

Sicherheit um der Freiheit Willen? – Die Novelle des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes

Von Cand. iur. **My Hanh Pham**, Cand. iur. **Franziska Pongratz**, München*

I. Einleitung

Am 15.5.2018 hat der Bayerische Landtag das Gesetz zur Neuordnung des Polizeirechts verabschiedet.¹ Unter dem Vorwand der Umsetzung der EU-Datenschutzgrundverordnung² und mit Verweis auf das vom Bundesverfassungsgericht ergangene Urteil zum BKA-Gesetz³, hat der Gesetzgeber umfangreiche neue Eingriffsbefugnisse, insbesondere im Bereich der Datenerhebung und -verarbeitung, für die Polizei geschaffen. Sie kann z.B. nach Art. 33 Abs. 2 PAG unter bestimmten Voraussetzungen offene Bild- und Tonaufnahmen von Personen anfertigen, nach Art. 35 Abs. 1 PAG die Post ohne Wissen des Betroffenen sicherstellen oder auch gegen Nichtstörer nach Art. 10 PAG besondere Mittel der Datenerhebung, wie beispielsweise die längerfristige Observation nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 PAG einsetzen. Diese Maßnahmen dürfen auch auf Grundlage einer bloß „drohenden Gefahr“ ergehen. Die Erweiterung der Generalklausel um den neuen Gefahrbegriff wurde bereits im Juli 2017 mit dem „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“⁴ eingeführt. Der Gesetzgeber begründete diese Änderung u.a. damit, ständig neuen Gefährdungslagen aus dem Bereich des Terrorismus und Extremismus bereits im Vorfeld wirksam entgegenzutreten zu wollen.⁵ Damit wurde an den „zwei zentralen dogmatischen Stellschrauben des Polizeirechts“⁶, nämlich der Generalklausel und den Gefahrbegriffen, gedreht. Nach der traditionellen Polizeirechtsdogmatik dürfen grundrechtsverkürzende Maßnahmen in der Regel erst aufgrund einer konkreten Gefahr getroffen werden.⁷ Die aus den Änderungen folgende Vorverlagerung polizeilicher Eingriffsbefugnisse erscheint verfassungsrechtlich bedenklich, da die Schwelle für Grundrechtseingriffe erheblich abgesenkt wird.

* Die *Autorinnen* studieren Rechtswissenschaft an der Universität München. Der Beitrag beruht auf einer Popularklage bzgl. der Änderungen des Polizeiaufgabengesetzes im August 2017. An der Popularklage haben die *Autorinnen* im Rahmen einer Law Clinic mitgewirkt und diese liegt nun seit Mai 2018 dem BayVerfGH vor.

¹ Polizeiaufgabengesetz (PAG) v. 18.5.2018, GVBl 2018, S. 301.

² Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

³ BVerfGE 141, 220.

⁴ Polizeiaufgabengesetz (PAG) v. 24.7.2017, GVBl 2017, S. 388.

⁵ LT-Drs. 17/16299, S. 1.

⁶ *Mörtl*, BayVBl. 2018, 156 (156).

⁷ *Götz*, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, S. 43 f.; *Schoch*, JuS 1994, 667 (668).

„In der Summe sind das so viele neue Maßnahmen, die verfassungsrechtlich auf Kante genäht sind, dass das einfach problematisch ist.“⁸ – *Thomas Petri*, Datenschutzbeauftragter Bayern

Kann eine derart weitreichende Einschränkung der Freiheitsrechte um der Sicherheit willen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden? Gefährden die Neuregelungen den Rechtsstaat oder handelt es sich vielmehr um eine „moderate Arrondierung“⁹ der bisherigen Dogmatik? Tatsache ist, dass es sich hierbei um eine rechtlich und politisch höchstumstrittene Gesetzesänderung handelt, mit deren Verfassungskonformität sich die „Law Clinic zum PAG“ auseinandergesetzt hat.

II. Die Law Clinic zum PAG – Vom Seminarraum zum Verfassungsgerichtshof¹⁰

Eine Law Clinic verfolgt ein innovatives Lehr- und Lernkonzept, indem sie es Studierenden ermöglicht über den Tellerrand des Hörsaals zu blicken und in die Welt der Praxis einzutauchen. Hierbei können angehende Juristinnen und Juristen ihr bereits durch Vorlesungen erworbenes theoretisches Wissen anhand eines konkreten Falles anwenden und vertiefen. Diese aus dem angloamerikanischen Raum stammende Projektidee befindet sich zwar auf dem Vormarsch, ist aber innerhalb der deutschen Juristenausbildung selbst noch ein untypisches Format. In diesem Sinne haben sich unter Anregung von Prof. *Dr. Markus Krajewski*, Prof. *Dr. Isabel Feichtner* und *Dr. Martin Heidebach* Studentinnen und Studenten der LMU München, der FAU Erlangen-Nürnberg und der JMU Würzburg zusammengeschlossen und sich mit der Vereinbarkeit der ersten Novelle des Polizeiaufgabengesetzes mit Grund- und Menschenrechten beschäftigt. Bei regelmäßigen Treffen in Nürnberg haben wir zunächst die einzelnen Änderungen nicht nur unter verfassungsrechtlichen, sondern auch unter rechtsvergleichenden und rechtssoziologischen Gesichtspunkten beleuchtet und diskutiert. Nachdem wir festgestellt hatten, dass es erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität des PAG gibt, untersuchten wir, welcher Rechtsweg erfolgreich sein könnte. Wir beschlossen, Popularklage vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof nach Art. 98 S. 4 der Bayerischen Verfassung zu erheben. Bei diesem Rechtsbehelf handelt es sich um ein bayerisches Unikum, bei dem – im Gegensatz zur Verfassungsbeschwerde – keine ei-

⁸ <https://www.br.de/nachrichten/bayerns-datenschutzbeauftragter-petri-will-aenderungen-beim-pag-100.html> (23.9.2018).

⁹ LT-Drs. 17/16299, S. 9.

¹⁰ Vgl. auch: *Schilderoth*, Die Verfassungswidrigkeit der bayerischen Polizeigesetzgebung aus der Sicht Studierender, in: Verfassungsblog v. 22.6.2018,

<https://verfassungsblog.de/die-verfassungswidrigkeit-der-bayerischen-polizeigesetzgebung-aus-der-sicht-studierender-ein-heilungsversuch-in-der-law-clinic/> (23.9.2018).

gene, unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit geltend gemacht werden muss. Für die Zulässigkeit ist es ausreichend, substantiiert vorzutragen, inwiefern die angegriffene Rechtsvorschrift in Widerspruch zur Bayerischen Verfassung steht. Daraufhin haben wir unter dem Motto „learning by doing“ in universitätsübergreifenden Kleingruppen Textbausteine für die Klage entworfen. Die Herausforderung bestand insbesondere darin, die gewonnenen Erkenntnisse im Urteilsstil zu formulieren. Die erarbeiteten Textentwürfe haben wir anschließend im Rahmen eines dreitägigen Abschlussworkshops in der Benediktinerinnen-Abtei auf der Fraueninsel im Chiemsee inhaltlich verfeinert und zu einem vollständigen Schriftsatz zusammengeführt. Wir lernten hierbei nicht nur, wie eine Klage effektiv gestaltet wird, sondern setzten uns in diesem Kontext auch mit der strategischen Prozessführung auseinander. Hierbei geht es um mehr als Gewinnen. Neben dem Ziel, eine Klage mit Aussicht auf Erfolg einzureichen, diskutierten wir beispielsweise, inwiefern dieses Projekt öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen kann und wie man das Bewusstsein der Gesellschaft für ein solch grundrechtssensibles Thema hervorrufen kann. Das Projekt fand mit der Einreichung der Klageschrift am 3.5.2018 in München sein vorläufiges Ende.

III. Verfassungswidrigkeit des PAG

Die Popularklage richtet sich gegen folgende durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24.7.2017 und das Bayerische Integrationsgesetz vom 13.12.2016 in das PAG eingeführten oder veränderten Vorschriften: Die Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG, die Kontaktverbote in Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG, die Aufenthaltsverbote und -gebote in Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG, die Neuregelungen zum Präventivgewahrsam in Art. 17 Abs. 1 Nrn. 3, 4 und 5 PAG i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG, die anlasslosen Identitätsfeststellungen in Asylbewerberunterkünften in Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 lit. c PAG sowie das Betreten von Asylbewerberunterkünften in Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG und die elektronische Aufenthaltsüberwachung in Art. 32a PAG a.F. (nun Art. 34 PAG n.F.).

Die folgenden Ausführungen, die auf der eingereichten Klage¹¹ beruhen, setzen sich kritisch mit dem Begriff der „drohenden Gefahr“ und dem Präventivgewahrsam auseinander.

1. Eingriffsbefugnis bei „drohender Gefahr“

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen am 1.8.2017 wurde die polizeiliche Generalklausel gemäß Art. 11 PAG um die Eingriffsbefugnis bei Vorliegen einer „drohenden Gefahr“ erweitert. Nach Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG kann die Polizei 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 das individuelle Verhalten einer Person die Wahr-

lichkeit begründet *oder* 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. Nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG sind bedeutende Rechtsgüter: Der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes; Leben, Gesundheit oder Freiheit; die sexuelle Selbstbestimmung; erhebliche Eigentumspositionen oder Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse liegt.

a) Was ist die „drohende Gefahr“?

Nach traditioneller Polizeirechtsdogmatik ist für Eingriffe in den Kausalverlauf aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine konkrete Gefahr erforderlich.¹² Durch den neuen Art. 11 Abs. 3 PAG wird davon abgewichen. Der Begriff der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG ergänzt die bisherige Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Gefahr. Fraglich ist nun, wie sich die „drohende Gefahr“ zu den bisherigen Gefahrenbegriffen verhält. Den Begriffen der konkreten und der abstrakten Gefahr gemeinsam ist die Anforderung an den Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts – es muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bestehen.¹³ Sie unterscheiden sich lediglich in der zugrundeliegenden Betrachtungsweise. Bei der konkreten Gefahr wird von einem Wissenshorizont, beruhend auf konkreten Einzelfallumständen, auf die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Rechtsgutverletzung geschlossen.¹⁴ Eine abstrakte Gefahr liegt hingegen vor, wenn eine generell-abstrakte oder typisierende Betrachtung von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass typischerweise in derartigen Konstellationen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden einzutreten pflegt.¹⁵ Gemeinsam ist der konkreten Gefahr und der „drohenden Gefahr“ – im Gegensatz zur abstrakten Gefahr – der Einzelfallbezug. In beiden Fällen wird für die Feststellung, ob eine zum Eingreifen ermächtigende Gefahr vorliegt, ein konkreter einzelfallbezogener Wissenshorizont zugrunde gelegt. Der Unterschied zu Eingriffsbefugnissen, die das Vorliegen einer konkreten Gefahr fordern, liegt nun darin, dass Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 PAG einen deutlich früheren Eingriff in den Geschehensablauf, nämlich schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr, zulassen.

b) Bestimmtheitsanforderungen für Befugnisse im Gefahrenvorfeld

Die Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG ermächtigt die Polizei, dem Betroffenen Handlungs- und Unterlassungspflichten aufzuerlegen und greift damit in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV ein. Dieser Eingriff kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden, da die Norm

¹² Schenke, JuS 2018, 505 (506).

¹³ Vorkühle, JuS 2007, 908.

¹⁴ Heckmann, Öffentliches Recht in Bayern, 6. Aufl. 2014, 3. Teil Rn. 8, 47, 116.

¹⁵ Heckmann (Fn. 14), 3. Teil Rn. 8, 47 f., 118.

¹¹ https://www.rph1.rw.fau.de/files/2018/05/Popularklage-Endg%C3%BCltige-Fassung_ohne-Adressen-neu.pdf (23.9.2018).

unter anderem gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt. Das Bestimmtheitsgebot, welches sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 BV ableitet, verlangt vom Gesetzgeber, „seine Vorschriften so zu fassen, dass sie den rechtsstaatlichen Anforderungen der Normenklarheit entsprechen. Gesetze müssen so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können und dass die Gerichte in der Lage sind, die Anwendung der betreffenden Rechtsvorschriften durch die Verwaltung zu kontrollieren.“¹⁶ Normenklarheit wird nicht erreicht, wenn Betroffene aufgrund des Gesetzes nicht ansatzweise beurteilen und substantiiert in Frage stellen können, ob eine belastende staatliche Handlung rechtmäßig ist.¹⁷ Hieraus resultiert noch kein grundsätzliches Verbot für die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen. Als Mindestmaß verlangt das Bestimmtheitsgebot jedoch in allen Konstellationen, dass eine gesetzliche Befugnis nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt und somit auch für den Bürger inhaltlich verständlich ist.¹⁸

Als eine Vorschrift, die gewichtige Grundrechtseingriffe im Gefahrenvorfeld ermöglicht, unterliegt Art. 11 Abs. 3 PAG zudem besonders hohen Bestimmtheitsanforderungen. Denn die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm sind umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff wirkt.¹⁹ Der Gesetzgeber muss die Ermächtigungsgrundlage so formulieren, dass sie handlungsbegrenzende Tatbestandsmerkmale enthält.²⁰ Die Tatbestandsmerkmale des Art. 11 Abs. 3 PAG sind nicht bestimmt und nicht bestimmbar. Die dem Begriff der drohenden Gefahr inhärente Unbestimmtheit des Kausalverlaufs und des Schadensereignisses nach Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 PAG führt zu einer mangelnden Vorhersehbarkeit, wann die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Je nach subjektiver Prognose des agierenden Polizisten kann ein individuelles Verhalten oder ein Handeln als „drohende Gefahr“ bewertet werden oder gerade nicht. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sich die Prognose nicht auf ein konkretes Schadensereignis beziehen muss, da es um Eingriffe im Gefahrenvorfeld geht.

¹⁶ VerfGHE 56, 1 (8 f.).

¹⁷ BayVerfGHE 56, 28 (45).

¹⁸ BVerfGE 110, 33 (53 ff.) = NJW 2004, 2213.

¹⁹ BayVerfGHE 56, 1 (9); 56, 28 (45); 73, 206 (235); 75, 329 (342 f.); 105, 135 (155).

²⁰ BayVerfGE 113, 348 (378); vgl. auch *Löffelmann*, in: Gemeinsame Anhörung der Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport sowie für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am Mittwoch, den 21.3.2018 zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts, PAG-Neuordnungsgesetz, Drs. 17/20425 und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes, Drs. 17/20763.

c) „Informationskampagne“ des StMI

Die fehlende Bestimmtheit des neuen Gefahrbegriffs ist von verschiedenen Seiten gerügt worden.²¹ Diese Kritik war Auslöser dafür, dass das Bayerische Staatsministerium des Inneren und für Integration eine Informationsbroschüre veröffentlicht hat.²² Laut Ministerium entspricht die mit der PAG-Novelle 2017 neu eingeführte Gefahrenkategorie sehr wohl den verfassungsmäßigen Anforderungen. So wurden Thesen aufgestellt, die die Kritikpunkte entkräften sollen. Im Anschluss an diese beziehen die *Autorinnen* jeweils Stellung zu den getroffenen Aussagen.

aa) Entscheidung des BVerfG zum BKA-Gesetz

„Die ‚drohende Gefahr‘ geht auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz vom 20.4.2016 zurück.“

„Vor dem Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz wurden Fälle, in denen sich etwa Zeit und Ort der Tat noch nicht in allen Einzelheiten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bestimmen lassen, als konkrete Gefahr bewertet. Aufgrund der neuen Anforderungen des BVerfG ist dies nun nicht mehr zulässig. Das neue Gesetz schafft mit der Kategorie der drohenden Gefahr insoweit mehr Rechtssicherheit.“²³

Die Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz aus dem Jahr 2016, auf die sich die Gesetzesbegründung²⁴ bezieht, lassen keinen anderen Schluss zu, als dass die Neuregelung unverhältnismäßig ist. Der Begriff der „drohenden Gefahr“ wurde zwar tatsächlich durch diese Entscheidung geprägt, der Gesetzgeber hat allerdings die Entstehungsumstände nicht beachtet. So erging das Urteil in Bezug auf eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen zur Terrorisusbekämpfung, es geht daraus gerade nicht hervor, inwiefern die getroffenen Aussagen auch auf andere Eingriffsbefugnisse anzuwenden sind.²⁵ Die entscheidende Passage des Urteils, auf der die neue Regelung basiert, lautet: „Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaf-

²¹ *Wächter*, NVwZ 2018, 458 (462); *Löffelmann* (Fn. 20); Heidebach, Bayerischer Rechts- und Verwaltungsreport v. 13.5.2017, abrufbar unter <https://bayrvr.de/2017/03/13/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-wider-rechtsstaatliche-kernsaetze-des-polizeirechts/> (23.9.2018).

²² Bayerisches Staatsministerium des Inneren und für Integration, Der Entwurf des PAG-Neuordnungsgesetzes, http://www.polizeiaufgabengesetz.bayern.de/assets/stmi/sus/180411_pag-argumentationshilfen_web.pdf (23.9.2018).

²³ These 1 und 4 wurden zusammengefasst.

²⁴ LT-Drs. 17/16299, S. 9.

²⁵ Vgl. *Heidebach*, Bayerischer Rechts- und Verwaltungsreport v. 13.5.2017, abrufbar unter <https://bayrvr.de/2017/03/13/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-wider-rechtsstaatliche-kernsaetze-des-polizeirechts/> (20.9.2018).

fung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel der Straftatenverhütung auch weiterziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.²⁶

Schon für sich genommen lässt die Aussage erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass weiterhin im Regelfall eine konkrete Gefahr erforderlich ist und von diesem Grundsatz nur ausnahmsweise abgewichen werden kann. Die Absenkung der Gefahrenschwelle auf die drohende Gefahr in einer Generalklausel ist damit ausgeschlossen. Außerdem stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass auch bei einer zulässigen Reduktion der Anforderungen an den Kausalverlauf eine „hinreichend konkretisierte Gefahr erforderlich“²⁷ sei. Eine Gefahr ist dann hinreichend konkretisiert, wenn erstens Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen und zweitens Tatsachen den Schluss auf die Beteiligung bestimmter Personen zulassen, über deren Identität zumindest soviel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.²⁸ Die Neuregelung der Generalklausel weicht von diesen Voraussetzungen ab, indem sie Alternativen genügen lässt, wo das Bundesverfassungsgericht ein kumulatives Vorliegen von Tatsachen, welche das die Gefahr begründende Geschehen konkretisieren, und Tatsachen, welche den Schluss auf die Beteiligung bestimmter Personen zulassen, fordert.²⁹ Das Bundesverfassungsgericht lässt ein bloßes Abstellen auf das individuelle Verhalten einer Person, wie Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 PAG dies tut, nur dann zu, wenn es um Überwachungsmaßnahmen, d.h. bloße Gefahrerforschungseingriffe zur Abwehr terroristischer Straftaten geht.³⁰ Die Neuerung des PAG sieht hingegen bewusst von einer Begrenzung auf drohende terroristische Gefahren ab und ermächtigt darüber hinaus nicht bloß zu Gefahrerforschungseingriffen, sondern zu Eingriffen in den Kausalverlauf.

Richtig ist es, dass die terroristischen Gefahrenlagen, die dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde lagen, meist problemlos unter den Begriff der konkreten Gefahr subsumiert werden können: „Solche Gefahrenlagen nämlich, bei denen aufgrund individuellen Vorverhaltens oder konkreter Vorbereitungshandlungen sehr wohl mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass es in überschaubarer Zeit überhaupt zu einem Schaden für bedeutende Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit kommen könnte, bei denen andererseits aber noch nicht näher bestimmt werden kann, wann, wo und wie sich dieser Schaden

möglicherweise realisiert.“³¹ Man darf sich hier also zu Recht die Frage stellen, ob die Einführung der drohenden Gefahr nicht obsolet ist oder ob sie neben der konkreten Gefahr überhaupt einen eigenen Anwendungsbereich hat. Richtig ist es auch, dass das Bundesverfassungsgericht – insbesondere auch im BKAG-Urteil – „ein allein seiner Art und Zielrichtung nach konkretisiertes mögliches Geschehen als hinsichtlich des Kausalverlaufs noch nicht hinreichend konkret vorhersehbar ansieht, um eine konkrete Gefahr zu bejahen.“³²

Nicht zwingend ist jedoch der Schluss, dass Sachverhalte, die bislang als konkrete Gefahr eingestuft werden, nach der Entscheidung des BVerfG zum BKAG nur noch als „drohende Gefahr“ zu behandeln sind.³³ Dies lässt sich am besten an einem Beispiel, das in der Informationsbroschüre zum Fall einer drohenden Gefahr verwendet wird, veranschaulichen:

„Der in seiner Ehre gekränkte Ehemann ist untergetaucht und hat angekündigt, seine Frau zu töten. Die Polizei darf Maßnahmen ergreifen, um die drohende Gefahr abzuwehren. Eine konkrete Gefahr liegt nicht vor, da die Polizei zu Ort und Zeit seiner Tat keine Erkenntnisse hat.“

Die konkrete Gefahr stellt gewisse Anforderungen an den Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit eines bestimmten Schadensereignisses.³⁴ Gerade nicht nötig für das Vorliegen einer konkreten Gefahr ist beispielsweise das Wissen um den Ort und Zeit der Tat, solange es in der Einzelfallbetrachtung hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass der Ehemann seine Frau töten wird. Dies kann sich aus ganz anderen Umständen ergeben, z.B. dass er dies bereits früher schon einmal versucht hatte.

bb) Einschränkung auf bedeutende Rechtsgüter

„Sie ermöglicht polizeiliche Maßnahmen nur bei Gefahren für bedeutende Rechtsgüter, etwa Leben, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung.“

Ausgangspunkt der Überlegung muss wieder folgender sein: Das Bundesverfassungsgericht hat die Zulässigkeit einer Vorverlagerung der Eingriffsbefugnisse im Rahmen des BKAG-Urteils nur in Bezug auf den Schutz hochrangiger Rechtsgüter gegen terroristische Gefahren bejaht.³⁵ Nur bei einer solchen Begrenzung auf verfassungsrechtlich bedeutende Rechtsgüter, wie Leben, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung, halten Eingriffe im Gefahrenvorfeld einer Verhältnismäßigkeitsprüfung stand. Art. 11 Abs. 3 PAG erweitert den Schutz darüber hinaus auf „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“. Selbst wenn man diese tatbestandliche Einschränkung noch „als Versuch des Landesgesetzgebers“ verstehen will, „eine auf die Landespolizei zugeschnittene Entsprerung zu den dem BVerfG verfahrensgegenstandsbedingt

²⁶ BVerfGE 141, 220 (272).

²⁷ BVerfGE 141, 220 (272).

²⁸ BVerfGE 141, 220 (272).

²⁹ Siehe auch: *Löffelmann*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) v. 30.1.2018, LT-Drs. 17/20425, S. 6.

³⁰ BVerfGE 141, 220 (272).

³¹ *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (158 f.).

³² *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (158 f.).

³³ *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (159).

³⁴ BVerfGE 120, 274 (328 f.).

³⁵ BVerfGE 141, 220 (270 Rn. 160 ff.).

allein vor Augen stehenden terroristischen Gefahren zu definieren³⁶,³⁶ erweisen sich die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nrn. 4 und 5 PAG genannten Rechtsgüter als zu unbestimmt. In Bezug auf „erhebliche Eigentumspositionen“ ist bereits unklar, ob hierbei auf den zivilrechtlichen oder auf den verfassungsrechtlichen oder einen davon unabhängigen Eigentumsbegriff abgestellt werden soll. Zudem bleibt offen, ob die Erheblichkeit der Eigentumsposition subjektiv, d.h. aus der Position des Eigentümers, oder objektiv aus der Perspektive eines neutralen Dritten zu bewerten ist. Darüber hinaus ist auch die Formulierung des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG, wonach zum Schutz von „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ Maßnahmen ergriffen werden, zu unbestimmt, da vollkommen unklar bleibt, wer das besondere Interesse festlegen soll und ob dies für die Betroffenen erkennbar sein muss. So könnte die Polizei grundrechtsverkürzende Maßnahmen treffen, wenn eine Person beispielsweise eine Telefonzelle, deren Erhalt durchaus im öffentlichen Interesse steht, erheblich zu beschädigen plant. Dies kann dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht werden.

Zuletzt scheidet auch eine Einschränkung des Tatbestandes durch gerichtliche Fallgruppenbildung aus, denn diese würde gerade dem Zweck der Norm widersprechen. Wie aus dem Gesetzentwurf³⁷ hervorgeht, soll die Ermächtigungsgrundlage nämlich für genau die Situationen gelten, die nicht kategorisierbar sind.

cc) Frühzeitige Gefahrenabwehr

„Die traurigen Erfahrungen der Terroranschläge haben gezeigt, dass frühzeitiges, konsequentes Handeln der Sicherheitsbehörden zur Gefahrenabwehr erforderlich ist. Der Rechtsstaat darf nicht warten, bis sämtliche Planungen und Vorbereitungshandlungen abgeschlossen sind oder Straftaten bereits versucht oder begangen worden sind. Die Menschen können in einer solchen Situation zu Recht erwarten, dass die Polizei Gefahren verhindert, bevor sie selbst zu Schaden kommen.“

Hier muss man sich die Frage stellen, inwieweit eine generalklauselartige Eingriffsermächtigung – wie sie in Art. 11 Abs. 3 PAG zu finden ist – in verfassungsgemäß zulässiger Weise ausgestaltet werden kann. Die höhere Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr ist eine wesentliche rechtsstaatliche Sicherung gegen uferlose und vorschnelle gefahrenabwehrrechtliche Grundrechtseingriffe. Art. 11 Abs. 3 PAG ist nicht auf die Abwehr drohender terroristischer Gefahren beschränkt, sondern allgemein gefasst und kann somit auch Kleinstkriminalität erfassen. Die Vorschrift ist somit eine echte Generalklausel, die eine Vielzahl neuer Grundrechtseingriffe ermöglicht, die bislang schlicht rechtswidrig gewesen wären. Sie unterscheidet sich damit von anderen spezifischen Eingriffsbefugnissen, die vom Erfordernis des Vorliegens einer konkreten Gefahr absehen. Diese konkretisieren im Gegensatz zur Generalklausel das zu schützende Rechtsgut bzw. die

Modalitäten des polizeilichen Eingriffs.³⁸ Zudem verschiebt sich das Prognoserisiko immer weiter zu Lasten der Grundrechtsträger und -trägerinnen.³⁹ Im Gefahrenabwehrrecht geht es stets um die Frage, ob sich – nach der Einschätzung der Polizei zum Handlungszeitpunkt – ein Schaden verwirklichen wird. Je weniger Anforderungen an die Konkretisierung des Schadens gestellt werden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit einer fehlerhaften Prognose. Dürfen Maßnahmen schon bei drohender Gefahr veranlasst werden, so ist das Risiko, dass Personen in Anspruch genommen werden, obwohl von ihnen tatsächlich überhaupt keine Gefahr ausgeht, deutlich erhöht. Hätte der Gesetzgeber die Eingriffsbefugnisse bei Vorliegen einer drohenden Gefahr auf Fälle zur Terrorismusabwehr beschränkt, wäre es im Hinblick auf mögliche Schadensausmaße gerechtfertigt und verhältnismäßig gewesen, dass gegen Unbeteiligte Maßnahmen getroffen werden. Hier sollte aber gerade eine Regelung getroffen werden, die Maßnahmen ermöglicht, ohne dass eine konkret vorgezeichnete Situation im Gesetz vorliegen muss. Somit ist der Anwendungsbereich ein viel weiterer als vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum BKAG beabsichtigt und kann einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalten.

2. Der Präventivgewahrsam

Die in Art. 17 PAG geregelte Ingewahrsamnahme ist eine der grundrechtsintensivsten polizeilichen Maßnahmen. Mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen wurde Art. 17 PAG um weitere Anordnungsgründe für die Ingewahrsamnahme ergänzt. Art. 17 Abs. 1 Nrn. 3, 4 und 5 PAG i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG ermöglicht die potentiell unbegrenzte Freiheitsentziehung zur Abwehr einer Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1–3 oder Nr. 5 PAG genanntes bedeutendes Rechtsgut, zur Durchsetzung eines Platzverweises, Kontaktverbots oder einer Aufenthalts- und Meldeordnung nach Art. 16 PAG sowie im Falle der Nichtbefolgung einer Anordnung im Rahmen einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach Art. 32a PAG a.F. Die Anordnung darf nicht mehr als drei Monate betragen und kann jeweils, d.h. immer wieder und ohne Obergrenze, um drei Monate verlängert werden. Die Antragsstellerinnen und Antragssteller der Popularklage rügen, dass Art. 17 Abs. 1 Nrn. 3, 4 und 5 i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG die Freiheit der Person gemäß Art. 102 Abs. 1 BV und das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 BV verletzt.

Im Folgenden soll insbesondere der Präventivgewahrsam in Zusammenschau mit der drohenden Gefahr dargestellt sowie die verfassungsrechtlichen Probleme der unbegrenzten Haftdauer aufgezeigt werden.

³⁸ Löffelmann, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des PAG v. 30.1. 2018, LT-Drs. 17/20425, S. 7.

³⁹ Löffelmann, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des PAG v. 30.1. 2018, LT-Drs. 17/20425, S. 7.

³⁶ Möstl, BayVBl. 2018, 156 (160).

³⁷ LT-Drs. 17/16299, S. 10.

a) Die Hintertür zur „drohenden Gefahr“

Im Referentenentwurf zum Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen⁴⁰ war die Möglichkeit vorgesehen, eine Person zur Abwehr einer „drohenden Gefahr“ im Sinne des Art. 11 Abs. 3 PAG für eine unbegrenzte Zeit in Gewahrsam zu nehmen. Diese gesetzliche Ausgestaltung wäre unverhältnismäßig und somit verfassungswidrig, was der Bayerische Gesetzgeber selbst erkannte. Deshalb beließ er es dabei, dass die Ingewahrsamnahme – wie bisher – nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr angeordnet werden darf. Allerdings ergibt sich die Möglichkeit eines unbegrenzten Präventivgewahrsams bereits im Gefahrenvorfeld aus dem in Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 i.V.m. Art. 16 PAG bzw. Art. 32a PAG a.F. eingebauten Verweis. Die Maßnahmen nach Art. 16 PAG und Art. 32a PAG a.F. können bereits bei Vorliegen einer drohenden Gefahr erlassen werden. Dadurch wird die Hintertür zur drohenden Gefahr geöffnet, da eine Person, die beispielsweise der Anordnung des Tragens einer elektronischen Fußfessel nach Art. 32a PAG a.F. nicht Folge leistet, unbegrenzt lange in Präventivgewahrsam genommen werden kann, ohne dass von ihr eine konkrete Gefahr ausgehen muss. Die Weigerung, einer Anordnung nach Art. 32a PAG a.F. zu folgen, kann dabei nicht generell als Anhaltspunkt für eine dadurch erfolgte Konkretisierung der Gefahr gewertet werden.⁴¹ Bei einer Maßnahme, die aufgrund einer „drohenden Gefahr“ ergeht, ist das Risiko einer Fehlprognose grundsätzlich hoch. Deshalb ist es durchaus denkbar, dass sich die betroffene Person deshalb widersetzt, weil sie zu Unrecht verdächtigt wird. Dies gilt erst recht für die Durchsetzung einer Maßnahme nach Art. 16 PAG. Diese Befugnis spricht von „Person“ und differenziert nicht zwischen potentiellen Straftätern und deren Opfern; mit anderen Worten kann die Maßnahme auch einen Nichtstörer nach Art. 10 PAG treffen. Der Verweis in Art. 16 PAG ist somit in doppelter Hinsicht unverhältnismäßig: Zunächst können gegen eine Person, die sich im Einklang mit der Rechtsordnung befindet, Maßnahmen nach Art. 16 PAG getroffen werden und im nächsten Schritt – bei Verweigerung – kann die Anordnung mithilfe des Präventivgewahrsams durchgesetzt werden. Eine Abwägung zwischen der Freiheit der Person und dem Sicherheitsbedürfnis verschiebt sich in diesem Kontext unverhältnismäßig zulasten der Freiheit.⁴² Wie bereits oben ausgeführt, verlagert sich bei einer „drohenden Gefahr“ die Schwelle der Wahrscheinlichkeit einer Gefahr noch vor die der konkreten Gefahr. Der Begriff der konkreten Gefahr umfasst jedoch bereits das Element der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“. Daraus folgt, dass die Schwelle der Wahr-

⁴⁰ https://www.innenministerium.bayern.de/assets/stmi/ser/gesetzentwerfe/gesetzentwurf_-_gesetz_zur_effektiveren_%C3%9Cberwachung_gef%C3%A4hrlicher_personen.pdf (23.9.2018).

⁴¹ Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (153).

⁴² Vgl. Heidebach, Bayerischer Rechts- und Verwaltungsreport v. 13.5.2017, abrufbar unter <https://bayrvr.de/2017/03/13/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefuehrlicher-personen-wider-rechtsstaatliche-kernsaetze-des-polizeirechts/> (23.9.2018).

scheinlichkeit für die „drohende Gefahr“ noch unterhalb der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ anzusiedeln ist. Solch geringe Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit kommen Vermutungen gefährlich nahe, aufgrund derer polizeiliche Maßnahmen nicht getroffen werden dürfen. Aufgrund einer solch vagen Gefahrenprognose ist ein Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit, welchem ein hoher Stellenwert im Grundgesetz zukommt, nicht angemessen.

b) Unbegrenzte Haftdauer

Die Dauer des Präventivgewahrsams war nach Art. 20 S. 2 Hs. 2 PAG a.F. bislang auf maximal zwei Wochen begrenzt, die nunmehrige Regelung erlaubt eine Anordnungsdauer von bis zu drei Monaten, die unbegrenzt häufig um drei Monate durch richterliche Entscheidung verlängert werden kann.

Die unbegrenzte Präventivhaft war nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴³ zur Sicherungsverwahrung bisher nur unter der Voraussetzung einer Anlasstat und einer Gefährlichkeitsprognose möglich. Auf das Erfordernis der Anlasstat wird im Rahmen von Art. 17 PAG verzichtet. Eine längerfristige Verwahrung einer psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Person zum Zweck der Verhinderung einer von ihr ausgehenden Gefahr ist mit der Bayerischen Verfassung nicht in Einklang zu bringen. Die Anlasstat ist nicht nur unabdingbare Voraussetzung der Unterbringung, sie prägt auch den Charakter dieser Gesetze inhaltlich wesentlich: Die Straftat ist Legitimationsgrund des Institutes. Damit kommt der Anlasstat eine „limitierende Funktion“ zu.⁴⁴ Die Präventivhaft gemäß Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG i.V.m. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG wird aber gerade nicht aufgrund einer abgeurteilten Straftat angeordnet, sondern beruht lediglich auf einer Gefahreinschätzung einer noch nicht begangenen Tat. Vielmehr kann sie schon angeordnet werden, wenn für eine Eigentumsposition, die im besonderen öffentlichen Interesse liegt, eine (konkrete) Gefahr besteht. Hier kann es zu einem enormen Wertungswiderspruch kommen: Die strafrechtliche Sanktion einer solchen Tat, die als Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB zu qualifizieren ist, kann mit bis zu zwei Jahren Freiheitsentziehung bestraft werden. Der Präventivgewahrsam könnte allerdings zeitlich unbegrenzt anhalten. Die Dauer des Gewahrsams sollte aber niemals über die strafrechtliche Sanktion hinausgehen.

„Für die Bayerische Polizei gelten auch in Zukunft ganz klare und überprüfbare Regeln, die rechtsstaatlich einwandfrei und ausgewogen sind.“ – Joachim Herrmann, Staatsminister des Inneren und der Integration

Zweifelhaft ist, ob diese Einschätzung von Innenminister Herrmann zutreffend ist. Er stellt unter anderem für die Grundrechtssicherung auf den Richtervorbehalt ab.⁴⁵ Nach

⁴³ BVerfGE 109, 190 (220).

⁴⁴ BVerfGE 109, 190 (220).

⁴⁵ <http://www.bayern.de/innenminister-herrmann-geplantes-polizeiaufgabengesetz-staerkt-den-datenschutz-und-die-buergerrechte/> (23.9.2018).

Art. 20 Nr. 3 PAG wird die Dauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung angeordnet. Jedoch ist hier bereits fraglich, auf welcher Tatsachenbasis der Richter seine Gefahrenprognose für die Entlassung oder Verlängerung des Gewahrsams stellt. Wie kann ein Betroffener, der sich im Gewahrsam befindet, beweisen, dass von ihm keine Gefahr mehr ausgeht? Hierbei ist der Richter auf die Einschätzung der Polizei angewiesen, die als Teil der Exekutive den Tatbestand erst schafft. Dies weicht den Grundsatz der Gewaltenteilung zulasten des Betroffenen auf. Im Zweifel ist dann anzunehmen, dass in Ermangelung neuer Erkenntnisse die Person inhaftiert bleibt. Der Richtervorbehalt ist ein Rechtsschutzmechanismus, um einer unverhältnismäßigen Ausweitung von Grundrechtseingriffen zu begegnen – wie können die Gerichte dieser Aufgabe aber gerecht werden, wenn der Richtervorbehalt nicht effektiv ausgestaltet wird? Der Richtervorbehalt sollte nicht als „Beruhigungstablette“ fungieren, um Kritiker von der verfassungsmäßigen Ausgestaltung der Regelung zu überzeugen, sondern soll in diesem Fall den Gesetzgeber dazu anhalten, seinen Einschätzungs-, Wertungs- und Beurteilungsspielraum zu nutzen, indem er einen die Verhältnismäßigkeit wahren zeitlichen Rahmen vorgibt.

IV. Fazit: Gefährden die polizeirechtlichen Entwicklungen die Demokratie und den Rechtsstaat?

„Freiheit kann sich nur da entfalten, wo sich Menschen sicher und geschützt fühlen.“ – *Joachim Herrmann*, Staatsminister des Innern und für Integration

Mit Blick auf die Landtagswahl am 14.10.2018 ist fraglich, ob die Novellierung des PAG nur ein symbolisches politisches Machtinstrument darstellt, um verlorenes Vertrauen der Gesellschaft zurückzugewinnen und Wähler für sich zu mobilisieren, oder ob es sich hierbei um eine gefährliche Entwicklung für unsere Demokratie und den Rechtsstaat in Richtung Polizei- und Überwachungsstaat handelt.

Über den erstgenannten Aspekt kann nur spekuliert werden. Jedoch ist in diesem Zusammenhang fragwürdig, warum die Befürworter der Neuregelung einen angemessenen Umgang mit dem demokratischen Protest gegen das PAG missen lassen. Beispielsweise wird dem Bündnis „noPAG“ in einem Dringlichkeitsantrag im Bayerischen Landtag eine „beispielslose Desinformationskampagne“⁴⁶ über die zweite Novelle des Polizeiaufgabengesetzes vorgeworfen. Zwar versucht das Bayerische Innenministerium in der oben genannten „Informationsbroschüre“ die Gesellschaft über die Novellierung aufzuklären, jedoch mangelt es – wie oben dargestellt – an substantiierten Inhalten.

Ist diese Herangehensweise als politisches Kalkül zu Zeiten des Wahlkampfes zu bewerten?

Inwiefern sich der Freistaat Bayern zu einem Polizeistaat oder Überwachungsstaat entwickelt, kann bis dato nicht beurteilt werden. Es muss abgewartet werden, inwiefern die neuen Eingriffsbefugnisse angewendet werden, aber beunruhigende Tendenzen zeichnen sich anhand einer ersten Statistik

des Innenministeriums zum Präventivgewahrsam ab.⁴⁷ Seit Inkrafttreten der Regelung im August letzten Jahres gab es bayernweit bereits vier Fälle längerfristigen Gewahrsams, wobei der Gewahrsam zwischen zehn Tagen und drei Monaten andauerte. Der Schlussfolgerung, dass man keine Entwicklung zu einem „Polizeistaat“ befürchten müsse, da die Eingriffsbefugnisse nur selten angewendet werden und diese nicht einmal gänzlich ausgereizt wurden, ist fadenscheinig. Es kann nicht sein, dass die Schwere von Grundrechtseingriffen davon abhängig gemacht wird, wie viele Personen davon tatsächlich betroffen sind und wie tief die Eingriffe im Einzelfall reichen. Vielmehr sollte in einem Rechtsstaat auf die Möglichkeit solcher Grundrechtseingriffe abgestellt werden: Auch ein potentieller Eingriff gefährdet den Rechtsstaat, wenn die Befugnisse unverhältnismäßig sind.

Es bleibt in diesem Sinne abzuwarten, wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof über die Popularklage entscheidet. Es besteht die Aussicht, dass er eine verfassungskonforme Auslegung des Begriffes der „drohenden Gefahr“ für möglich erachtet und hierzu der Verwaltung, insbesondere der Polizei, Kriterien an die Hand gibt. Von dieser Entscheidung wird es auch abhängen, inwiefern die anderen – sich auf den neuen Gefahrbegriff beziehenden – Befugnisse mit der Verfassung in Einklang zu bringen sind.

⁴⁶ LT-Drs. 17/21877.

⁴⁷ <https://www.csu.de/aktuell/meldungen/mai-2018/maximale-transparenz/> (23.9.2018); <https://www.bayernkurier.de/inland/33030-ein-gesetz-das-leben-rettet/> (23.9.2018).