwendet wird. Es überrascht daher, dass die Gesetzesbegründung nur eine solitäre Gegenauffassung<sup>291</sup> zitiert, die einen Eingriff verneint, damit aber den Schutzgehalt des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung grundlegend missversteht. Dieses schützt vor der Erhebung personenbezogener Daten ganz unabhängig von körperlichen Eingriffen. Aus dem Spurenmaterial können nämlich sehr persönliche Informationen über persönliche Lebenssachverhalte und persönliche Merkmale abgeleitet werden. Der Eingriff wiegt hier sogar schwerer, weil ihn der Betroffene gar nicht mitbekommt.

Die Gesetzesbegründung bezieht sich zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs auf die oben zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sowie auf eine Gesetzesinitiative des Landes Baden-Württemberg im Bundesrat.<sup>292</sup> Sie verkennt allerdings, dass sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts allein auf den sog. nicht-codierenden Teil

---

<sup>290</sup> BVerfGE 103, 21 (32f.).

<sup>291</sup> Vgl. LT-Drucks. 17/20425 unter Hinweis auf *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 195.

<sup>292</sup> LT-Drucks. 17/20425, S. 50.

der DNA bezog, aus dem kein Persönlichkeitsprofil abgeleitet werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hat auch nur deshalb einen Eingriff in den der Abwägung entzogenen Kernbereich des Persönlichkeitsrechts verneint.<sup>293</sup> Zudem beziehen sich die zitierten Quellen auf strafprozessuale molekulargenetische Untersuchungen und damit nicht auf die Gefahrenabwehr. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Untersuchungen aber nur aufgrund der Besonderheiten des Straf- und Strafprozessrechts (vgl. § 81g StPO) gerechtfertigt und insbesondere nicht als Verstoß gegen das Übermaßverbot angesehen:

„Sie knüpft an eine vorangegangene Verurteilung des Betroffenen wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung an und setzt die auf bestimmte Tatsachen gestützte Prognose voraus, dass gegen ihn künftig weitere Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein werden. Auf diese Weise wird die Maßnahme *auf besondere Fälle beschränkt*.“<sup>294</sup>

Die Gefahrenabwehr nach Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG knüpft aber gerade nicht an eine vorangegangene Tat des Betroffenen an, erfüllt also nicht den Ausnahmetatbestand, mit dem das Bundesverfassungsgericht den Eingriff legitimiert. Im Gegenteil ist überhaupt nicht klar, ob die Person, der das Spurenmaterial zugeordnet wird, irgendetwas mit der abzuwehrenden Gefahr zu tun hat.

Es handelt sich also erneut um das typische Muster, das die beiden PAG-Reformen wie ein roter Faden durchzieht. Aus singulären Fällen, in denen ein schwerwiegender Grundrechtseingriff ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann, wird die Zulässigkeit im Regelfall abgeleitet – bei der an sich nur für terroristische Straftaten bestehenden polizeilichen Zuständigkeit im Gefahrenvorfeld ebenso wie hier bei molekulargenetischen Feststellungen, bei denen gar noch neben der Sache liegende Zweifel gestreut werden, ob sie überhaupt Eingriffe beinhalten.

Der Gesetzgeber befasst sich jedenfalls in der amtlichen Begründung auch nicht mit den erheblichen Bedenken gegen einzelne aus dem aufgefundenen Spurenmaterial abgeleitete Merkmale. Dabei geht es vor allem um die „biogeografische Herkunft des Spurenverursachers“. Die Vorstellung, man könne über DNA-Material Aufschlüsse über die Herkunft einer Person erhalten, wird in der Fachliteratur verbreitet angezweifelt. Das Verfahren beruht auf der Annahme, „dass die genetischen Unterschiede zwischen Menschen umso größer sind, je

---

<sup>293</sup> BVerfGE 103, 21 (31f.).

<sup>294</sup> BVerfGE 103, 21 (34); Hervorhebung nur hier.

weiter voneinander entfernt ihre Vorfahren lebten; oder, dass es genetische Unterschiede zwischen ‚Populationen‘ gibt und diese sich in der DNA einer Person widerspiegeln, abhängig davon, aus welcher Population ihre Vorfahren stammen.“<sup>295</sup> Das funktioniert mit der erforderlichen Sicherheit aber nur bei Personen, in deren Familiengeschichte seit vielen Generationen keine „Ortsfremden“ gezeugt wurde und die zudem aus einer gut erfassten Referenzpopulation stammen.<sup>296</sup> Damit bestehen schon erhebliche Zweifel an der Eignung der Methode.

Unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit besonders problematisch ist die Diskriminierungsaffinität einiger der in Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG relevanten Merkmale. Die Ergebnisse aus dem aufgefundenen Spurenmaterial sind für die Gefahrenabwehr nämlich nur hilfreich, wenn sie auf Merkmale von Minderheiten wie dunkle Hautfarbe oder etwa „Herkunft aus Nordafrika“ hinweisen. Mit dem Ergebnis „hellbraune Haare, blaue Augen, helle Haut, mitteleuropäische Herkunft“ wird man hingegen wenig anfangen können.<sup>297</sup> Molekulargenetische Untersuchungen und die daran anknüpfenden Maßnahmen in der Öffentlichkeit sind daher nur im Hinblick auf Personen hilfreich, die einer Minderheit angehören. Bestimmte Gruppen – Menschen mit dunkler Hautfarbe oder Personen aus Nordafrika – werden auf diese Weise immer wieder mit bestimmten Gefahren in Verbindung gebracht. Dadurch verfestigt sich das Bild eines Typus „Gefährder“, der diesen Status nur deshalb erhält, weil er bestimmte Merkmale (Rasse, Herkunft) aufweist, die molekulargenetische Untersuchungen zutage gefördert haben<sup>298</sup> – Merkmale, an die nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG grundsätzlich verboten ist anzuknüpfen. Das mag nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfolgung schwerster Straftaten ausnahmsweise zu rechtfertigen sein, aber nicht flächendeckend für die gesamte Gefahrenabwehr (Art. 2 Abs. 1 PAG) wie das Art. 32 Abs. 1 S. 1 Nr. a) i. V. m. S. 2 PAG vorsieht.

---

<sup>295</sup> V. Lipphardt, Die Bestimmung der „Biogeografischen Herkunft“ – eine voraussetzungsreiche Methode, TAGESPIEGEL v. 21. 9. 2017; <https://causa.tagesspiegel.de/ethik/vom-erbgut-zum-phantombild-ein-noetiger-tabubruch/die-bestimmung-der-biogeographischen-herkunft-eine-voraussetzungsreiche-methode.html>.

<sup>296</sup> Kritisch daher auch: Stellungnahme von Amnesty International zu den geplanten Änderungen des Polizeiaufgabengesetzes in Bayern v. 9. 5. 2018, S. 5; <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2018-05/Amnesty-Positionspapier-Stellungnahme-Polizeiaufgabengesetz-Bayern-Mai2018.pdf>

<sup>297</sup> A. Lipphardt, Diskriminierungseffekte erweiterter DNA-Analysen im polizeilichen Einsatz, TAGESPIEGEL v. 19. 9. 2017; <https://causa.tagesspiegel.de/ethik/vom-erbgut-zum-phantombild-ein-noetiger-tabubruch/diskriminierungseffekte-erweiterter-dna-analysen-im-polizeilichen-einsatz.html>

<sup>298</sup> Kritisch daher auch Momsen, Vorurteile werden zur Ermittlungsgrundlage, TAGESPIEGEL v. 24. 7. 2017, <https://causa.tagesspiegel.de/ethik/vom-erbgut-zum-phantombild-ein-noetiger-tabubruch/vorurteile-werden-zur-ermittlungsgrundlagenbsp.html>.

Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG ist damit wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen