

RiLG Dr. Markus Löffelmann
Landgericht München I
Nymphenburger Str. 16
80335 München
Markus.Loeffelmann@lg-m1.bayern.de

Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen RiLG Dr. Markus Löffelmann zur

Anhörung

des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport

**zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher
Personen (Drs. 17/16299)**

am 17. Mai 2017

I. Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf bezweckt in erster Linie Verbesserungen bei der Überwachung der von den Sicherheitsbehörden als gefährlich eingeschätzten Personen (sog. „Gefährder“).¹ In diesem Zusammenhang wird eine präventiv-polizeiliche, an die entsprechende strafprozessuale Maßnahme im Bereich der Führungsaufsicht („elektronische Fußfessel“, § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12, S. 2 StGB i. V. m. § 463a Abs. 4 StPO) angelehnte Befugnis zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung vorgeschlagen. Außerdem soll der Tätigkeitsbereich der Polizei in weiten Bereichen auf das Gefahrenvorfeld ausgedehnt werden, um bereits frühzeitig noch im Entstehen begriffene Gefahrenlagen aufklären und abwenden zu können. Hierzu wird ein neuer polizeirechtlicher Begriff der „drohenden Gefahr“ geschaffen. Hinzu kommen insbesondere eine neue Befugnis zur polizeilichen Anordnung von Kontaktverboten sowie Aufenthaltsgeboten und -verboten und eine deutliche Ausweitung des polizeilichen Gewahrsams in zeitlicher und materieller Hinsicht. Teilweise knüpft der Gesetzentwurf an Initiativen an, die bereits auf Bundesebene in den aktuellen Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes aufgenommen wurden², geht aber auch im Detail über diese hinaus. Ferner geht der Gesetzentwurf mit den genannten Änderungen über das von der Bayerischen Staatsregierung am 10.01.2017 beschlossene Sicherheitskonzept „Freiheit und Sicherheit durch Recht und Ordnung“ hinaus, in dem mit Blick auf eine bessere Überwachung von „Gefährdern“ (lediglich) eine „elektronische Aufenthaltsüberwachung mit Fußfesseln für verurteilte und aus der Haft entlas-

¹ BayLT-Drs. 17/16299, S. 1, 9.

² BT-Drs. 18/11163, dort insbes. § 55 BKAG-E (Aufenthaltsverbot und Kontaktverbot), § 56 BKAG-E (elektronische Aufenthaltsüberwachung).

sene Extremisten“ und ein „Ausbau der Observation von Extremisten und ihrer Internetaktivitäten“ gefordert wurden.³

II. Antworten zum Fragenkatalog

1. Zur Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ nach Art. 11 Abs. 3 PAG-E:

- a. **Wie bewerten Sie allgemein die Einführung des Begriffs bzw. der Kategorie einer „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG-E, insbesondere im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit (auch im Hinblick auf das BKAG-Urteil des BVerfG vom 20.04.2016) und die Praxistauglichkeit dieses Gefahrenbegriffs?**

Antwort:

Die beabsichtigte Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG-E begegnet in sprachlicher (1), gesetzestechnischer (2), dogmatischer (3) und verfassungsrechtlicher (4) Hinsicht durchgreifenden Einwänden.

- (1) Schon in sprachlich-grammatischer Hinsicht ist der Begriff der „drohenden Gefahr“ wenig geeignet, eine neue Kategorie einer polizeirechtlichen Gefahr zu beschreiben. Der Begriff ist zum einen tautologisch. Gefahren sind drohende Verletzungen. Der Eigenschaft des Drohens kommt kein über den Begriffsumfang der „Gefahr“ hinausgehender Bedeutungsgehalt zu. Anders als bei den anderen anerkannten Begriffen der polizeirechtlichen Gefahrendogmatik beschreibt der Begriff der „drohenden Gefahr“ auch keine Qualität einer Gefahr. Während den gebräuchlichen Beifügungen („allgemein“, „abstrakt“, „konkret“, „dringend“, „gemein“, „gegenwärtig“, etc.) aufgrund ihrer semantischen Funktion als Attribute eine die Qualität des Substantivs verändernde und bestimmende Funktion zukommt, handelt es sich bei „drohend“ um ein aus einem Verb abgeleitetes Partizip, das keine Qualität, sondern einen Zustand kennzeichnet. In der Rechtsprechung des BVerfG, aus der die Entwurfsverfasser die Formulierung „drohende Gefahr“ übernehmen, wird diese nicht als zusammengesetzter Begriff gebraucht, sondern als Prädikat und Subjekt.⁴ Die Verwendung als zusammengesetzter Eigenbegriff führt zu unsinnigen Doppelungen (z. B. „eine im Einzelfall drohende drohende Gefahr“). Bereits unter sprachlichen Aspekten wäre daher eine andere Begriffsbildung vorzugswürdig.⁵

- (2) Der Gesetzentwurf übernimmt in Teilen wörtlich die Formulierung des BVerfG aus dem Urteil zum BKA-Gesetz⁶ in den Gesetztext, ohne die einzelnen Tatbestandsmerkmale systematisch zu ordnen und ihren Gehalt und Bezug zueinander zu klären.⁷

³ Vgl. Pressemitteilung Nr. 6 der Bayerischen Staatskanzlei vom 10.01.2017, S. 12.

⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313, 316; 115, 118, 145; 120, 274, 326; 125, 260, 330 f.; 141, 220, 272 f., 305.

⁵ Vgl. etwa Thiel, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011, S. 303, der mit Blick auf die missverständlichen Ausführungen in BVerfGE 120, 274, 329 die Begrifflichkeiten „konkrete Gefahrerwartung“ oder „konkrete Gefahrenbesorgnis“ vorschlägt, sowie Möstl, DVBl 2007, 581, 587 f. und ders., DVBl 2010, 808, 810 f. („konkreter personenbezogener Gefahrverdacht“).

⁶ BVerfGE 141, 220, 272 f.: „Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, (...), sofern bereits **bestimmte Tatsachen** auf eine im Einzelfall drohende **Gefahr für ein** überragend wich-

So werden die Anordnungsvoraussetzungen unter Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 PAG-E gleichrangig alternativ verknüpft, obwohl die Proposition, dass „Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen“ analytisch nicht in einem Verhältnis der Alterität dazu steht, dass „das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit“ der Begehung bestimmter Straftaten „begründet“. Die unter Nr. 1 bezeichnete Wahrscheinlichkeit ist nichts anderes als ein – was Nr. 2 ausdrücklich formuliert – Schluss aus Basistatsachen und Gesetzmäßigkeiten auf ein künftiges Geschehen, das eine bestimmte Qualität besitzen, nämlich „konkretisiert“ sein muss. Mit der wörtlichen Übernahme der Formulierung des BVerfG erhebt der Gesetzentwurf zugleich untechnische und wenig aussagekräftige Formulierungen des BVerfG in den Status einfachen Rechts. Dies gilt namentlich für die Formulierungen „das individuelle Verhalten einer Person“ und „konkrete Wahrscheinlichkeit“: Das Verhalten einer Person ist in einem natürlichen Sinne stets individuell. Tatsächlich gemeint ist hier vom BVerfG, wie sich aus dem Zusammenhang erschließt, dass das Verhalten individualisierbar sein, also einer bestimmten Person zugeordnet werden können muss. Im Hinblick auf die Formulierung „konkrete Wahrscheinlichkeit“ ist anzumerken, dass „konkret“ ein unpassendes Attribut ist. Wahrscheinlichkeiten können nach einer ordinalen Skala kategorisiert werden z. B. als hoch, mittel, niedrig, höher als, niedriger als, hinreichend, etc. Auf diese Weise wird der Wahrscheinlichkeitsgrad abgebildet, der im Falle absoluter Sicherheit am obersten und im Falle absoluter Unsicherheit am untersten Ende der Skala liegt. In diesem Sinne wird der Wahrscheinlichkeitsbegriff auch durchgehend im Sicherheitsrecht verwendet.⁸ Eine „konkrete“ Wahrscheinlichkeit fällt aus diesem Rahmen. Tatsächlich gemeint ist vom BVerfG, dass die Wahrscheinlichkeitsprognose auf konkreten (bestimmten) Anhaltspunkten beruht.⁹

Hinzu kommt, dass der Entwurf weitere unbestimmte und klärungsbedürftige Begriffe einführt, die das BVerfG nicht verwendet. So ist in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG-E

tiges **Rechtsgut** hinweisen. Die Tatsachen müssen **den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes** und zeitlich **absehbares Geschehen zulassen**, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden (...). In Bezug auf terroristische Straftaten (...) können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch **das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet**, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“ Ähnlich BVerfGE 141, 220, 290 f., 305; Fettungen kennzeichnen die in den Gesetztext übernommenen Formulierungen.

⁷ Vgl. auch die in diese Richtung gehende Kritik des Deutschen Anwaltvereins in seiner Stellungnahme von April 2017, S. 5, 23 ff., 29 f. zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes sowie *Möstl*, DVBl 2010, 808, 811, der zu der in § 20k BKAG geregelten Online-Durchsuchung zutreffend bemerkt, es sei „jedenfalls kein gutes Zeichen und Indiz einer gewissen Resignation, wenn der Gesetzgeber auf eine eigenständige Begriffsbildung zunehmend verzichtet, sondern sich (...) schlicht darauf beschränkt, die vom BVerfG im jeweiligen Fall formulierten Leitsätze zur Eingriffsschwelle mehr oder weniger wörtlich zu übernehmen.“

⁸ Vgl. etwa *Denninger*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Teil D Rn. 46, 52; *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 187 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 4 Rn. 6 f.; *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 63 Rn. 15 m. w. N. („Wahrscheinlichkeit höheren Grades“).

⁹ So auch *Darnstädt*, DVBl 2017, 88, 94; näher zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an prognostische Urteile im Sicherheitsrecht und deren Aufbau *ders.*, a. a. O., 90 ff. sowie *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 227 ff., 271 ff.

von „Vorbereitungshandlungen“ als einer Ausprägungsart bestimmter Tatsachen die Rede. Die Verwendung dieser Formulierung ist an dieser Stelle zirkulär, denn es handelt sich um einen normativ aufgeladenen Begriff, in dem bereits die Erkenntnis der künftigen Rechtsgutsverletzung zum Ausdruck kommt. Steht im Einzelfall die Vorbereitungshandlung fest, ist damit zugleich die künftige Verletzung des Rechtsguts vorweggenommen. Der Begriff „Vorbereitungshandlungen“ hat daher ein anderes logisches Gewicht als der der „bestimmten Tatsachen“, mit dem er auf eine Stufe gestellt wird. Sinn der Regelung ist, an sich neutrale Handlungen näher zu erforschen, um festzustellen, ob es sich um Vorbereitungshandlungen zur Verletzung eines Rechtsguts handelt. Soweit in der Regelung weiter von „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ die Rede ist, ist nicht erkennbar, welche Funktion die alternative Verknüpfung hat. Eine erhebliche Einwirkung hat im Regelfall auch eine erhebliche Auswirkung; jedenfalls wird es im Zweifel auf die Auswirkung, d. h. die Beschädigung des Rechtsguts, ankommen. Sprachlich schief ist ferner die Verwendung des Adverbs „wonach“, die im gewöhnlichen Sprachgebrauch als Interrogativpronomen („Wonach sehnst du dich?“) oder Relativpronomen („Das ist etwas, wonach ich mich sehne.“) benutzt wird. Der Gesetzentwurf verwendet das Adverb hingegen im Sinne einer kausalen Konjunktion.

Unter einem gesetzestechnischen Blickwinkel ist die beabsichtigte Regelung aus den genannten Gründen abzulehnen. Es handelt sich um eine unsystematische Ansammlung unbestimmter Begriffe, mit denen eine gesetzliche Präzisierung des neuen Gefahrbegriffs lediglich suggeriert wird. Welche „bestimmten Tatsachen“ eine „drohende Gefahr“ begründen können und wie diese beschaffen sei, bestimmt die Norm gerade nicht. Sie bietet keine Anhaltspunkte dafür, wann ein Verhalten auf eine „drohende Gefahr“ hindeutet, sondern überlässt die Wahl der Anknüpfungstatsachen und Maßstäbe der Polizei, die insoweit tatbestandsergänzend tätig wird.¹⁰ Für die Rechtsanwendung in der polizeilichen und gerichtlichen Praxis ist eine solche Fassung denkbar ungeeignet. Erforderlich wäre es vielmehr, die – mitunter auch missverständlichen – Formulierungen des BVerfG im Lichte der verfassungsrechtlichen Dogmatik zu Grundrechtseingriffen im Gefahrenvorfeld zu analysieren und daraus allgemeine Regeln zu deduzieren. Hintergrund der entsprechenden Ausführungen des BVerfG im BKAG-Urteil ist seine ständige Rechtsprechung, der zufolge die Anforderungen an die einen Verdacht oder eine Prognose begründende Tatsachengrundlage in einem komplementären Verhältnis zum Gewicht der drohenden oder erfolgten Rechtsgutverletzung steht.¹¹ Die (naturgemäß) im Gefahrenvorfeld geringere empirische Belastbarkeit der Gesetzmäßigkeiten, die die Prognose einer späteren Gefahr erlauben und damit die geringere Validität der Prognose an sich kann danach in einem gewissen Rahmen durch einen erhöhten Verifizierungsgrad hinsichtlich der zugrunde liegenden Basistatsachen und einen Bezug der potenziellen Gefahr zu Rechtsgütern höherer Wertigkeit kompensiert werden. Die erhöhten Anforderungen an die Qualität der Ba-

¹⁰ Vgl. ähnlich die Kritik in BVerfGE 113, 348, 379.

¹¹ Vgl. etwa zum Polizei- und Diensterecht BVerfGE 100, 313, 392; 110, 33, 60; 113, 348, 386; 115, 320, 360 f.; 120, 274, 327; 120, 378, 429; zum Strafverfahrensrecht BVerfGE 20, 162, 186; 42, 212, 219 f.; 96, 44, 51; 115, 166, 197; ausf. *Schwabenbauer*, (Fn. 9), 2013, S. 215 ff.

sistatsachen kennzeichnet das BVerfG mit dem Begriff der „bestimmten Tatsachen“, der dem Bereich des Strafverfahrensrechts entlehnt ist und dort erhöhte Anforderungen an die einen Tatverdacht begründenden tatsächlichen Anhaltspunkte bezeichnet.¹²

Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen des BVerfG zu Grundrechtseingriffen im Gefahrenvorfeld so zu verstehen, dass empirisch belastbare Anhaltspunkte (bestimmte Tatsachen) und Gesetzmäßigkeiten (nicht lediglich allgemeine Erfahrungssätze) die Prognose einer im Einzelfall in absehbarer Zeit eintretenden Gefahr mit einer geringeren als (der im Normalfall der polizeilichen Gefahrenabwehr erforderlichen) hinreichenden Wahrscheinlichkeit erlauben. Gesetzestheoretisch würde diese Dogmatik idealer Weise so umgesetzt, dass der Gesetzgeber Indizien formulierte, die nach rechtstatsächlich belastbaren Gesetzmäßigkeiten mit einer gewissen (wenn gleich nicht hinreichenden) Wahrscheinlichkeit auf in absehbarer Zeit eintretende Rechtsgutverletzungen deuten. Solche Indizien können z. B. in der Begehung bestimmter Straftaten (auch der sog. „Kleinkriminalität“) bestehen, die zwar nicht typischer Weise, aber mit signifikanter Relevanz der erneuten Verletzung von bestimmten Rechtsgütern vorangehen. Dieser Systematik folgen z. B. die freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung in §§ 63 ff. StGB sowie die nachrichtendienstlichen Befugnisse nach §§ 3, 5 G 10. Indizielle Relevanz kann aber auch anderen, nicht strafbaren Verhaltensweisen zukommen, z. B. einem bestimmten Kommunikationsverhalten (etwa intensives Browsen auf terroraffinen Webseiten) oder bestimmtes Ordnungsunrecht (etwa wiederholte Verstöße gegen aufenthaltsrechtliche Beschränkungen). Legislativer Anknüpfungspunkt könnte insoweit auch das Zurverfügungstellen entsprechender Erkenntnisse durch Nachrichtendienste und andere Sicherheitsbehörden sein. Die Anknüpfungspunkte müssen allerdings mehr als nur „diffuse“ Schlussfolgerungen zulassen, weshalb „allein die Erkenntnis, dass sich eine Person zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis hingezogen fühlt“ nicht ausreichend ist.¹³ Erwägenswert ist als zentraler Bestandteil einer derartigen Systematik auch die Entwicklung eines personenbezogenen Gefahr- bzw. Gefahrverdachtsbegriffs.¹⁴

Den Kreis der in Betracht kommenden Anhaltspunkte abstrakt zu beschreiben und ihre indizielle Relevanz zu begründen, ist Aufgabe des Gesetzgebers, der die Eingriffsbefugnisse im Gefahrenvorfeld „normenklar zu regeln“¹⁵ hat. Aus der weitgehend wörtlichen Übernahme der Formulierungen des BVerfG in den Gesetztext erschließt sich die dahinter stehende Systematik nicht ansatzweise. Dies birgt zugleich die Ge-

¹² Vgl. etwa § 100a Abs. 1 Nr. 1, § 100c Abs. 1 Nr. 1, § 100g Abs. 1 S. 1, § 100i Abs. 1 StPO; BGH NStZ 2010, 711 m. w. N.; BVerfG NJW 2006, 1939, 1941 f., 1946.; BVerfGK 8, 349; 11, 119; zum verfassungsrechtlichen Prüfungsumfang, ob eine Anordnung den Anforderungen an bestimmte Tatsachen genügt BVerfGK 8, 219; 11, 33, 46 f.

¹³ BVerfGE 141, 220, 273.

¹⁴ Dafür grundlegend *Möstl*, DVBl 2007, 581, 587 f. („Chance zu einer stimmigen Systembildung“); *ders.*, DVBl 2010, 808, 810 f.; *Darnstädt*, DVBl 2017, 88 ff.

¹⁵ BVerfGE 141, 220, 290 f.

fahr, dass in der Rechtsanwendung indizielle Konstellationen übersehen werden und gebotene polizeiliche Aufklärungsmaßnahmen unterbleiben.

- (3) In dogmatischer Hinsicht ist gegen den Begriff der „drohenden Gefahr“ zunächst einzuwenden, dass er aufgrund seiner Unschärfe gegen den Begriff der konkreten Gefahr nur schwer abgrenzbar ist. So kommt die Bezugnahme des Begriffs auf das Gefahrenvorfeld durch die Formulierung „wonach *in absehbarer Zeit* Gewalttaten (...) zu erwarten sind“ nur unzureichend zum Ausdruck. Gefahr wird im Sicherheitsrecht generell verstanden als „eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass *in absehbarer Zeit* ein Schaden (...) eintreten wird“.¹⁶ Soweit der Gesetzentwurf ausführt, „bereits heute (werde) der Begriff der ‚drohenden Gefahr‘ zur Charakterisierung einer konkreten Gefahr herangezogen, bei der eine besondere Nähe des – jedoch absehbaren – Schadenseintritts nicht vorliegt“¹⁷, ist ferner darauf hinzuweisen, dass dieses Begriffsverständnis keineswegs einheitlich ist. Teilweise wird „drohende Gefahr“ vielmehr – gerade im gegenteiligen Sinne – als Synonym für „gegenwärtige Gefahr“ verstanden.¹⁸ Sollte es sich – was sich aus dem Gesetzentwurf nicht deutlich erschließt – bei der „drohenden Gefahr“ tatsächlich (nur) um eine Ausprägungsform einer konkreten Gefahr im polizeirechtlichen Sinne handeln, ist die Einführung des neuen Begriffs obsolet und allenfalls geeignet, Missverständnisse zu erzeugen, da die beabsichtigte Weiterung dann bereits im Wege der Auslegung des geltenden Rechts erreicht werden kann. Handelt es sich hingegen – wofür die Legaldefinition spricht – um eine substantiell neue Gefahrenkategorie, die auf das Gefahrenvorfeld verweist¹⁹, wird damit der Gefahrbegriff, der traditionell die zentrale, die polizeilichen Befugnisse konstituierende und zugleich limitierende Kategorie des Polizeirechts darstellt²⁰, ausgehöhlt. Polizeiliches Handeln kann sich zwar auch schon de lege lata auf das Gefahrenvorfeld erstrecken, soweit es sich um sog. Gefahrerforschungseingriffe handelt. Grundrechtseingriffe zur informationellen Aufklärung, ob überhaupt eine Gefahr besteht, unterliegen jedoch nach verfassungsrechtlichen Maßstäben erhöhten Anforderungen.²¹ Sog. aktionelle, d. h. in den Kausalverlauf eingreifende, Befugnisse hat die Polizei nach der traditionellen Systematik des Polizeirechts regelmäßig erst ab der Schwelle der konkreten Gefahr.²² Diese Systematik unterläuft der Gesetzentwurf, indem er mit der Verankerung der „dro-

¹⁶ *Denninger*, in: Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil D Rn. 39 mit Bezugnahme auf § 2 Nr. 1a NdsSOG, § 2 Nr. 3a BremPolG und § 3 Nr. 3a SOG LSA; ebenso BVerfGE 120, 274, 328 f.

¹⁷ BayLT-Drs. 17/16299, S. 9.

¹⁸ Vgl. *Pewestorf/Söllner/Tölle*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 ASOG Rn. 26 m. w. N.

¹⁹ Das entspräche einer tatbestandsorientierten Abgrenzung zwischen den Vorfeld- und Gefahrenabwehrbefugnissen, vgl. *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 76, 106.

²⁰ So zutr. *Möstl*, (Fn. 8), S. 162; *Möstl/Schwabenbauer*, BeckOK PolSichR Bayern, 3. Edition, Systematische Vorbemerkungen, Rn. 35.

²¹ Vgl. BVerfGE 100, 313, 395; 110, 33, 60 f.; 113, 348, 385 ff.; 115, 320, 362; *Möstl*, (Fn. 8), S. 209 ff.; anders ist dies freilich für polizeiliches Handeln ohne Eingriffsqualität (z. B. Streifenfahrten, polizeiliche Beratungs- und Aufklärungsarbeit), dessen Zulässigkeit seit jeher unumstritten ist, vgl. näher *Möstl*, (Fn. 8), S. 203 f.; *Gallwas/Lindner/Wolff*, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 359; *Kugelman*, Die Verwaltung (47) 2014, S. 25, 45 ff.

²² Näher *Möstl/Schwabenbauer*, (Fn. 20), Rn. 36 f. m. w. N.

henden Gefahr“ in der Generalklausel des Art. 11 PAG das Gefahrenvorfeld als polizeilichen Tätigkeitsbereich *allgemein* eröffnet. Bei den in der Folge im Gefahrenvorfeld zulässigen Befugnissen handelt es sich – wie der Gesetzentwurf z. B. auch in Art. 16 und 32a PAG-E zeigt – gerade nicht ausschließlich um solche, die (nur) der Gefahrerforschung dienen. Damit wird der Gefahrbegriff als bislang „klare Grenzlinie zwischen dem Bereich der – oberhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten – Gefahrenabwehr und ihrem – unterhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten – informationellen Vorfeld“²³ jeder Kontur beraubt. Auch geht der Gesetzentwurf damit weit über die in jüngerer Zeit unter dem Topos einer „Entgrenzung“ des Polizeirechts durch zunehmende Ausweitung informationeller Vorfeldbefugnisse diskutierte Entwicklung hinaus.²⁴

Mit der Verwendung des Begriffs der drohenden Gefahr im Polizeirecht verschwimmen zudem die Grenzen zum Aufgabenbereich der Nachrichtendienste. Dort findet der Begriff in einem technischen Sinne, der auf das Gefahrenvorfeld verweist, in § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 Verwendung.²⁵ Das dortige enge dienstespezifische Verständnis des Begriffs folgt aus dem spezifischen Aufgabenzuschnitt der Nachrichtendienste, die einerseits bereits im Vorfeld konkreter Gefahrenlagen Informationen erheben sollen, mit deren Hilfe politisch auf solche Gefahren reagiert werden kann, und andererseits aus den gegenüber dem Polizeirecht viel unspezifischer gefassten Schutzgütern. Eine Gefahr z. B. für den Bestand des Bundes oder eines Landes lässt sich kaum nach allgemeiner Lebenserfahrung beurteilen und manifestiert sich auch nicht in einem Einzelfall, sondern in einer Gemengelage verschiedenster Ereignisse. Der entscheidende Gesichtspunkt bei der dortigen Auslegung des Begriffs ist daher der des Drohens, d. h. es muss sich um eine Bedrohungslage handeln, deren Verwirklichung für die Gemeinschaft existenzielle Konsequenzen hätte.²⁶ Diese Deutung wird durch den historischen Kontext der Entstehung des G 10 und des Art. 10 Abs. 2 GG gestützt, die im Sinne der deutschen Friedenspolitik auf die „Vorsorge für einen Notstandsfall“ ziel-

²³ Möstl, (Fn. 8), S. 180, der in der Folge (S. 181) zutreffend fordert, der Gefahrbegriff dürfe „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.“

²⁴ Vgl. hierzu ausf. Thiel, (Fn. 5); Kral, (Fn. 19); Möstl, DVBl 2007, 581 ff.; ders., DVBl 2010, 808 ff.; Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des Preussischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat (43) 2004, 347 ff.; Baldus, Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – Neue Polizeirechtsdogmatik?, Die Verwaltung (47) 2014, S. 1 ff.; Kugelmann, Entwicklungslinien eines grundrechtsgeprägten Sicherheitsverwaltungsrechts, Die Verwaltung (47) 2014, S. 26 ff.; jew. m. zahlr. w. N. Soweit über rein informationelle Befugnisse hinaus in Gestalt anlassloser Personenkontrollen (sog. „Schleierfahndung“) schon heute ein vom Vorliegen einer Gefahr gänzlich unabhängiges Handeln der Polizei zum allgemein anerkannten Bestand des Polizeirechts gehört, ist darauf hinzuweisen, dass diese Maßnahme eine – hinsichtlich ihrer Verfassungskonformität nach wie vor umstrittene [vgl. nur die vehemente Kritik von Racher, in: Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil E Rn. 376 ff.] – Ausnahmeerscheinung darstellt, die einer verfassungskonformen Auslegung bedarf (vgl. BayVerfGH BayVBl 2006, 339; 2011, 206 und das dazu jeweils ergangene Sondervotum).

²⁵ Vgl. auch Huber, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 1 Artikel 10-Gesetz Rn. 28.

²⁶ Vgl. BVerfGE 120, 274, 328.

ten.²⁷ Für das Bestehen einer solchen existenziellen Bedrohungslage müssen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, das heißt, es darf sich nicht um eine lediglich gefühlte oder vermutete Bedrohung handeln.²⁸ Eine Prognose zur Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts – wie im Polizeirecht – ist jedoch nicht erforderlich und faktisch auch kaum zu leisten. Die Bedrohungslage als solche stellt eine Beeinträchtigung öffentlicher Interessen dar, die – entsprechend dem Selbstverständnis einer „wehrhaften Demokratie“²⁹ – zu ihrer Abwehr erforderliche nachrichtendienstliche Maßnahmen legitimiert. Indem der Gesetzentwurf den Begriff der drohenden Gefahr in das Polizeirecht integriert, öffnet er dieses allgemein für typischerweise nachrichtendienstliche Tätigkeiten, obwohl das Handeln der Polizei – wie das BVerfG ausdrücklich in seiner Entscheidung zur Anti-Terror-Datei festgestellt hat – sich gegen dem der Nachrichtendienste gerade dadurch abhebt, dass ihr „Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen“³⁰ seien. Voraussetzung für polizeiliches Handeln sei „in der Regel, dass Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr“ vorlägen.³¹ Diese Regel durchbricht der Gesetzentwurf, indem er polizeiliches Handeln allgemein auf das Gefahrenvorfeld erstreckt. Mit Blick auf das institutionelle, funktionale und informationelle Trennungsgebot ist das hoch problematisch und zwar unabhängig davon, ob man der Auffassung folgt, das Trennungsgebot sei verfassungsrechtlich verankert³², da sich der unterschiedliche Aufgabenzuschnitt von Polizeien und Nachrichtendiensten jedenfalls auf der Ebene des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots auswirkt.

- (4) Aus der allgemeinen Ausdehnung polizeilicher Gefahrenabwehr- und Aufklärungsbefugnisse auf das Gefahrenvorfeld und die damit einhergehende Verschränkung mit dem Aufgabenbereich der Nachrichtendienste resultieren gewichtige verfassungsrechtliche Einwände. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind eingriffsintensive Aufklärungsmaßnahmen im Gefahrenvorfeld aufgrund der dortigen unsicheren Erkenntnislage nur unter sehr engen Voraussetzungen und nur zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter zulässig.³³ Vor diesem Hintergrund begrenzt das BVerfG im BKAG-Urteil entsprechende Maßnahmen, soweit die verfügbaren Basistatsachen lediglich im Verhalten einer bestimmten Person begründet sind, dezidiert auf den Bereich drohender terroristischer Straftaten.³⁴ Art. 11 Abs. 3 PAG-E betrifft zwar an sich keine qualifizierten Eingriffsbefugnisse, so dass die Schwelle der Gewichtigkeit betroffener Rechtsgüter grundsätzlich niedriger angesetzt werden kann. Andererseits umfasst die Generalklausel nicht lediglich Aufklärungs-, sondern auch Abwehrbefugnisse, die zu unmittelbaren (für die Betroffenen ggf. besonders belastenden) Eingriffen in den Kausalverlauf ermächtigen, und öffnet der Begriff der „drohenden Gefahr“ das Gefahrenvorfeld ferner für sehr eingriffsintensive spezielle Befugnisse (so z. B. in

²⁷ BT-Drs. V/1879, S. 13 f.

²⁸ So auch *Roggan*, NomosKommentar G-10-Gesetz, 2012, § 1 Rn. 4.

²⁹ BVerfGE 25, 44, 58; 30, 1, 21; 39, 334, 349; 111, 147, 158.

³⁰ BVerfGE 133, 277, 327.

³¹ A. a. O.

³² Vgl. zur Problematik *Löffelmann*, BayVBl. 2017, 253, 259 m. w. N. zum Meinungsstand.

³³ Vgl. BVerfGE 113, 348, 386 f.; 141, 220, 272 f.

³⁴ BVerfGE 141, 220, 272 f., 290 f., 305.

Art. 16 und 32a PAG-E). Die Einhegung durch den Katalog „bedeutender Rechtsgüter“ des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E erscheint vor diesem Hintergrund unzureichend. Dem Attribut „bedeutend“ kommt selbst keine begrenzende Funktion zu, da es unbedeutende oder nicht bedeutende Rechtsgüter nicht gibt. Die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E vorgenommene thematische Beschränkung mildert diesen Befund nur unwesentlich, denn zu den potenziellen Rechtsgutverletzungen, die danach zu polizeilichen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld berechtigen, zählen z. B. auch einfache, sogar fahrlässige, Körperverletzungen, Sachbeschädigungen oder sexuell motivierte Belästigungen. Derartige Rechtsgutbeeinträchtigungen erreichen zweifellos nicht die Schwelle, die das BVerfG mit der Formulierung „überragend wichtige Rechtsgüter“ im Sinn hatte und sie sind auch weit von den existenziellen Bedrohungslagen entfernt, die das nachrichtendienstliche Handeln im Gefahrenvorfeld legitimieren. Hinzu kommt, dass Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG-E auf das vom BVerfG betonte Erfordernis der Zuordnung der potenziellen Gefahr zu einer bestimmten Person, damit die polizeiliche Maßnahme „gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann“³⁵, vollständig verzichtet. Damit können polizeiliche Maßnahmen im Gefahrenvorfeld auch gegen gänzlich unbeteiligte Personen ergriffen werden, was unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten selbst dann durchgreifenden Einwänden begegnet, wenn man die durch Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E gekennzeichnete Schutzwürdigkeitsschwelle als ausreichend ansehen sollte.

- b. Wie bewerten Sie dabei die Bezugnahme des Art. 11 Abs. 3 PAG-E auf Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung, insbesondere gemessen an den im Verhältnis zum Bundeskriminalamt deutlich weitergehenden, nicht auf die Terrorismusabwehr beschränkten präventivpolizeilichen Aufgaben der Bayer. Polizei?**

Antwort:

Die Beschränkung auf „Gewalttaten von erheblicher Intensität und Auswirkung“ ist nicht geeignet, eine ausreichend hohe Schwelle für die Schwere der potenziellen Rechtsgutverletzung zu kennzeichnen. Ein substantiell unterschiedlicher Bedeutungsgehalt der Begriffe „Intensität“ und „Auswirkung“ ist schon nicht erkennbar. Ihre alternative Verknüpfung suggeriert eine Beschränkung durch zwei verschiedene Merkmale, die tatsächlich nur auf einem Gesichtspunkt beruht. Der Begriff „erheblich“ wird im Bereich des Strafverfahrensrechts benutzt, um das Gewicht von Straftaten und damit des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses zu kennzeichnen. Straftaten von „erheblicher Bedeutung“ sind solche, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen und geeignet sind, das Sicherheitsempfinden in der Bevölkerung nicht unerheblich zu beeinträchtigen.³⁶ Mit dem Begriff der Erheblichkeit wird demnach ein mittleres Niveau von Rechtsgutverletzungen gekennzeichnet. Nach dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 3 PAG-E ist es auch nicht erforderlich, dass es sich um Gewalttaten gegen die in S. 2 der Vorschrift genannten „bedeutenden Rechtsgüter“ handelt. Dieses

³⁵ BVerfGE 141, 220, 272 f., 305.

³⁶ Vgl. BVerfGE 103, 21, 33 f.; 107, 299, 321 f.; 110, 33, 65; BVerfG, NJW 2001, 2320, 2321; BVerfG, StV 2003, 1; BVerfG, NJW 2009, 2431, 2435; vgl. auch Rieß, GA 2004, 623 ff. m. w. N. sowie BT-Drs. 13/10791, S. 5.

Merkmal determiniert nur den Zweck der Maßnahme („um ... die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern“), nicht ihre tatsächlichen Voraussetzungen. Gemessen an den Vorgaben des BVerfG zur Zulässigkeit von Aufklärungsmaßnahmen im Gefahrenvorfeld erscheint die durch die Formulierung „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ gekennzeichnete Schwelle als deutlich zu niedrig.

c. Inwieweit ist der in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E aufzufindende Rechtsgüterkatalog geeignet, „bedeutende“ Rechtsgüter im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederzugeben?

Antwort:

Den Begriff „bedeutende Rechtsgüter“ verwendet das BVerfG nicht in einem spezifisch die erhöhte Schutzwürdigkeit bestimmter Rechtsgüter indizierenden Sinn.³⁷ Das BVerfG verlangt, dass eingriffsintensive Aufklärungsmaßnahmen dem Schutz von „besonders gewichtigen“ Rechtsgütern dienen und nennt in diesem Zusammenhang beispielhaft die Rechtsgüter Leib, Leben und Freiheit der Person sowie den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes.³⁸ Hinter diesem Maßstab bleibt der Katalog „bedeutender“ Rechtsgüter in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E zurück, denn er enthält auch abstrakt weniger gewichtige Rechtsgüter wie Gesundheit, die sexuelle Selbstbestimmung, Eigentumspositionen und Sachen, an deren Erhalt ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Soweit der Schutz von Gegenständen betroffen ist, hat das BVerfG anerkannt, dass der Schutz versorgungskritischer Infrastruktur („Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen“) eingriffsintensive präventive Aufklärungsmaßnahmen rechtfertigen kann.³⁹ Diese Schwelle erreicht Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG-E nicht.⁴⁰ Für Maßnahmen im Gefahrenvorfeld setzt das BVerfG die maßgebliche Schwelle nochmals höher an. Erforderlich sind hier Gefahren, die „für ein überragend wichtiges Rechtsgut“⁴¹ drohen. Damit ist die höchste Kategorie der Bedeutung von Rechtsgütern angesprochen. Zu dieser Kategorie zählen jedenfalls der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes und das Leben. Der Katalog des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E gibt diese Schwelle nicht wieder.

Allerdings ermächtigt Art. 11 Abs. 3 PAG-E nicht unmittelbar zu eingriffsintensiven Aufklärungsmaßnahmen, so dass die genannten Maßstäbe nicht ohne weiteres übertragen werden können. Erforderlich ist eine Bewertung der Eingriffsintensität der durch Art. 11 Abs. 3 PAG-E eröffneten Befugnisse. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Generalklausel polizeiliches Handeln nicht auf ein Vorgehen gegen Störer beschränkt. Im Verbund mit den qualifizierten Befugnissen nach Art. 13, 14, 16, 21, 32 und 32a PAG-E ermächtigt Art. 11 Abs. 3 PAG-E außerdem zu eingriffsintensiven Maßnahmen, die, wie z. B. solche nach Art. 16 und

³⁷ Soweit ersichtlich, wird der Begriff überhaupt nur in BVerfGE 81, 310, 334 verwendet, ohne dort aber näher ausgefüllt zu werden. In BVerfGE 141, 220, 335 f. verweist das BVerfG im Zusammenhang mit der Übermittlung von Daten mit dem Begriff „Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut“ auf eine Auslegung des Begriffs der „erheblichen Gefahr“ im allgemeinen Sicherheitsrecht.

³⁸ BVerfGE 141, 220, 271; 120, 274, 328; 125, 260, 330.

³⁹ BVerfGE 120, 274, 328.

⁴⁰ Vgl. zur entsprechenden Kritik an Art. 9 Satz 1 Nr. 3 BayVSG bereits *Löffelmann*, BayVBl. 2017, 253, 257.

⁴¹ BVerfGE 113, 348, 386 f.; 141, 220, 272 f.

32a PAG-E, zudem über rein informationelle Eingriffe zur (bloßen) Gefahrerforschung hinausgehen, indem sie erlauben, unmittelbar in den Kausalverlauf einzugreifen. Vor diesem Hintergrund können die für das Gefahrenvorfeld neu eröffneten Befugnisse nicht allgemein als weniger schwer angesehen werden als heimliche Aufklärungsmaßnahmen, so dass jedenfalls als begrenzenden Maßstab für das Gefahrenvorfeld auf die Kategorie der „besonders gewichtigen Rechtsgüter“ abgestellt werden sollte.

d. Wie bewerten Sie die Aufnahme der Begrifflichkeit der „drohenden Gefahr für bedeutende Rechtsgüter“ in die Standardbefugnisse der Art. 13 ff. PAG?

Antwort:

Die Verlagerung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in das Gefahrenvorfeld ist generell nur zulässig, wenn der Erkenntnisgrad über die potenzielle Gefahr und die Intensität der der Aufklärung dienenden Maßnahmen zur Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts und dem Grad der potenziellen Gefahr in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dies schließt es aus, die Befugnis zu Vorfeldmaßnahmen auf jedwede Eingriffe, ungeachtet ihrer Intensität, zu erstrecken. Der Einsatz wenig eingriffsintensiver Maßnahmen ist grundsätzlich leichter zu legitimieren.⁴² Dabei sind insbesondere auch die Streubreite der Maßnahme und die Anforderungen der Eingriffsnorm hinsichtlich der Nähe der betroffenen Personen zur fraglichen Rechtsgutbedrohung als die Intensität determinierende Faktoren zu berücksichtigen.⁴³ Außerdem ist unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit zu prüfen, ob die jeweilige Maßnahme einen Beitrag dafür leistet, den Zweck ihres Einsatzes zu fördern, also ein Gefahrpotenzial aufzuklären.⁴⁴ Heimliche Maßnahmen dürften hier grundsätzlich zielführender sein. Die Frage kann vor diesem Hintergrund nur maßnahmenspezifisch beantwortet werden: Mit Blick auf Art. 13 ff. PAG erscheint bei cursorischer Betrachtung – unter der Voraussetzung einer geboten engen Einhegung des Gefahrenvorfelds (vgl. oben II.1.a.) – eine entsprechende Weiterung der Befugnisse nach Art. 13, 14, 21 und 22 PAG-E vertretbar, nicht jedoch bei Befugnissen nach Art. 16, 17 und 25 PAG-E, da diese Maßnahmen nicht in erster Linie der Aufklärung, sondern der Abwehr dienen. Bei Maßnahmen nach Art. 23 PAG scheidet eine Weiterung wegen des engen Schrankenvorbehalts des Art. 13 Abs. 4 GG, der eine dringende Gefahr voraussetzt, von Verfassung wegen aus.

2. Zur Anordnung von Kontaktverboten, Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten nach Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Nr. 4, Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E:

a. Wie bewerten Sie die spezielle polizeiliche Regelung für orts- und gebietsbezogene Aufenthaltsge- und -verbote sowie für Kontaktverbote nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit, insbesondere im Hinblick auf die Abwehr von drohenden Gefahren nach Art. 11 Abs. 3, und wie beurteilen Sie die Erforder-

⁴² Vgl. BVerfGE 141, 220, 269 a. E.

⁴³ Vgl. BVerfGE 100, 313, 395; 110, 33, 60 f.; 113, 348, 385 ff.; 115, 320, 361 f.

⁴⁴ Vgl. zum Erfordernis der Erfolgseignung BVerfGE 42, 212, 220; 96, 44, 51; BVerfG NJW 2006, 976, 982.

lichkeit der polizeilichen Maßnahmen des Art. 16 Abs. 2 PAG-E im Hinblick auf die polizeiliche Praxis?

Antwort:

Hinsichtlich der Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der bezeichneten Maßnahmen ist zwischen Aufenthalts- und Kontaktverboten einerseits und Aufenthaltsgeboten andererseits zu differenzieren. Als Eingriffen in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) Betroffener unterliegen Aufenthalts- und Kontaktverbote einem allgemeinen Schrankenvorbehalt. Aufenthaltsgebote sind hingegen, soweit deutsche Staatsbürger betroffen sind, am Grundrecht aus Art. 11 GG zu messen, das einen qualifizierten Schrankenvorbehalt vorsieht, bei nichtdeutschen Grundrechtsträgern ebenfalls an Art. 2 Abs. 1 GG. Entgegen den Ausführungen in der Entwurfsbegründung⁴⁵ können Aufenthaltsgebote zudem am Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen sein, wenn sie den zulässigen Aufenthalt auf einen relativ engen Raum (z. B. auf eine bestimmte Unterkunft oder ein Grundstück) begrenzen.⁴⁶ Die Übergänge zwischen Art. 11 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sind insoweit fließend.⁴⁷ Im Extremfall kann ein Aufenthaltsgebot einer Inhaftierung, also einer Freiheitsentziehung gleichkommen. Dem Wortlaut nach erlaubt Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Buchst. b) PAG-E auch Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht.

Soweit durch die Maßnahme nicht in das Freiheitsgrundrecht eingegriffen wird, genügt der Zweck, die Begehung von Straftaten zu verhindern, nur teilweise dem Kriminalvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 Alt. 5 GG. Erforderlich ist insoweit, dass im konkreten Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Begehung von Straftaten zu erwarten ist.⁴⁸ Diese Voraussetzung wird durch die Formulierung „wenn die Begehung von Straftaten droht“ nur dann gewahrt, wenn dieses Drohen die Qualität einer konkreten Gefahr erreicht. Handelt es sich hingegen um eine lediglich „drohende Gefahr“ der Begehung von Straftaten, sind solche gerade nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Insoweit ist die Eingriffsbefugnis auch nicht hinreichend bestimmt. Im Gefahrenvorfeld hat der Gesetzgeber die den Anlass des Eingreifens bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung deuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das in diesem Bereich besonders hohe Risiko einer Fehlprognose noch hinnehmbar ist.⁴⁹ Diesem Anspruch wird der Begriff der „drohenden Gefahr“ nicht gerecht (vgl. oben II.1.a.). Soweit Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Buchst. b) PAG-E also zur Anordnung von Aufenthaltsgeboten zum Zweck der Abwehr drohender Gefahren ermächtigt, verletzt eine derartige Maßnahme Art. 11 GG.

Hoch problematisch ist ferner unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten, dass die Vorschrift – anders als § 55 BKAG-E – nicht zwischen Störern und Nicht-Störern differenziert.

⁴⁵ BayLT-Drs. 17/16299, S. 11 f.

⁴⁶ Vgl. etwa BVerfGE 22, 180, 218 f. zur zwangsweisen Unterbringung in einem offenen Heim oder einer Familie; BVerfG NVwZ 2011, 743 zur Bildung eines polizeilichen Kessels; Art. 11 GG wird dann durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verdrängt, vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 111, Art. 11 Rn. 2, jew. m. w. N.

⁴⁷ Vgl. z. B. BVerfG NVwZ 1983, 603 zu Aufenthaltsbeschränkungen für Asylbewerber, wo „angesichts des räumlichen Umfangs des Zuständigkeitsbereichs der Ausländerbehörde, innerhalb dessen sich der Asylbewerber nach § 20 I AsylVfG frei bewegen darf (eine größere Stadt oder ein Landkreis)“ der Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts nicht als eröffnet angesehen wurde.

⁴⁸ *Jarass/Pieroth*, (Fn. 46), Art. 11 Rn. 17 m. w. N.

⁴⁹ BVerfGE 110, 33, 56; 113, 348, 378 ff.

Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG-E kann die Polizei generell, „wenn die Begehung von Straftaten droht“, Personen verbieten, ihren Wohn- oder Aufenthaltsort oder ein bestimmtes Gebiet zu verlassen. Zulässig wäre es daher z. B. auch, dem Opfer einer Bedrohung oder Nachstellung zu verbieten, seinen Aufenthaltsort zu verlassen. Eine solche Anordnung kann im Einzelfall einfacher zu vollstrecken sein, als entsprechende Maßnahmen gegen Störer. Gleichwohl sieht der Gesetzentwurf keinerlei das polizeiliche Ermessen leitende und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gewährleistende Kautelen vor. Damit verletzt die beabsichtigte Vorschrift das Verbot einer faktischen Gleichbehandlung von Störern und Nicht-Störern.⁵⁰

Soweit durch die Anordnung eines Aufenthaltsgebots das Freiheitsgrundrecht betroffen ist, stellt sich diese Problematik nochmals in verschärfter Weise, denn Freiheitsbeschränkungen gegenüber Personen, die hierfür selbst keine Ursache gesetzt haben, sind nur in engen Grenzen zulässig.⁵¹ Generell besitzt das Freiheitsgrundrecht unter den grundrechtlich verbürgten Rechten einen besonderen Rang⁵², weshalb es als „unverletzlich“ gekennzeichnet ist und Art. 104 GG für seine Beschränkung qualifizierte Anforderungen statuiert. Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht – zumal zu Zwecken, die nicht dem Schuldausgleich dienen – sind nur „aus besonders gewichtigen Gründen“ unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.⁵³ Die materiellen Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung müssen hinreichend detailliert und umso genauer geregelt sein, je gewichtiger der Eingriff ist.⁵⁴ Diesen Anforderungen wird die beabsichtigte Regelung, deren materieller Anwendungsbereich lediglich durch den Bezug auf die Abwehr von – jedweden – Straftaten, also z. B. auch Bagatelldelikten, beschränkt ist, nicht gerecht. Eine Anordnung aufgrund einer lediglich „drohenden Gefahr“ ist hier erst recht unzulässig. Soweit die Maßnahme einer Freiheitsentziehung gleichkommen kann, wäre außerdem zwingend die Anordnung durch ein Gericht erforderlich (Art. 104 Abs. 2 GG).

Bloße Aufenthaltsverbote und Kontaktverbote greifen grundsätzlich nur in Art. 2 Abs. 1 GG ein, u. U. auch in andere Grundrechte (z. B. Art. 12 GG bei der Berufsausübung oder Art. 4 GG bei der Religionsausübung beeinträchtigenden Beschränkungen). Die einfachgesetzlichen Schranken können hier niedriger ausfallen als bei Aufenthaltsgebots. Unverhältnismäßig erscheint allerdings auch hier die in Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG-E vorgesehene Anordnungsdauer von drei Monaten mit unbeschränkten Verlängerungsmöglichkeiten. Zum Vergleich: bei bloßen Observationsmaßnahmen geht das einfache Recht in Umsetzung entsprechender verfassungsgerichtlicher Maßstäbe⁵⁵ davon aus, dass bereits bei einer durchgehend länger als 24 Stunden dauernden oder an mehr als zwei Tagen stattfindenden Überwachung eine gerichtliche Anordnung (vgl. § 163f StPO; § 32 Abs. 2 S. 1 BremPolG) oder jedenfalls die Anordnung durch die Behördenleitung oder ihre Vertretung (vgl. z. B. § 28 Abs. 3 S. 1 BPolG; § 25 Abs. 3

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 120, 378, 402 m. w. N.; BVerfGE 141, 220, 269, 271, 273 ff.; SächsVerfGH LVerfGE 4, 303, 349 f. = DVBl 1996, 1423; Möstl/Schwabenbauer, (Fn. 20), Rn. 40; eine – in jüngerer Zeit zunehmend in Ausweitung begriffene [vgl. Baldus, Die Verwaltung (47) 2014, 1, 2 f.; Schoch, Der Staat (43) 2004, 347, 354 f.] – Inanspruchnahme von Nicht-Störern ist danach nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig.

⁵¹ Vgl. BVerfG StV 2008, 421 ff.

⁵² BVerfGE 104, 220, 234.

⁵³ BVerfGE 90, 145, 172; 58, 208, 224; 70, 297, 307; 128, 326, 372 f.; BVerfG NVwZ 2016, 1079.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 78, 374, 387 f.; 96, 68, 97; 109, 133, 188; 117, 71, 111.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 112, 304, 318 f.; 141, 220, 295; BVerfGK 16, 1.

ASPO Bln; Art. 33 Abs. 5 BayPAG) erforderlich sei. Da nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E die Maßnahme auch gegen Nicht-Störer angeordnet und sie nicht generell als weniger eingriffsintensiv als eine Observation eingestuft werden kann, sollte die polizeiliche Anordnungsbefugnis sich nicht auf einen über 24 Stunden hinausreichenden Zeitraum erstrecken. Verlängerungsanordnungen sollten generell durch das Gericht erfolgen.

- b. Halten Sie die Normierung eines Richtervorbehalts bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E wie in § 55 Abs. 3 Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes BT-Drucksachen 18/11163, 18/11326 (BKAG Entwurf) für erforderlich? Wenn ja, wie begründen Sie den Richtervorbehalt? Wenn nein, halten Sie die gesetzliche Normierung eines qualifizierten Anordnungsvorbehalts für erforderlich?**

Antwort:

Soweit die Vorschrift Aufenthaltsgebote betrifft, die einer Freiheitsentziehung gleichkommen, ist ein Richtervorbehalt verfassungsrechtlich zwingend geboten. Im Übrigen erscheint bei Aufenthaltsgeboten eine gerichtliche Anordnung wegen der Schwere des Eingriffs und der fließenden Grenze zwischen Art. 11 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zum präventiven Rechtsschutz geboten. Bei bloßen Aufenthaltsverboten und Kontaktverboten sollte die polizeiliche Anordnungsbefugnis nicht über einen Zeitraum von 24 Stunden hinausgehen. Verlängerungen sollten ebenfalls einem Richtervorbehalt unterliegen. Soweit die mangelnde Bestimmtheit des Begriffs der „drohenden Gefahr“ betroffen ist, könnte allerdings auch ein Richtervorbehalt dieses Defizit nicht kompensieren. Zwar können ausfüllungsbedürftige materielle Normen rechtsstaatlich eher tragbar sein, wenn durch ein gerichtliches Verfahren dafür gesorgt ist, dass die Rechtsanwendung in der gebotenen Weise erfolgt. Voraussetzung hierfür ist aber, dass das Gericht im Gesetz ausreichend Anhaltspunkte vorfindet, auf die es seine Auslegung stützen kann.⁵⁶ Das ist hier nicht der Fall.

- c. Halten Sie (weitere) maßnahmenspezifische Regelungen wie in § 55 Abs. 4 und 5 BKAG Entwurf bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E für erforderlich und wenn ja, warum?**

Antwort:

Ja. Qualifiziert begründete Anträge sind eine unverzichtbare Voraussetzung für eine substantielle gerichtliche Überprüfung und ermöglichen praktisch erst den präventiven Rechtsschutz durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Qualifizierte Form- und Begründungserfordernisse hinsichtlich der Anordnung dienen einerseits dem Zweck, dass Grundrechtseingriffe messbar und kontrollierbar bleiben, und sind andererseits für die Gewährleistung nachträglich-

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 110, 33, 67 f.; 113, 348, 381 f.

chen Rechtsschutzes unabdingbar.⁵⁷ Bei Eingriffsbefugnissen mit hoher Eingriffsintensität verlangt das BVerfG derartige Begründungserfordernisse auf einfachgesetzlicher Ebene.⁵⁸

d. Wie bewerten Sie die Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E in Verbindung mit der Möglichkeit einer Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E?

Antwort:

Die Möglichkeit der Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E ist die logische und zur Durchsetzung der in Art. 16 PAG-E statuierten Gebote praktisch erforderliche Konsequenz solcher Maßnahmen, die daher im Lichte der weiter reichenden Eingriffsbefugnisse nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E gesehen werden müssen und daraus ihre besondere, nur unter hohen Anforderungen zu rechtfertigende, Eingriffsintensität beziehen. Auf die Antwort zu Frage 5.a. wird ergänzend Bezug genommen.

e. Wie bewerten Sie die Verbindung der Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E mit der Möglichkeit einer EAÜ-Anordnung nach Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E?

Antwort:

Die Möglichkeit einer EAÜ-Anordnung stellt zwar gegenüber der Ingewahrsamnahme ein milderes Mittel zur Durchsetzung von Geboten nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E dar. Auch hier muss die Schwere der durch Art. 16 Abs. 2 PAG-E vermittelten Grundrechtseingriffe aber im Lichte der weiter reichenden Eingriffsintensität einer EAÜ-Anordnung bewertet werden. Auf die Antwort zu Frage 3.a. wird ergänzend Bezug genommen.

3. Zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung:

a. Wie bewerten Sie allgemein die Einführung einer derartigen Befugnis (auch) im Landespolizeirecht, insbesondere im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit, die Praxistauglichkeit und im Verhältnis zu weiteren bundesrechtlichen Regelungen der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung?

Antwort:

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist die elektronische Aufenthaltsüberwachung (im Folgenden: EAÜ) an Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen, soweit sie der Durchsetzung und Überwachung von die körperliche Bewegungsfreiheit einschränkende(n) Anordnungen dient, im Übrigen an Art. 2 Abs. 1 GG. So kann das beständige Tragen der „Fußfessel“ nicht nur in einem über eine bloße Lästigkeit hinausgehenden Maße als störend empfunden werden, sondern auch ver-

⁵⁷ Vgl. etwa BVerfGE 103, 142, 151 f.; BVerfGK 2, 310, 315 f.; BVerfG, NJW 2003, 2303; NJW 2015, 2787, 2790 f., 2793.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 109, 279, 357 ff.; 120, 274, 332; 141, 220, 275 f.

haltenssteuernde Wirkung haben.⁵⁹ Da die elektronische Überwachung des Aufenthaltsorts außerdem Rückschlüsse auf die persönliche Lebensgestaltung zulässt, ist ferner das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen. Daten, die über den Standort einer Person Auskunft geben, sind personenbezogene Daten.⁶⁰ Soweit die EAÜ auch die Bestimmung des Standorts einer Person innerhalb einer Wohnung ermöglicht, ist weiter Art. 13 GG betroffen.⁶¹ Aus dem qualifizierten Schrankenvorbehalt gem. Art. 13 Abs. 4 GG folgt, dass ein Einsatz der Maßnahme in Wohnungen zu präventiv-polizeilichen Zwecken nur zur Abwehr dringender Gefahren i. S. d. Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG zulässig ist. Art. 13 Abs. 7 GG kommt insoweit nicht zum Tragen, da sich die Schranke nicht auf den Einsatz technischer Mittel bezieht.

Mit Blick auf die Geeignetheit der Maßnahme kommt es maßgeblich auf den konkret verfolgten Zweck an. Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG-E erlaubt die EAÜ allgemein „zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr“. „Gefahr“ ist hier im polizeirechtlichen Sinne einer konkreten Gefahr zu verstehen⁶², also als im einzelnen Falle bestehende hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Ob bei einer derartigen Sachlage eine elektronische Fußfessel ein geeignetes Mittel der Gefahrenabwehr darstellt, ist fraglich.⁶³ Denn die EAÜ erlaubt nicht ein Überwachen der betroffenen Person ohne deren Wissen und mithin nicht von ihr unbemerkte, die Gefahr abwehrende Maßnahmen. Die betroffene Person kann ihre Kenntnis von der Überwachung vielmehr nutzen, um sich einem polizeilichen Zugriff zu entziehen. So ist es ohne weiteres denkbar, dass die betroffene Person Rechtsgüter verletzende Handlungen ausführt, ohne sich zu bewegen (z. B. durch Verwendung von Mitteln der Fernsteuerung und Fernkommunikation oder durch Einschaltung dritter Personen), dass sie spontane Handlungen ausführt, bei denen jedes unmittelbare polizeiliche Eingreifen zu spät kommt (z. B. Messerattacken im öffentlichen Raum) und sogar, dass sie die Überwachung gezielt als Mittel zur Ablenkung der Polizei oder auch als die Verletzungshandlung verstärkendes Element einsetzt, um die „Hilflosigkeit“ des Staates zu demonstrieren. Eine allgemeine psychologische Wirkung der EAÜ, betroffene Personen aus Angst vor dem dadurch erhöhten Entdeckungsrisiko von der Begehung von Rechtsgutsverletzungen abzuhalten, wird man dieser Maßnahme zwar nicht gänzlich absprechen können, zumal belastbare empirische Erkenntnisse hierzu fehlen und dem Gesetzgeber hinsichtlich der Eignung ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt.⁶⁴ Gerade in dem Bereich besonders gravierender Gefährdungen, namentlich solcher terroristischer Art, die der Gesetzentwurf im Blick hat, dürfte eine derartige psychologische Wirkung wegen der von den Tätern erfahrungsgemäß aufgewendeten hohen kriminellen Energie und ideologischen Fundierung ihres Tuns aber nur minimal sein und besteht umgekehrt die Gefahr einer Instrumentalisierung der Maßnahme für die täter-

⁵⁹ Z. B. wenn der Betroffene sich aus Angst vor Stigmatisierung nicht mehr ins Schwimmbad oder Fitnessstudio traut.

⁶⁰ Vgl. BVerfGK 9, 62.

⁶¹ Zur Reichweite des Art. 13 GG beim Einsatz von Überwachungstechnologie in Wohnungen näher BVerfGE 120, 274, 309 ff.

⁶² Vgl. BayLT-Drs. 17/16299, S. 14: „im Einzelfall bestehende Gefahr“.

⁶³ Entsprechende Zweifel äußerten im Rahmen der Verbändeanhörung zum gegenständlichen Gesetzentwurf auch die Gewerkschaft der Polizei, Stellungnahme vom 03.03.2017, S. 2 f. und der Bund Deutscher Kriminalbeamter, Stellungnahme vom 02.03.2017, S. 2.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 90, 145, 196, 198; 120, 224, 250.

eigenen Ziele. Soweit die EAÜ auch an lediglich „drohende Gefahren“ anknüpft, kommt – neben den allgemeinen dogmatischen Bedenken gegen diese Gefahrenkategorie – hinzu, dass das polizeiliche Handeln in diesem Falle spezifisch der Aufklärung der Bedrohungslage dienen soll (vgl. Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG-E: „um den Sachverhalt aufzuklären“). Durch die EAÜ können jedoch lediglich Informationen mit Wissen des Betroffenen über dessen Standort erhoben werden. Wie auf diese Weise eine Bedrohungslage analysiert werden könnte, ist nicht erkennbar. Als Instrument zur präventiven Aufklärung einer Bedrohungslage ist die Maßnahme deshalb weitgehend ungeeignet.

Mit dem Einsatz der Maßnahme als Mittel der Führungsaufsicht (§ 68b StGB i. V. m. § 463a StPO), an den sich der Gesetzentwurf bewusst anlehnt, ist ihre präventiv-polizeiliche Verwendung in der hier gegebenen Ausgestaltung nicht vergleichbar. Im Rahmen der Führungsaufsicht dient die Maßnahme ausschließlich der Kontrolle von Weisungen, die sich auf den Aufenthaltsort der verurteilten Person beziehen. Die Wirksamkeit und damit Geeignetheit solcher Weisungen setzt die Möglichkeit einer effektiven Kontrolle ihrer Befolgung voraus. Diese Möglichkeit wird durch die EAÜ geschaffen, die zugleich, da der Weisungsverstoß selbst strafbewehrt ist (§ 145a StGB), der Vorsorge für die an den Verstoß anschließende Strafverfolgung dient. Auf den präventiv-polizeilichen Bereich gewendet bestünde die Parallele darin, dass ein Verstoß gegen ein Aufenthaltsgebot oder -verbot oder ein Kontaktverbot eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung darstellt und durch die Polizei abzuwehren wäre. Dann müsste die Vorschrift des Art. 32a PAG-E aber ausschließlich an derartige ortsbezogene Anordnungen anknüpfen, dürfte sich also nicht generell auf die Abwehr von Gefahren beziehen. Außerdem müsste als Anknüpfungspunkt die lediglich drohende Gefahr entfallen, denn ortsbezogene polizeiliche Anordnungen stellen kein „bedeutendes Rechtsgut“ i. S. d. Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E dar, ihre potenzielle Verletzung kann daher – schon nach den vom Gesetzentwurf selbst angelegten Maßstäben – keine „drohende Gefahr“ begründen. Hoch problematisch erscheint in diesem Zusammenhang ferner – auch unter kompetenzrechtlichen Vorzeichen –, dass mit der Verankerung der präventiv-polizeilichen EAÜ im Landesrecht die hohen Anforderungen, die das Bundesrecht an die Anordnung einer solchen Maßnahme im Rahmen der Führungsaufsicht stellt, unterlaufen werden können. Liegen z. B. die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung von Führungsaufsicht gegen einen wegen eines eher geringfügigen Sexualdelikts Verurteilten nicht vor, kann die Polizei dennoch nach den viel niedrigeren Maßstäben des Art. 32a PAG-E die EAÜ herbeiführen.⁶⁵

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist neben dem Rang des betroffenen Grundrechts weiter zu berücksichtigen, dass die Maßnahme eine lückenlose Nachverfolgung des Standorts der betroffenen Person ermöglicht und erlaubt (s. Art. 32a Abs. 2 S. 3 PAG-E), also die Erstellung eines vollständigen Bewegungsprofils. Damit handelt es sich generell um eine besonders eingriffsintensive Maßnahme⁶⁶, die im Falle einer „Rundumüberwachung“ sogar

⁶⁵ Vgl. auch die in diese Richtung zielende, im Rahmen der Verbändeanhörung geäußerte Kritik des Bayerischen Richtervereins, Stellungnahme, S. 4 f.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 113, 348, 383; 120, 378, 417, 427 ff.; 125, 260, 301.

die Gefahr einer Verletzung der Menschenwürde begründet.⁶⁷ Soweit das Freiheitsgrundrecht und das Wohnungsgrundrecht betroffen sind, wiegt der Eingriff noch schwerer.

Die beabsichtigte Regelung trägt weder der generellen Schwere der Maßnahme noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Eingriffen in die Freiheit der Person und die Unverletzlichkeit der Wohnung ausreichend Rechnung. Qualifizierte Anordnungsvoraussetzungen sind nach Art. 32a Abs. 1 PAG-E im Falle einer konkreten Gefahr nicht vorgesehen. Soweit eine lediglich „drohende Gefahr“ die Anordnung ermöglicht, ist diese Einschränkung aus den oben (II.1.a.) genannten Gründen völlig unzureichend. Letzten Endes erlaubt Art. 32a PAG-E die langfristige Erhebung des Bewegungsprofils, ohne dass von dem Betroffenen überhaupt jemals strafwürdiges Verhalten verwirklicht wurde oder auch zu erwarten ist. Insofern unterscheidet sich die im gegenständlichen Gesetzentwurf vorgesehene Maßnahme maßgeblich von der nach § 56 BKAG-E, die durch die Erwartung der Begehung von Straftaten des internationalen Terrorismus limitiert wird. Eine Verengung der Anordnungsvoraussetzungen im Falle eines Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht ist gleichfalls nicht vorgesehen. Soweit das Wohnungsgrundrecht betroffen ist, schreibt Art. 32a Abs. 2 S. 2 PAG-E zwar vor, dass innerhalb der Wohnung der verantwortlichen Person keine über den Umstand ihrer Anwesenheit hinausgehenden Aufenthaltsdaten erhoben werden dürfen, begrenzt diese Ausnahme aber zugleich darauf, dass dies „technisch möglich“ sei. Damit *erlaubt* Art. 32a PAG-E grundsätzlich die Erhebung von Standortdaten innerhalb der Wohnung, ohne dabei die Qualifikation des Art. 13 Abs. 4 GG zu beachten. Im Übrigen spricht Art. 32a Abs. 2 S. 2 PAG-E lediglich von „der Wohnung der verantwortlichen Person“. Hält sich diese in einer anderen Wohnung auf, die sie nicht innehat oder bewohnt, ist gleichwohl Art. 13 GG betroffen. Das Wohnungsgrundrecht schützt in diesem Fall den Grundrechtsinhaber davor, dass der Staat mit technischen Mitteln Kenntnisse aus der Wohnung erlangt, die der natürlichen Wahrnehmung von außen entzogen sind.⁶⁸ Dazu zählt auch, ob und wo sich eine andere (d. h. die überwachte) Person in der Wohnung des Grundrechtsberechtigten aufhält.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage dahin zu beantworten, dass die Norm in der beabsichtigten Ausgestaltung nicht annähernd den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Ihre Praxistauglichkeit dürfte als eher bescheiden einzustufen sein. Generell gilt auch für ihren Einsatz zu präventiv-polizeilichen Zwecken, was als Ergebnis einer rechtstatsächlichen Untersuchung der Maßnahme im Rahmen der Führungsaufsicht festgestellt wurde, nämlich, dass „mit Blick auf die teils erheblichen Belastungen durch die EAÜ und den derzeitigen Forschungsstand zu ihrer Wirksamkeit (...) die elektronische Aufenthaltsüberwachung weiterhin als Ultima Ratio verstanden werden“ sollte.⁶⁹ Dieses Verständnis teilt der gegenständliche Gesetzentwurf nicht.

b. Wie bewerten Sie – wiederum unter Berücksichtigung der weitergehenden landespolizeilichen Zuständigkeit – die in Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E erfolgte Bezugnah-

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 109, 279, 323; 112, 304, 319; 141, 220, 280 f.; BVerfG NJW 2007, 2753, 2757.

⁶⁸ BVerfGE 120, 274, 310.

⁶⁹ *Bräuchle/Kinzig*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht. Kurzbericht über die wesentlichen Befunde einer bundesweiten Studie mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen, 2015, S. 20.

me auf den Schutz von Rechtsgütern im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG-E?

Antwort:

Die Maßnahme ist – wie bereits ausgeführt – generell kaum geeignet, um Sachverhalte im Gefahrenvorfeld aufzuklären. Soweit die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E genannten Rechtsgüter der Gesundheit, Freiheit, sexuellen Selbstbestimmung und des öffentlichen Interesses am Erhalt von Sachen betroffen sind, ist die Ermächtigung angesichts der besonders hohen Eingriffsintensität der Maßnahme außerdem viel zu weit. Eine Einengung der Maßnahme auf den Schutz höchstrangiger Rechtsgüter wäre erforderlich. Auf die Antworten unter II.1.a.(4) und II.1.c. wird ergänzend Bezug genommen.

- c. Wie beurteilen Sie die einer ausdrücklichen, richterlichen Anordnung oder Bestätigung bedürftige, unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Befugnis zur Erstellung eines Bewegungsbildes?**

Antwort:

Hiergegen bestehen keine Einwände, solange die Anordnungsvoraussetzungen ausreichend eng gefasst sind, namentlich mit Blick auf die – prima facie geringe – Geeignetheit der Erstellung eines Bewegungsbildes zur Gefahrenabwehr. Auf die Antwort zu II.3.a. wird ergänzend Bezug genommen.

- d. Wie bewerten Sie die Regelungen zu Umfang, Verarbeitung und Löschung der durch Art. 32a Abs. 1 PAG-E erhobenen Daten der von der Maßnahme betroffenen Person?**

Antwort:

Die datenschutzrechtlichen Vorschriften nach Art. 32a Abs. 5 und 6 PAG-E wahren die verfassungsrechtlichen, aus dem Grundsatz der Zweckbindung abgeleiteten Anforderungen.⁷⁰ Allerdings ist schon – wie dargestellt – die Datenerhebungsbefugnis zu weit und daher verfassungswidrig. Die dadurch vermittelten Grundrechtsverletzungen setzen sich in der Datenspeicherung, -verarbeitung und -übermittlung fort⁷¹, so dass auch diese Eingriffe als verfassungswidrig einzustufen sind.⁷²

- e. Halten Sie eine gesetzliche Konkretisierung im Hinblick auf die Antragsbefugnis der Maßnahme bei Gericht und die an den Antrag zu stellenden Anforderungen für erforderlich?**

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 65, 1, 46; 125, 260, 325 ff.; 130, 151, 184; 133, 277, 323 f.; 141, 220, 324 ff.

⁷¹ Vgl. etwa BVerfGE 100, 313, 359; 107, 299, 312 f.; 110, 33, 52 f., 68 f.; BVerfG NJW 2005, 2603, 2604.

⁷² Ähnlich die im Rahmen der Verbändeanhörung geäußerte Kritik des Bayerischen Richtervereins, Stellungnahme, S. 5.

Antwort:

Qualifizierte Antragserfordernisse sind verfassungsrechtlich nicht zwingend, erscheinen aber gleichwohl wünschenswert, um dem Gericht die Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen zu erleichtern.

4. Zur Sanktionierung von Verstößen gegen die EAÜ:

- a. Halten Sie die hier vorgesehene Einführung eines zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E für verfassungsmäßig und geeignet zur Zweckerreichung (auch aus praktischer Sicht)?**

Antwort:

Nein. Die Gewahrsamnahme nach Art. 17 PAG ist derzeit nur zulässig zum Eigenschutz der betroffenen Person (Abs. 1 Nr. 1 – Schutzgewahrsam), zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr (Abs. 1 Nr. 2 – Unterbindungsgewahrsam), zur Durchsetzung eines Platzverweises (Abs. 1 Nr. 3), zum Schutze Minderjähriger, sofern ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht (Abs. 2 – Personensorgegewahrsam) und zur Rückführung entwichener Personen (Abs. 3 – Wiederergreifungsgewahrsam). In allen Varianten ist Voraussetzung (mindestens) eine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut von (mindestens) erheblicher Bedeutung. Der Gewahrsam zur Durchsetzung eines Platzverweises darf nur kurzfristig sein.⁷³ Die Ermächtigung zur Gewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E fällt aus diesem Rahmen, da die Anordnung nach Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG-E selbst kein Rechtsgut von erheblicher Bedeutung darstellt.⁷⁴ Zudem bestehen durchgreifende Zweifel an der Geeignetheit einer Gewahrsamnahme zur Zweckerreichung. Es ist nicht erkennbar, auf welche Weise die Gewahrsamnahme den Zweck fördern könnte, dass der Betroffene einer EAÜ dieser Anordnung Folge leistet. Solange er sich im polizeilichen Gewahrsam befindet, ist sein Aufenthaltsort bekannt und die EAÜ nicht erforderlich. Im Vergleich wird durch eine Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit nach dem bisherigen Katalog des Art. 17 PAG unmittelbar die jeweilige Gefahr beseitigt und damit der Zweck der Maßnahme erreicht. Dogmatisch schlüssiger wäre es daher, es beim bisherigen Katalog des Art. 17 Abs. 1 PAG zu belassen und den Gewahrsam grundsätzlich einschränkend als subsidiäres Mittel gegenüber der weniger eingriffsintensiven EAÜ auszugestalten.

- b. Wäre, ggf. auch zusätzlich, die Einführung eines landesrechtlichen Straftatbestands (auf Grund Art. 3 Abs. 1 EGStGB beschränkt auf maximal 2 Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe) oder zumindest eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes erforderlich?**

⁷³ BVerfGE NJW 1999, 2231 ff.

⁷⁴ Dass Anknüpfungspunkt für die Gewahrsamnahme nicht das Bestehen einer konkreten Gefahr für ein erhebliches Rechtsgut, sondern (nur) der Ungehorsam der betroffenen Person ist, wird besonders deutlich, wenn als Anordnungsgrund für eine EAÜ nur auf eine „drohende Gefahr“ i. S. d. Art. 11 Abs. 3 PAG-E abgestellt wird.

Antwort:

Gegen die Einführung eines solchen, die Anordnung absichernden, Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestands, der – wie jede Strafdrohung – eine verhaltenssteuernde Wirkung von Sanktionsnormen unterlegt, bestehen grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Einwände. Der Gesetzgeber verfügt bei der Schaffung von Sanktionsnormen über einen besonders weiten Spielraum gerade mit Blick auf deren Geeignetheit und Erforderlichkeit.⁷⁵ Da Strafnormen über das bloße Verbotensein einer Handlung und ihre Bestrafung hinaus ein sozial-ethisches Unwerturteil vermitteln⁷⁶, handelt es sich bei ihrem Einsatz als Steuerungsinstrument allerdings stets um einen besonders schwer wiegenden Eingriff.⁷⁷ Dieser wirkt auf die Verhältnismäßigkeit der EAÜ zurück. Wird der Verstoß gegen eine EAÜ-Anordnung strafrechtlich oder ordnungswidrigkeitsrechtlich sanktioniert, sind an ihre Legitimierung nochmals höhere Anforderungen zu stellen. Zudem eröffnet eine derartige straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtliche Absicherung für Betroffene die Möglichkeit, auch ohne Erschöpfung des Rechtswegs gegen die EAÜ mit der Verfassungsbeschwerde vorzugehen.⁷⁸

- c. Wie beurteilen Sie im Falle eines an Stelle des zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E tretenden landesrechtlichen Straftatbestandes dessen etwaige Effektivität zur Abwehr greifbarer Gefahrenlagen in Anbetracht des in Ziff. 4b) genannten möglichen Strafrahmens und der gerade bei Ersttätern zu erwartenden Strafen, aber auch der strengen materiellen Voraussetzungen der strafprozessualen Untersuchungshaft?**

Antwort:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach der dargestellten Konzeption eines solchen Straftatbestands dieser nicht der „Abwehr greifbarer Gefahrenlagen“ dient, sondern der Sanktionierung des Ungehorsams gegen die EAÜ-Anordnung. Insoweit käme einem derartigen Straftatbestand dieselbe Wirkung im Sinne einer negativen Spezial- und Generalprävention (Abschreckungsfunktion von Strafen⁷⁹) zu, wie anderen Straftatbeständen auch. Die Höhe der abstrakten Strafdrohung dürfte hier für die präventive Wirkung nicht entscheidend sein. Vor allem aber ist die Höhe der abstrakten Strafdrohung nicht ins Belieben des Gesetzgebers gestellt. Maßstab hierfür ist der Schuldgrundsatz. Der abstrakte Strafrahmen muss die Verhängung einer schuldangemessenen Strafe ermöglichen.⁸⁰ Angesichts der Tatsache, dass hier lediglich Ordnungsunrecht sanktioniert werden soll, erschiene ein Strafrahmen von Geldstrafe bis Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren als angemessen und ausreichend.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 90, 145, 196, 198; 120, 224, 250.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 140, 317, 345 f. m. w. N.

⁷⁷ Die Frage, inwieweit der Gesetzgeber einer Funktion des Strafrechts als „ultima ratio“ Rechnung tragen muss, ist sehr umstritten, vgl. dazu etwa Gärditz, JZ 2016, 641; Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969; Hamm, NJW 2016, 1537; Frisch, NStZ 2016, 16; Bittmann, NStZ 2016, 249. Das BVerfG selbst hat sich mehrfach im Sinne eines ultima ratio-Prinzips ausgesprochen (vgl. BVerfGE 88, 203, 258; 96, 10, 25; 96, 245, 249; 120, 224, 240; 123, 267, 408), ohne aber auf dieser Grundlage zur Verfassungswidrigkeit einer Strafnorm zu gelangen.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 20, 283, 290; 46, 246, 256; 81, 70, 82 f.; 97, 157, 165 f.; BVerfG, MMR 2009, 577.

⁷⁹ Zur verfassungsrechtlichen Einordnung der verschiedenen Strafzwecke näher BVerfGE 109, 190, 212 ff.

⁸⁰ BVerfGE 50, 205, 215; 73, 206, 254; 120, 240, 253 f. m. w. N.

Soweit mit dem Straftatbestand darüber hinausgehend auch mittelbar die Abwehr anderer konkreter Gefahren beabsichtigt ist, erscheint der Zurechnungszusammenhang aufgrund der zur Geeignetheit der EAÜ dargestellten Gesichtspunkte (oben II.3.a.) sehr lose.

Die Anordnung von Untersuchungshaft kann nicht zu dem Zweck der „Abwehr greifbarer Gefahrenlagen“ erfolgen. Sie hat grundsätzlich verfahrenssichernde Funktion. Soweit davon in § 112a StPO eine – dogmatisch umstrittene – Ausnahme gemacht wird, bezieht sich diese ausschließlich auf mit hoher Wahrscheinlichkeit wiederholt drohende enumerativ aufgelistete Straftaten von besonderem Gewicht oder erfahrungsgemäß hoher Frequenz. Die einen Verstoß gegen eine EAÜ-Anordnung sanktionierende Strafnorm kann wegen ihrer geringen Schwere in diesen Katalog nicht eingefügt werden.

5. Zu den Ergänzungen und Änderungen bei der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 sowie Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E:

- a. Wie beurteilen Sie die Einfügung eines zusätzlichen Gewahrsamnahmetatbestandes für Fälle der konkreten Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E, insbesondere hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit (auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR) und die Praktikabilität? Wäre auch ein Gewahrsamnahmetatbestand für Fälle einer drohenden Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter verfassungsgemäß?**

Antwort:

Die polizeiliche Gewahrsamnahme nach Art. 17 PAG greift in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ein. Zu dem hohen Rang dieses Grundrechts wird auf die Ausführungen unter II.2.a. Bezug genommen. Bei der durch den Gesetzentwurf beabsichtigten Einfügung der Gewahrsamnahme zur Abwehr einer Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes Rechtsgut handelt es sich um eine Form des Unterbindungsgewahrsams. Nach der jüngeren Rechtsprechung des EGMR erlaubt Art. 5 Abs. 1 Buchst. c Alt. 2 EMRK den Unterbindungsgewahrsam als „Mittel zur Verhütung einer insbesondere nach Ort und Zeit ihrer Begehung und ihres Opfers konkreten und bestimmten Straftat.“ Die Vorschrift gestatte hingegen „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.“⁸¹ Die bloße Abwehr einer Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut ist danach nicht ausreichend, um den Unterbindungsgewahrsam zu legitimieren. Vielmehr muss es sich um eine qualifizierte Gefahr dergestalt handeln, dass eine konkrete Straftat oder jedenfalls – so die Auslegung deutscher Gerichte – eine konkrete Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung⁸² akut droht.⁸³ Diese Voraussetzung erfüllt Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E – im Gegensatz zu Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG, der, wie die entsprechen-

⁸¹ EGMR, NVwZ 2014, 43, 44 m. w. N.

⁸² BayVerfGH, BayVBl. 1990, 658 f.; SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1424 f.; *Rachor* in: Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil E Rn. 510 m. w. N. zur fachgerichtlichen Rechtsprechung.

⁸³ Vgl. *Rachor* in: Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil E Rn. 511: Es müssen „im konkreten Fall nachvollziehbare Tatsachen vorliegen, auf welche die Prognose, dass der Schaden sofort oder in allernächster Zeit eintritt, gestützt werden kann.“

den Vorschriften in anderen Bundesländern⁸⁴, das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr in Gestalt einer „unmittelbar bevorstehenden“ Straftat voraussetzt – nicht.

Verfassungsrechtliche Bedenken ergeben sich ferner unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten: Daraus, dass die Gefahr ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 PAG-E bezeichnetes bedeutendes Rechtsgut betrifft, folgt nicht, dass es sich auch um eine erhebliche Beeinträchtigung für das Rechtsgut handeln muss. Die Vorschrift legitimiert daher auch die Freiheitsentziehungen bei lediglich geringfügigen Gefahren für bedeutende Rechtsgüter. Da die Vorschrift nicht an die qualifizierte Gefahr bevorstehender Straftaten anknüpft, muss die drohende Rechtsgutverletzung nicht einmal die Schwelle der Strafwürdigkeit oder der Qualifizierung als Ordnungswidrigkeit erreicht haben. Eine Gefahr für die öffentliche Ordnung reicht aus. So könnten z. B. Personen, die – nicht strafbar, da eigenverantwortlich – an einer Kampfsport-Veranstaltung teilnehmen, welche gegen die geltenden sittlichen Vorstellungen verstößt, wegen Gefährdung des Rechtsguts Gesundheit (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG-E) in Gewahrsam genommen werden. Dasselbe gilt für Personen, die – nicht strafbar – Betäubungsmittel konsumieren oder auch – mit Blick auf das Rechtsgut Leben – für Personen, die – nicht strafbar – Beihilfe zum Suizid leisten. Sachbeschädigungen, deren – nicht strafbare – fahrlässige Begehung droht, könnten unter Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG-E gleichfalls die Gewahrsamnahme legitimieren. Da der Bestand an ungeschriebenen Normen der öffentlichen Ordnung äußerst unbestimmt ist, erscheint eine auf ihre drohende Verletzung gestützte Freiheitsentziehung eklatant unverhältnismäßig. Die Einhegung durch die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 PAG-E bezeichneten Rechtsgüter mildert diesen Befund – wie die genannten Beispiele zeigen – nur unzureichend ab.

Nach den vom EGMR entwickelten Maßstäben würde die Anordnung eines Unterbindungsgewahrsams im Falle einer lediglich „drohenden Gefahr“ erst recht nicht der Anforderung einer „konkreten und bestimmten Straftat“ genügen. Die Anordnung von Gewahrsam im Gefahrenvorfeld ist nach diesen Maßstäben ausgeschlossen. In hohem Maße bedenklich erscheint insofern, dass der Gewahrsam nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG-E auch angeordnet werden kann, wenn er der Durchsetzung einer Anordnung nach Art. 16 oder 32a PAG-E dient, da diese Maßnahmen wiederum eine lediglich „drohenden Gefahr“ voraussetzen. Dies bedeutet, dass auch die Anordnung von Präventivgewahrsam bei einer lediglich drohenden Gefahr zulässig ist. Die Weigerung, z. B. einer Anordnung nach Art. 32a PAG-E Folge zu leisten, kann dabei auch nicht generell als Anhaltspunkt für eine dadurch erfolgte Konkretisierung der Gefahr gewertet werden. So ist es etwa ohne weiteres denkbar, dass eine von einer solchen Anordnung betroffene Person sich dieser gerade deshalb widersetzt, weil sie zu Unrecht verdächtigt wird. Die Unsicherheit der Prognose im Gefahrenvorfeld wirkt sich mithin, sofern nicht andere, außerhalb der EAÜ-Anordnung als solcher liegende Tatsachen hinzutreten, unvermindert auf die spätere Gewahrsamnahme aus. Die Anordnung von Präventivgewahrsam im Gefahrenvorfeld ist als eindeutig verfassungswidrig zu bewerten. Im Übrigen hat die Anordnung nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E einen dezidiert repressiven Zuschnitt, denn sie sanktioniert die Nichtbefolgung einer Anordnung nach Art. 32a PAG-E. Auf welche Weise hierdurch eine Gefahr abgewehrt werden soll, ist nicht erkennbar (vgl.

⁸⁴ Vgl. *Rachor*, in Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil E Rn. 505 f. m. w. N.

erg. oben zu II.3.a. und II.4.a.). Der Maßnahme fehlt es insoweit zusätzlich an der Geeignetheit.

Im Übrigen drängen sich Gesichtspunkte der Praktikabilität, die gegen den Präventivgewahrsam sprechen, nicht auf. Die Gewahrsamnahme stellt hinsichtlich der anderen Anordnungsalternativen grundsätzlich eine wirkungsvolle Maßnahme zur Abwehr der von bestimmten Personen drohenden Gefahren dar. Mit dem zu erwartenden deutlichen Anstieg der Zahl und Dauer (vgl. Art. 20 Nr. 3 S. 2 PAG-E) von Gewahrsamnahmen müssten freilich die Vollzugsmöglichkeiten entsprechend erhöht werden. Dies wird voraussichtlich – hier nicht bezifferbare – hohe finanzielle Aufwendungen erforderlich machen.

b. Wie bewerten Sie die an Stelle einer absoluten gesetzlichen Obergrenze für eine Gewahrsamnahme tretende Begrenzung auf drei Monate mit jeweils entsprechender Verlängerungsmöglichkeit in Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E?

Antwort:

Ein nach dem Gesetzentwurf letzten Endes zeitlich unbegrenzter⁸⁵ präventiv-polizeilicher Gewahrsam begegnet mit Blick auf den hohen Rang des Freiheitsgrundrechts der betroffenen Person, auch in seinem Menschenwürdegehalt, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das deutsche Recht kennt zwar im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung präventiv angelegte Freiheitsentziehungen ohne absolute Höchstdauer (§ 63 StGB: Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; §§ 66, 66a, 66b StGB: Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Unterbringung nach ThUG). Diese Maßnahmen, bei denen es sich um die schwersten Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht handelt, die das deutsche Recht vorsieht, unterliegen jedoch von Verfassung wegen äußerst strengen sowohl materiellen als auch prozessualen Anforderungen. So ist nach den vom BVerfG entwickelten Maßstäben die Verhältnismäßigkeit der Sicherungsverwahrung in der Regel nur unter der Voraussetzung gewahrt, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.⁸⁶ Dabei haben die Fachgerichte neben der Gefahrprognose, an deren Prüfung hohe Anforderungen gestellt werden⁸⁷, die Möglichkeiten milderer Maßnahmen, namentlich der Führungsaufsicht, auszuloten und sich damit auseinanderzusetzen, ob und inwieweit der Gefährlichkeitsgrad des Betroffenen hierüber reduziert werden kann.⁸⁸ Maßnahmen der nachträglichen Sicherungsverwahrung, durch die schutzwürdiges Vertrauen des Verurteilten in die Wiedererlangung seiner Freiheit beeinträchtigt wird, sind nur zum Schutz *höchster* Verfassungsgüter zulässig,

⁸⁵ Soweit die Entwurfsbegründung etwas missverständlich hervorhebt, durch den Verweis auf § 425 Abs. 1 FamFG sei „sichergestellt, dass (...) eine bestimmte Höchstdauer keinesfalls überschritten werden darf“ (BayLT-Drs. 17/16299, S. 13), betrifft das nur die Höchstdauer der jeweiligen Anordnung. Insofern wird § 425 Abs. 1 FamFG durch Art. 20 Nr. 3 S. 2 PAG-E modifiziert, ohne dass aber eine absolute Höchstdauer festgelegt würde.

⁸⁶ BVerfGE 128, 326, 406; 131, 268, 286; 133, 40, 51.

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 109, 133, 158 ff., 164 ff.; 128, 326, 373; 131, 268, 293 ff., 308; dies gilt auch und gerade für die in jüngerer Zeit vom BVerfG vielfach beanstandeten Anordnungen der Fortdauer von Unterbringungen im Maßregelvollzug, vgl. zuletzt etwa BVerfG NJW 2013, 3228 (Fall Mollath); BVerfG NJW 2014, 3294; BVerfG NStZ-RR 2015, 59; BVerfG RuP 2015, 100; BVerfG NStZ-RR 2016, 389; BVerfG, Beschl. v. 16.11.2016 – 2 BvR 1739/14.

⁸⁸ BVerfGE 128, 326, 408; 129, 37, 46; 133, 40, 51.

d. h. wenn eine *hochgradige* Gefahr *schwerster* Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist *und* die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK erfüllt sind.⁸⁹ In sog. „Altfällen“ – bei denen die tatgerichtliche Verurteilung vor der Einführung der Maßregel der nachträglichen Sicherungsverwahrung durch das Gesetz vom 23.7.2004⁹⁰ liegt bzw. vor dem Inkrafttreten der rückwirkenden Verlängerung der Zehnjahresfrist gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1 durch das Gesetz vom 26.1.1998⁹¹ – wird dieser Vertrauensschutz noch durch die Wertungen von Art. 5 und Art. 7 EMRK verstärkt. Dort nähert sich das Gewicht des Vertrauens sogar einem absoluten Vertrauensschutz an, weshalb für eine Anordnung zusätzlich erforderlich ist, dass der Betroffene an einer psychischen Störung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG leidet.⁹²

Gemessen an diesen verfassungsrechtlichen Orientierungslinien genügt die Ausweitung des Präventivgewahrsams nach Art. 17 und 20 PAG-E nicht annähernd dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dabei ist zu berücksichtigen, dass präventive Unterbringungen im Maßregelvollzug schon im Ausgang eine strafrechtliche Verurteilung voraussetzen, die entweder schwere Delikte betrifft oder zu der eine in einem aufwändigen forensischen Verfahren festgestellte krankhafte seelische Störung, tiefgreifende Bewusstseinsstörung oder schwere seelische Abartigkeit des Betroffenen hinzutreten muss. Hinzu kommt dort eine Gefahrprognose i. S. e. hohen Wahrscheinlichkeit künftiger erheblicher Straftaten, durch welche Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. All diese Voraussetzungen sind beim polizeilichen Gewahrsam in seiner bisherigen Ausgestaltung nicht erforderlich. Dieser ist seiner Natur nach – auch aufgrund der Begrenztheit der Prognosemöglichkeiten im Hinblick auf eine unmittelbar bevorstehende Gefahr – vielmehr auf eine akute, reaktionsschnelle Gefahrintervention angelegt und deshalb auf einen vergleichsweise eher kurzzeitigen Einsatz beschränkt.⁹³ Dieses Gepräge weitet der Gesetzentwurf aus, indem er schon auf der Ebene der materiellen Anordnungsvoraussetzungen gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E eine einfache Gefahr für bestimmte Rechtsgüter genügen lässt. In prozessualer Hinsicht fehlt es ferner an einer zwingenden Überprüfung der Anordnung durch ein übergeordnetes Gericht und erhöhten Anforderungen an die Fortdauer der Freiheitsentziehung nach Ablauf einer bestimmten Zeit. Indem Art. 17 und 20 PAG-E die Niedrigschwelligkeit des polizeilichen Gewahrsams mit einer über einen nur kurzzeitigen Einsatz der Maßnahme hinausreichenden Anordnungsdauer bei gleichzeitigem Fehlen prozessualer Sicherungen verknüpfen, verletzen sie zweifellos in unverhältnismäßiger Weise das Freiheitsgrundrecht Betroffener. Die beabsichtigten Regelungen sind insofern auch nicht mit den landesgesetzlichen Vorschriften vergleichbar, die keine absolute zeitliche Höchstgrenze für eine gerichtliche Anordnung des Präventivgewahrsams vorsehen (§ 18 Abs. 1 BremPolG, § 204 Abs. 5 LVwG SH). Beide Gesetze erlauben die Anordnung von Präventivgewahrsam nur auf der Grundlage höherer materieller Anordnungsvoraussetzungen als Art. 17 PAG-E. Außerdem führt erfahrungsgemäß gerade die gesetzliche Festlegung einer relativen Höchstdauer wie in Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG-E dazu, dass diese Dauer in der Praxis auch ausgenutzt wird (vgl. etwa bei § 100b Abs. 1 S. 4 oder §

⁸⁹ BVerfGE 129, 37, 47; 133, 40, 51.

⁹⁰ BGBl. I, S. 1838.

⁹¹ BGBl. I, S. 160.

⁹² BVerfGE 128, 326, 388 ff., 405 ff.; 129, 37, 46 f.; 133, 40, 50 ff., 56.

⁹³ BVerfG, EuGRZ 1997, 374; *Rachor* in: Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil E Rn. 571.

100d Abs. 1 S. 4 StPO). Orientierungspunkt für die gerichtliche Entscheidung nach BremPolG und LVwG SH ist hingegen die durch die materiellen Anordnungsvoraussetzungen determinierte kurzfristige Natur des Gewahrsams.

Die bislang vorgesehene – verfassungsgemäße⁹⁴ – Höchstdauer von zwei Wochen erscheint gleichwohl verfassungsrechtlich nicht als äußerste Obergrenze, wie sich aus dem Vergleich mit anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen mit präventivem Charakter, die eine Höchstdauer vorsehen, erschließt (vgl. §§ 112a, 122a StPO, § 62 Abs. 4 AufenthG, auch i. V. m. § 15 Abs. 5 AufenthG).⁹⁵ Voraussetzung einer Anhebung der zulässigen (absoluten) Höchstdauer wäre allerdings eine entsprechend enge verfahrensrechtliche Ausgestaltung hinsichtlich Subsidiarität und Kontrolle der Maßnahme und ihre Anbindung an deutlich höhere materielle Anforderungen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit einer drohenden Rechtsgutverletzung, der Bedeutung des Rechtsguts und des Grads seiner drohenden Verletzung. Vor dem Hintergrund, dass die vergleichsweise moderate Anhebung der Höchstdauer auf 14 Tage durch das Änderungsgesetz vom 23.03.1989⁹⁶ zu erheblichen rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Kontroversen geführt hatte⁹⁷, irritiert die Selbstverständlichkeit, mit der die Entwurfsverfasser die Anordnungsdauer nun auf drei Monate bei unbegrenzten Verlängerungsmöglichkeiten erhöhen wollen, ohne die verfassungsrechtlichen Implikationen dieses Vorhabens auch nur zu thematisieren.

6. Zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung für die präventivpolizeiliche Maßnahme der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) nach Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. Art. 34c PAG-E:

- a. Erfüllt die Regelung des Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. den Regelungen des Art. 34c PAG-E die verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere die das BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.4.2016 (Rn. 228 ff., 234) aufgestellt hat? Wenn nein, wo sehen Sie die verfassungsrechtlichen Defizite?**

Antwort:

Die explizite Regelung der Quellen-Telekommunikationsüberwachung ist aus Gründen der Rechtsanwendungssicherheit zu begrüßen. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bestehen nicht.

⁹⁴ BayVerfGH, BayVBl. 1990, 688 ff. = NVwZ 1991, 664 ff.; SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423 = NVwZ 1996, 784; die Auffassung von *Schmidbauer/Steiner*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 19, die Höchstgrenze sei verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber dadurch das Untermaßverbot verletze, verkennt, dass der Gesetzgeber über einen weiten Spielraum verfügt, auf welche Weise er seiner Schutzpflicht nachkommen möchte. Mit den bestehenden Eingriffsbefugnissen des PAG genügt der Gesetzgeber zweifellos den Anforderungen des Untermaßverbots.

⁹⁵ Zur – nicht gesetzlich geregelten – zulässigen Dauer von Auslieferungshaft vgl. BVerfGE 61, 28, 34 f.

⁹⁶ GVBl. S. 79.

⁹⁷ Vgl. *Beckstein*, ZRP 1989, 287 ff.; *Blankenagel*, DÖV 1989, 659 ff.; *Hirsch*, ZRP 1989, 81 ff.; *Jahn*, DVBl. 1989, 1038 ff.; *Knemeyer*, NVwZ 1990, 138 ff.; *Niethammer*, BayVBl. 1989, 449 ff.; *Schmitt-Glaeser*, BayVBl. 1989, 129 ff.

- b. Halten Sie es für geboten, dass der Gesetzgeber - obwohl die Quellen-TKÜ nach Art. 34a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 PAG-E nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung und Aufzeichnung auf die laufende Telekommunikation erlaubt ist - wegen des für die Quellen-TKÜ erforderlichen Zugriffs auf das informationstechnische System der betroffenen Person, eine Unterrichtungspflicht der Staatsregierung an den Landtag vergleichbar der Unterrichtung über die Datenerhebung aus dem verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme nach Art. 34d Abs. 8 PAG normiert?**

Antwort:

Eine derartige Berichtspflicht dürfte – obwohl sie nicht, wie bei Eingriffen in das Wohnungsgrundrecht durch technische Überwachungsmaßnahmen (vgl. Art. 13 Abs. 6 GG) unmittelbar dem Grundgesetz entnommen werden kann – nach der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG von Verfassung wegen geboten sein.⁹⁸ Jedenfalls erscheint sie zur Gewährleistung des gesetzgeberischen Folgenbeobachtungsauftrags⁹⁹ und zur Unterrichtung der Öffentlichkeit über das Ausmaß derartiger Eingriffe sinnvoll und wünschenswert.¹⁰⁰

7. Zur Wiedereinführung einer zweimonatigen Höchstspeicherfrist bei offenen Bild- und Tonaufzeichnungen in Art. 32 PAG sowie Art. 21a BayDSG:
- a. Wie beurteilen Sie die Ausweitung der Speicherfristen für die offene Videografie im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Gefahrenabwehr, Straftatenverhütung und im Einzelfall auch -verfolgung?**

Antwort:

Welchem „praktischen Bedürfnis“¹⁰¹ eine Ausweitung der Speicherfristen diene, wird in der Entwurfsbegründung nicht näher dargelegt. Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung von personenbezogenen Daten – um die es sich bei entsprechenden Videoaufzeichnungen zweifellos handelt – ist die Datenverwendung grundsätzlich auf den Zweck beschränkt, dem ihre Erhebung dient.¹⁰² Gelegenheit, Zweck, Art und Ausmaß der Informationserhebung und -verwendung müssen gesetzlich präzise festgelegt werden.¹⁰³ Maßnahmen nach Art. 32 PAG dienen unter anderem dem Schutz vor Begehung von Straftaten. Potenzielle Straftäter sollen durch die sichtbare Videoüberwachung davon abgeschreckt werden, Straftaten zu begehen, weil sie aufgrund der Aufzeichnung ein höheres Entdeckungs- und Überführungsrisiko befürchten müssen. Durch die Aufzeichnung wird zugleich Vorsorge für

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 133, 277, 372; 141, 220, 285 f., 319 f.

⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 13/8650, S. 5; BVerfGE 109, 279, 373.

¹⁰⁰ Vgl. allgemein Schwabenbauer, (Fn. 9), S. 363.

¹⁰¹ BayLT-Drs. 17/16299, S. 13.

¹⁰² BVerfGE 65, 1, 46; 125, 260, 325 ff.

¹⁰³ BVerfGE 120, 378, 409; BVerfG NVwZ 2007, 688, 690 m. w. N.

eine spätere Strafverfolgung betrieben. Außerdem können durch die Überwachung akut Angriffe bemerkt und abgewehrt werden.¹⁰⁴

Soweit der (nach verbreiteter Ansicht hauptsächlich¹⁰⁵) Zweck dahin geht, die spätere Strafverfolgung zu ermöglichen, unterliegen die Daten nach Art. 32 Abs. 4 PAG ohnehin keiner Beschränkung der Speicherdauer. Die Abschreckungswirkung der Aufzeichnung und die Möglichkeit, akute Gefahren zu bemerken und abzuwehren, werden durch die längere Speicherfrist hingegen nicht verbessert, da die Gefahrensituation bereits beendet ist. Soweit ein denkbarer Verwendungszweck die Vorbereitung künftiger Polizeieinsätze oder Schulungszwecke betreffen könnte, geht dies erkennbar über den Zweck der Datenerhebung hinaus und bedürfte einer besonderen Rechtfertigung und Ermächtigung. Angesichts der hohen Eingriffsintensität der Maßnahme, die in weitem Umfang auch Personen betrifft, die für die Datenerhebung keinen Anlass gesetzt haben (Art. 32 Abs. 2 und 3 PAG), können solche Zwecke die weitere Speicherung, die im Vergleich zur bloßen Videobeobachtung und -aufzeichnung den intensiveren Grundrechtseingriff darstellen dürfte¹⁰⁶, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht legitimieren.

Vor diesem Hintergrund kann eine Speicherdauer verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, die im Nachgang der Aufzeichnungen eine Auswertung zu Zwecken der Strafverfolgung ermöglicht. Mit der in Art. 32 Abs. 4 PAG vorgesehenen Ausnahme („soweit diese nicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung oder Straftaten benötigt werden“) ist diese Möglichkeit gegeben. Im Übrigen sind entsprechende Daten unverzüglich zu löschen.¹⁰⁷

b. Ist das gewählte Modell einer Höchstspeicherfrist (gegenüber beispielsweise dem Modell einer verpflichtenden Regelspeicherfrist) für diese Zwecke geeignet und die gewählte Höchstspeicherfrist von zwei Monaten hierfür auch ausreichend?

Antwort:

Da die mit der Anhebung der Frist verfolgten praktischen Belange nicht bekannt sind, wird von einer Beantwortung der Frage abgesehen. Die Festlegung von Höchstspeicherfristen ist ein üblicher Standard bei datenschutzrechtlichen Vorschriften.

¹⁰⁴ Pewestorf/Söllner/Tölle, (Fn. 18), § 24 ASOG Bln Rn. 2, § 24a ASOG Bln Rn. 4; Vahle, NVwZ 2001, 165 ff.; VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498 f.

¹⁰⁵ So Zöllner, NVwZ 2005, 1235 ff.; Roggan, NVwZ 2001, 134, 138 f.; Petri, in: Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil G Rn. 195, der dogmatisch überzeugend zwischen der Videobeobachtung (präventiv) und -aufzeichnung (repräsentativ, Strafverfolgungsvorsorge) differenziert.

¹⁰⁶ So auch Pewestorf/Söllner/Tölle, (Fn. 18), § 24 ASOG Bln Rn. 3.

¹⁰⁷ Vgl. § 24a Abs. 3 ASOG Bln; § 27 Abs. 5 S. 2 POG RP; Petri, in: Lisken/Denninger, (Fn. 8), Teil G Rn. 206 weist zutreffend darauf hin, dass es sich bei den in den jeweiligen Landesgesetzen sehr unterschiedlich ausgestalteten Fristen um Höchstfristen handle und die Aufzeichnungen *unverzüglich* zu löschen seien, wenn der Zweck der Bildaufzeichnungen zuvor erreicht worden sei oder nicht mehr erreicht werden könne.

III. Schlussbemerkung

Zusammenfassend würden die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigten Änderungen zu einer erheblichen Ausweitung polizeilicher Befugnisse führen. Mit der Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ würde das Polizeirecht weiter in das Gefahrenvorfeld und in den Aufgabenbereich der Nachrichtendienste hinein entgrenzt. Damit würde nicht nur eine seit längerem zu beobachtende Entwicklung der „Vernachrichtendienstlichung der Polizei“¹⁰⁸ fortgesetzt, sondern das Polizeirecht substantziell von dem bislang zentralen konstitutiven und die Befugnisse der Polizei limitierenden Konzept der Gefahr emanzipiert. Von einer lediglich „moderaten Arrondierung“¹⁰⁹ des Gefahrbegriffs kann bei näherer Betrachtung keine Rede sein. Zugleich beabsichtigt der Gesetzentwurf bei einzelnen Befugnissen erhebliche und verfassungsrechtlich in hohem Maße bedenkliche Ausweitungen. So soll die Polizei aus eigener Machtvollkommenheit bis zu sechsmonatige Kontaktverbote, Aufenthaltsverbote und Aufenthaltsgebote auch gegen Nicht-Störer anordnen dürfen. Mit der zuletzt genannten Maßnahme könnte ohne richterliche Anordnung in das Freiheitsgrundrecht eingegriffen werden. Die Anbindung des Präventivgewahrsams an das Vorliegen einer einfachen Gefahr und an das Nichtbefolgen von Anordnungen nach Art. 16 und 32a PAG-E, soweit diese selbst nur eine „drohende Gefahr“ voraussetzen, begegnet unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten durchgreifenden Bedenken. Die Möglichkeit, Präventivgewahrsam ohne erhöhte materielle und prozessuale Anforderungen immer wieder, letzten Endes also zeitlich unbegrenzt, zu verlängern, verletzt das Freiheitsgrundrecht. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung schließlich stellt sich in der beabsichtigten weiten Ausgestaltung als unverhältnismäßig dar, namentlich auch mit Blick auf ihre Geeignetheit zur Abwehr von Gefahren.

Bei einer Gesamtbetrachtung zielt der Gesetzentwurf mit der Kombination einer Ausdehnung polizeilicher Befugnisse in das Gefahrenvorfeld und deren massiver inhaltlicher Ausweitung auf einen Paradigmenwechsel hin zu einer Polizei, die außerhalb ihrer kriminalpolizeilichen Aufgaben neben originär präventiv-polizeilichen auch über umfassende nachrichtendienstliche Befugnisse und solche mit repressivem Charakter (elektronische Aufenthaltsüberwachung, Videoaufzeichnungen) verfügt. In deutlichem Gegensatz zu diesem Entwurf einer „omnipotenten“ Polizei stehen die vom Gesetzentwurf angeführten legitimierenden Gründe. Der Entwurf begnügt sich insoweit mit wenig substanzvollen Hinweisen auf eine „nationale wie internationale Gefährdung durch verschiedene Formen des Terrorismus und Extremismus“, eine „aktuelle Terrorlage“ und „sogenannte Gefährder“.¹¹⁰ Auf der Grundlage derartiger Allgemeinplätze ist eine fundierte Abwägung zwischen den durch die Maßnahmen vermittelten Grundrechtseingriffen und den damit verfolgten öffentlichen Interessen kaum möglich. Dies verdeutlicht exemplarisch die Befugnis zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung, der eine gewisse repressive Eignung nicht abgesprochen werden kann, die aber kaum zur Aufklärung von Bedrohungslagen und Abwehr gegenwärtiger Gefahren geeignet ist. In dem der Gesetzentwurf bei der Bestimmung der jeweiligen Zwecke der Maßnahmen im Vagen bleibt, geht er der gebotenen Abwägung aus dem Weg. Entsprechend verzichtet der

¹⁰⁸ Vgl. etwa *Dietrich*, in: *Dietrich/Eiffler* (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, Teil III § 3 Rn. 8 m. w. N.; *Paeffgen*, *StV* 2002, 336; *ders.*, *GA* 2003, 647.

¹⁰⁹ *BayLT-Drs. 17/16299*, S. 9.

¹¹⁰ *BayLT-Drs. 17/16299*, S. 1, 9.

Gesetzentwurf weitgehend darauf, sich mit verfassungsrechtlichen Implikationen der beabsichtigten Änderungen auseinanderzusetzen. Verfassungsrechtliche Judikate werden nur vereinzelt in Bezug genommen, soweit sie erwünschte gestalterische Spielräume eröffnen.

Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzentwurf in seinen wesentlichen Regelungen unter einem verfassungsrechtlichen wie auch dogmatischen Blickwinkel äußerst kritisch zu bewerten. Unverzichtbare Grundlage für eine Ausweitung präventiv-polizeilicher Befugnisse wäre zunächst eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme, ob, wo und in welchem Ausmaß die gegebenen polizeilichen Handlungsspielräume defizitär sind und ob es sich ggf. lediglich um Durchführungsmängel handelt. So sollte in die gesetzgeberische Entscheidung u. a. einfließen, welche Anwendungszahlen im Einzelnen zu erwarten sind. Namentlich bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung¹¹¹ und dem Präventivgewahrsam hat diese Prognose erheblichen Einfluss auf die korrespondierend mit der Erweiterung der polizeilichen Befugnisse zu schaffenden personellen und sachlichen Ressourcen. Ein Bestreben, zur Aufklärung potenzieller Gefahrenlagen vermehrt mit hoheitlichen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld anzusetzen, ist dabei grundsätzlich nachvollziehbar und in den engen, vom BVerfG gezogenen Grenzen auch zu begrüßen. Eine derartige Aufklärung kann aber auf dem Boden der – in Bayern ohnehin weit reichenden – polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnisse schon nach geltender Rechtslage effektiv durch die Polizeien und Nachrichtendienste des Bundes und der Länder erfolgen. Das grundsätzlich komplementäre Verhältnis von Nachrichtendiensten und Polizei muss dafür nicht durchbrochen werden. Nahe liegend wäre bei einem – von den Entwurfsverfassern offenbar angenommenen – tatsächlich existierenden polizeilichen Informationsdefizit betreffend das Gefahrenvorfeld vielmehr eine Verbesserung des Informationsaustausches zwischen Polizei und Nachrichtendiensten auf operativer Ebene. Die Effizienz und Effektivität des Ressourceneinsatzes ließe sich ferner maßgeblich durch eine systematischere, leichter handhabbare Fassung ihrer Rechtsgrundlagen erhöhen. Reformbemühungen sollten in erster Linie darauf zielen, die deutsche Sicherheitsrechtsarchitektur, die generell zu komplex und undurchsichtig ist, für die Praxis anwendungsfreundlicher auszugestalten.¹¹²

München, den 12. Mai 2017

Dr. Markus Löffelmann

¹¹¹ Vgl. hierzu Antwort des Staatsministers Joachim Herrmann zur Anfrage des Abgeordneten Dr. Paul Wengert zum Plenum anlässlich der Plenarwoche in der 17. KW 2017 zur voraussichtlichen Anzahl praktischer Anwendungsfälle der EAÜ: „Der EAÜ kommt potentiell in einer Vielzahl von dynamischen polizeilichen Sachverhalten eine Bedeutung zu. Die Erwägung und ggf. Beantragung dieser Maßnahme wird nach Inkrafttreten der vorgesehenen Befugnisnorm insofern den örtlich zuständigen Polizeipräsidien obliegen, die sich stets am konkreten Einzelfall orientieren werden müssen. Prognostische Schätzungen über das etwaige Fallkaufkommen liegen daher nicht vor.“

¹¹² Vgl. zu darauf zielenden Formaten auf Bundesebene etwa die Veranstaltungsreihe von BMI und Bundeskanzleramt „Nachrichtendienste im Rechtsstaat“; zu aktuellen Ansätzen der Entwicklung einer neuen Polizeirechtsdogmatik *Baldus*, Die Verwaltung (47) 2014, 1, 16 ff. m. w. N., der dafür plädiert, bei einer Neukonzeption an dem zentralen Begriff der Gefahrenabwehr festzuhalten.