

An den Vorsitzenden des Ausschusses
für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport,
MdL Dr. Florian Herrmann
Maximilianeum
81627 München

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Medizinrecht und Rechtsphilosophie
[Juristische Fakultät](#)

Universitätsstraße 24
86159 Augsburg

Telefon +49 (0) 821 598 – 4970
Telefax +49 (0) 821 598 – 14 4970

Josef.Lindner@jura.uni-augsburg.de
www.jura.uni-augsburg.de

Augsburg, den 11. Mai 2017

Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtags zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299) am 17. Mai 2017

hier: schriftliche Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Einladung zu der o.g. Anhörung darf ich herzlich danken. Ich leiste ihr gerne Folge. Zu dem mit Schreiben vom 19.4.2017 übermittelten Fragenkatalog darf ich bereits vorab nachfolgend schriftlich Stellung nehmen. Die Stellungnahme beschränkt sich auf eine verfassungsrechtliche Perspektive und blendet Aspekte der Zweckmäßigkeit des Gesetzentwurfes ebenso aus wie das Problem der Praxistauglichkeit, das in einigen Fragen ausgeworfen wird. Dazu kann der Unterzeichner aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht kompetent Stellung beziehen. Allgemein sei lediglich bemerkt, dass eine eventuelle Praxisuntauglichkeit einer Norm, die freilich nicht einfach unterstellt werden dürfte, sondern sich erst in der Anwendungspraxis herausstellen müsste, allein nicht zu

deren Verfassungswidrigkeit führt. Erweist sich eine Norm in der polizeilichen Arbeit als nicht praxisgerecht, so läuft sie leer, findet also keine Anwendung, ist aber nicht allein deswegen verfassungswidrig.

1. Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ (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?

Die Beantwortung dieser Frage setzt vorab einige grundlegende Ausführungen zu Funktion und Begriff der „Gefahr“ im Sinne des Polizeirechts voraus. Wichtigstes Element eines rechtsstaatlichen und grundrechtsadäquaten Polizeirechts ist eine strenge gesetzliche Bindung des polizeilichen Zugriffs auf Rechtsgüter des Einzelnen. Polizeiliche Maßnahmen, die in Grundrechte des Adressaten eingreifen, dürfen nur nach Maßgabe von gesetzlichen Befugnisnormen erfolgen, die auf die Verhinderung oder Beseitigung von Schäden für Rechtsgüter gerichtet sind. Dabei fordert der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt, dass polizeiliche Eingriffsmaßnahmen grundsätzlich nur dann in Betracht kommen, wenn eine hinreichende Eingriffsschwelle überschritten ist. Das in der rechtsstaatlichen Polizeirechtsdogmatik maßgebliche Kriterium dafür ist das der „Gefahr“. Erst wenn sich aus den tatsächlichen Umständen eine Situation ergibt, die man als „Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bezeichnen kann, ist die Eingriffsschwelle gegeben, bei der die Polizei mit eingreifenden Maßnahmen tätig werden darf.

Hierfür genügt nicht bereits, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung stets Schäden drohen können. Es genügt auch nicht, dass die Polizei lediglich der Auffassung ist, es drohte ein Schaden für ein Rechtsgut. Nach der rechtsstaatlichen Polizeirechtsdogmatik, die auch den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder zugrunde liegt, meint „Gefahr“ grundsätzlich die im einzelnen Fall bestehende (Art. 11 Abs. 1 PAG), die „konkrete“ Gefahr. Eine solche liegt dann vor, wenn eine Sachlage gegeben ist, „die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer

Verletzung eines polizeilichen Schutzguts führt“.¹ Bei manchen, zumal gewichtigeren Eingriffsbefugnissen ist die Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr weiter erhöht im Sinne einer dringenden², gegenwärtigen³ oder gegenwärtigen erheblichen⁴ oder unmittelbar bevorstehenden Gefahr⁵. In solchen Konstellationen einer verschärften sicherheitsrechtlichen Lage ist die konkrete Gefahr dadurch gekennzeichnet, dass entweder das bedrohte Rechtsgut besonders hochwertig, die zeitliche Nähe des Schadenseintritts reduziert oder beides der Fall ist.

Demgegenüber reicht die nur „allgemein bestehende“ Gefahr, man spricht insofern auch von „abstrakter“ Gefahr, grundsätzlich nicht aus, um Eingriffe der Polizei in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter des Adressaten im Einzelfall rechtfertigen zu können. Zwar eröffnet die allgemeine oder abstrakte Gefahr insofern den polizeilichen Aufgabenbereich der Polizei (Art. 2 Abs. 1 PAG)⁶, als diese schlicht hoheitlich tätig werden darf. Es ist ihr aber versagt, Maßnahmen zu ergreifen, die die Grundrechte des Einzelnen beeinträchtigen. Bei der abstrakten Gefahr existiert die Sachlage, die das Wahrscheinlichkeitsurteil trägt, es werde zur Beeinträchtigung eines Schutzgutes kommen, nicht aufgrund tatsächlicher Umstände (wie bei der konkreten Gefahr), sondern nur in der Vorstellung.⁷ Die abstrakte Gefahr ist eine lediglich gedachte Gefahr. Sie wird nicht aufgrund einer aktuell bestehenden Lebenswirklichkeit angenommen, ist also von einer entsprechenden tatsächlichen Situation losgelöst, abstrahiert. Die – gedankliche – Grundlage einer abstrakten Gefahr kann einmal ausschließlich die allgemeine Lebenserfahrung sein, zum anderen aber auch ein bereits bestehender Sachverhalt, der sich indes noch nicht hinreichend konkretisiert hat.

In dieses Schema⁸ aus abstrakter und konkreter Gefahr fügt sich die nunmehr in Art. 11 Abs. 3 PAG-E vorgesehene „drohende Gefahr“ nicht ohne weiteres ein. Die drohende Gefahr dürfte

¹ BVerfG, Urt. vom 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 111.

² Z.B. Art. 23 Abs. 3 PAG (Betreten von Wohnungen).

³ Z.B. Art. 23 Abs. 1 Nr. 3 PAG (Durchsuchung von Wohnungen), Art. 25 Nr. 1 PAG (Sicherstellung).

⁴ Z.B. Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 PAG (Inanspruchnahme des Nichtstörers).

⁵ Z.B. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 LStVG (Inanspruchnahme des Nichtstörers im allgemeinen Sicherheitsrecht).

⁶ Das Vorliegen einer abstrakten Gefahr genügt auch für den Erlass sicherheitsrechtlicher Rechtsverordnungen nach dem Landestraf- und Verordnungsgesetz (LStVG), nicht jedoch für den Erlass sicherheitsrechtlicher Einzelakte durch die Sicherheitsbehörden (Art. 6 LStVG) nach Art. 7 Abs. 2 LStVG).

⁷ Gallwas/Lindner/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 89 ff.

⁸ Zwischen der konkreten und abstrakten Gefahr hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof einen Gefahrenbegriff entwickelt, der als erhöhte abstrakte Gefahr bezeichnet wird. Der BayVerfGH fordert für eine Durchsuchung im

zunächst noch keine konkrete Gefahr sein (anderenfalls die Einfügung des Art. 11 Abs. 3 PAG überflüssig wäre). Die „drohende Gefahr“ ist dadurch gekennzeichnet, dass noch keine hinreichend konkretisierten Tatsachen vorliegen, die das Wahrscheinlichkeitsurteil zulassen, das es bei unbehindertem Ablauf des Geschehens zu einem Schaden für ein polizeiliches Rechtsgut kommen wird. Die drohende Gefahr liegt also nach dem Verständnis des Gesetzentwurfes noch vor der Schwelle der konkreten Gefahr. Es handelt sich bei der drohenden Gefahr aber auch nicht um eine abstrakte Gefahr. Denn Art. 11 Abs. 3 PAG-E stellt nicht auf eine allgemein bestehende Gefahr im Sinne der auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung bloß gedachten Gefahr ab. Art. 11 Abs. 3 PAG-E nimmt vielmehr auf einen *konkreten* Lebenssachverhalt Bezug, der aufgrund bestimmter tatsächlicher Umstände bereits so verdichtet ist, dass sich das Wahrscheinlichkeitsurteil im Hinblick auf einen bevorstehenden Schaden nicht nur ein aus einem allgemeinen Lebensrisiko oder aus der reinen Vorstellung gespeist. Aufgrund eines individuellen (also eines konkreten) Verhaltens einer Person (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PAG-E) oder aufgrund von (ebenfalls konkreten) „Vorbereitungshandlungen“ (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PAG-E) muss sich der tatsächliche Sachverhalt bereits so verdichtet haben, dass ein bereits dergestalt konkretisiertes Geschehen vorliegt, dass der Schluss auf ein in absehbarer Zeit eintretendes schädigendes Verhalten gerechtfertigt ist. Die drohende Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 PAG-E ist auf Grund dieses tatsächlichen Konkretisierungserfordernisses gerade keine abstrakte Gefahr. Sie kommt der konkreten Gefahr vielmehr insofern sehr nahe, als bereits eine konkrete Sachlage vorliegt, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung eines polizeilichen Schutzguts führt. Die „drohende Gefahr“ unterscheidet sich von der konkreten Gefahr letztlich nicht im Hinblick auf die Anforderungen an die tatsächliche Faktendichte, sondern lediglich im Hinblick auf die Anforderungen an das Wahrscheinlichkeitsurteil. Im Grunde ist die drohende Gefahr nichts anderes als eine im Hinblick auf das Wahrscheinlichkeitsurteil abgestufte konkrete Gefahr, indes keine abstrakte Gefahr. Der gegen die Einführung der drohenden Gefahr in ersten Stellungnahmen vorgebrachte verfassungsrechtliche Einwand, dadurch würde der rechtsstaatlich grundsätzlich unzulässige Schluss von der Aufgabe auf die

Falle des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG, also im Falle der sog. Schleierfahndung, das Vorliegen einer „erhöhten abstrakten Gefahr“, BayVerfGH, BayVBl. 2008, S. 339 ff.

Befugnis, von der abstrakten Gefahr auf eine Eingriffsbefugnis ermöglicht, erweist sich als unberechtigt⁹.

Zwar ist die drohende Gefahr nicht identisch¹⁰ mit der konkreten Gefahr im Sinne des tradierten Polizeirechts, weil bei ihr die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufes reduziert sind. Die „drohende Gefahr“ stellt dann eine neue Gefahrenkategorie dar, die der konkreten Gefahr zwar ähnlich, mit ihr jedoch nicht vollständig identisch ist. Daraus, dass der Gesetzgeber eine neue Gefahrenkategorie einführt, folgt aber noch nicht ohne weiteres, dass diese Gefahrenkategorie verfassungswidrig wäre. Denn weder das Grundgesetz noch die Bayerische Verfassung halten einen verfassungsrechtlich verbindlichen Kanon an zulässigen Gefahrenbegriffen bereit, an den der Gesetzgeber gebunden wäre. Der Gesetzgeber, der einen neuen Gefahrenbegriff schafft, der nicht zum Kanon des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs gehört, begeht damit noch keinen Verfassungsverstoß. Ein verfassungsrechtliches Problem entstünde vielmehr erst dann, wenn der Gesetzgeber einen solchen Gefahrenbegriff wählte, der das polizeiliche Einschreiten in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter von jeglicher Eingriffsschwelle freistellen würde. Es ist, wie eingangs erwähnt, rechtsstaatlich und grundrechtlich geboten, dass Eingriffsmaßnahmen der Polizei in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter des Einzelnen nur zulässig sind, wenn eine auf tatsächlichen Gründen bestehende Eingriffsschwelle existiert. Nur wenn insofern ein tatsächliches Zweckverwirklichungsbedürfnis besteht, wird auch die Schutzpflicht des Staates aus Art. 99 BV aktiviert, die den polizeilichen Grundrechtseingriff rechtfertigt. Von diesen Zusammenhängen geht auch das Bundesverfassungsgericht in seinem BKA-Gesetz-Urteil vom 16.4.2016 aus: Der Polizeigesetzgeber sei nicht an das tradierte System der Gefahrenbegriffe des Polizeirechts gebunden. „Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vorneherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter zie-

⁹ So – allerdings zum ursprünglichen Entwurf der Staatsregierung – *Heidebach*, BayRVR vom 13.3.2017 - BayRVR2017031301.

¹⁰ Stellt man für das Vorliegen einer konkreten Gefahr an das Wahrscheinlichkeitsurteil umso geringere Anforderungen je höherwertig das gefährdete Rechtsgut und je intensiver die Modalität seiner Beeinträchtigung ist, so könnte man auch in der drohenden Gefahr im Sinn des Art. 11 Abs. 3 PAG-E bereits eine konkrete Gefahr sehen.

hen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.“¹¹ Durch den Begriff der drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 PAG-E werden die Anforderungen an den Kausalverlauf und das daran anknüpfende Wahrscheinlichkeitsurteil reduziert. In dieser Reduktion liegt nach der soeben zitierten Rechtsprechung des BVerfG per se noch kein verfassungsrechtliches Problem. Allerdings macht das BVerfG Vorgaben für die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle: Die Eingriffsgrundlagen müssten – so das BVerfG ausdrücklich – eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, „dass zumindest tatsächlich Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Rechtsgüter führt, tragen.“¹² Danach genügt eine bloß abstrakte Gefahr nicht, um die verfassungsrechtlich geforderte Eingriffsschwelle zu erreichen. Eine hinreichend konkretisierte Gefahr könne – so das BVerfG weiter – aber „schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeingut hinweisen“.¹³ Das BVerfG verwendet ausdrücklich den Begriff „drohende Gefahr“ und erachtet diese als zulässige Eingriffsschwelle, wenn im Einzelfall bereits eine hinreichende Tatsachendichte gegeben sei. Diese Tatsachen müssten dafür „zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann. In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Ge-

¹¹ BVerfG, aaO, Rn. 112.

¹² BVerfG, aaO, Rn. 112.

¹³ BVerfG, aaO, Rn. 112.

schehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird“¹⁴.

Mit diesen Worten hat das BVerfG in der Sache genau das vorformuliert, was der vorliegende Gesetzentwurf in Art. 11 Abs. 3 PAG-E nunmehr als „drohende Gefahr“ regelt. Die „drohende Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG-E knüpft an konkrete tatsächliche Sachverhaltselemente an, nämlich zum einen an das „individuelle Verhalten einer Person“ und zweitens an „Vorbereitungshandlungen, die für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen“ den Schluss auf ein konkretisiertes Geschehen zulassen. Die drohende Gefahr knüpft also an tatsächliche Sachverhaltselemente an, die hinreichend konkretisiert sein müssen. Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PAG-E wiederholt wortgleich die entsprechende Passage in der Entscheidung des BVerfG (Rn. 112). Zudem wahrt der Wortlaut des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG-E mit der Wendung „in absehbarer Zeit“ den vom BVerfG geforderten zeitlichen Zusammenhang („in überschaubarer Zukunft“) zwischen bereits konkretisiertem Sachverhalt und der konkreten Gefahr bzw. dem Schadenseintritt. Legt man die zitierte Rechtsprechung des BVerfG aus dem BKAG-Urteil zur Vorverlagerung der konkreten Gefahr zugrunde, bestehen an der Verfassungskonformität von Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG-E keine Zweifel. Zudem zeigen auch verfassungsgerichtlich bislang nicht beanstandete polizeirechtliche Standardbefugnisnormen wie z.B. die Schleierfahndung in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG, dass der Gesetzgeber Eingriffsbefugnisse auch ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr vorsehen, die Eingriffsschwelle also vorverlagern kann. Auch die in der Polizeirechtsdogmatik anerkannten Kategorien des Gefahrenverdachts und des Gefahrerforschungseingriffs belegen, dass dem Polizeirecht Vorverlagerungen von Eingriffsschwellen nicht fremd sind. Während beim Gefahrenverdacht der Sachverhalt noch nicht hinreichend verdichtet ist, um die Annahme einer (konkreten) Gefahr rechtfertigen zu können (es also noch zusätzlicher Sachverhaltsaufklärung bedarf), sind bei der drohenden Gefahr die Tatsachen bereits hinreichend verdichtet, die Anforderungen an das Wahrscheinlichkeitsurteil jedoch reduziert.

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?

¹⁴ BVerfG, aaO, Rn. 112.

Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG-E begrenzt den Anwendungsbereich der drohenden Gefahr auf Fälle einer Gefahr ein „bedeutendes Rechtsgut“. Der Begriff der bedeutenden Rechtsgüter ist in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E legaldefiniert. Bedeutende Rechtsgüter sind danach der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes (Nr. 1), Leben, Gesundheit oder Freiheit (Nr. 2), die sexuelle Selbstbestimmung (Nr. 3), erhebliche Eigentumspositionen (Nr. 4), oder Sachen, deren Erhalt in besonderem öffentlichen Interesse liegt (Nr. 5). Dass die dort genannten Rechtsgüter nicht nur vorgeschoben, sondern der Sache nach bedeutende, überragend wichtige Rechtsgüter sind, dürfte evident sein. Eine zusätzliche Eingriffsschwelle liegt darin, dass das nach Maßgabe eines individuellen Verhaltens einer Person oder von Vorbereitungshandlungen hinreichend konkretisierte Geschehen den Schluss zulassen muss, dass in absehbarer Zeit „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind“. Ein Eingriff aufgrund des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG-E oder aufgrund einer Standbefugnisnorm, in der auf Art. 11 Abs. 3 PAG-E Bezug genommen wird, in Grundrechte des Einzelnen ist also nicht bereits dann zulässig, wenn eine Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E droht, die absehbare Schädigung dieser Rechtsgüter muss zusätzlich in der Modalität von „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ erfolgen. Damit unterscheidet sich die Kategorie der drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 PAG-E in dreifacher Hinsicht von einer lediglich abstrakten (grundsätzlich nicht als Eingriffsschwelle ausreichenden) Gefahr: Erstens werden tatsächliche Umstände vorausgesetzt, die das (allerdings) reduzierte Wahrscheinlichkeitsurteil des Eintritts einer konkreten Gefahr tragen. Zweitens muss die Gefahr einem bedeutenden Rechtsgut im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E dienen. Drittens muss die drohende Schädigung in der Modalität von „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ bestehen.

Dass die Formulierung „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ von einem terroristischen Bezug gelöst ist, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Zwar hat das BVerfG in der zitierten Entscheidung die Zulässigkeit der Vorverlagerung des Gefahrenbegriffs am Beispiel der Terrorismusabwehr begründet. Daraus lässt sich jedoch nicht folgern, dass das BVerfG eine derartige Vorverlagerung des Gefahrenbegriffs ausschließlich auf den Bereich der Terrorismusabwehr beschränkt sehen will. Der Bezug auf die Abwehr terroristischer Straftaten erklärt sich vielmehr daher, dass das dem Urteil zugrundeliegende BKA-Gesetz Maßnahmen zur Terrorismusabwehr

betraf, was auch mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG zusammen hängt. Das Polizeirecht der Länder ist indes nicht auf die Terrorismusabwehr beschränkt, sondern zielt auf die Abwehr von Gefahren unabhängig von bestimmten Bedrohungsmodalitäten. Schwere Gewalttaten für bedeutende Rechtsgüter können nicht nur durch terroristische Aktionen, sondern auch durch anderweitig motivierte Kapitaldelikte entstehen. Zudem kann im Einzelfall in einer Entscheidungssituation unter Zeitdruck nicht oder nicht mindestens ohne weiteres erkennbar sein, ob es sich bei einer Gefahr um eine solche terroristischer Natur handelt oder nicht. Es ist daher weder kompetenzrechtlich geboten noch sachlich naheliegend, den Anwendungsbereich der drohenden Gefahr auf terroristisch motivierte Straftaten zu begrenzen.

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?

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung keinen abschließenden Katalog solcher Rechtsgüter entwickelt, die es für bedeutende Rechtsgüter im Hinblick auf bestimmte Eingriffsbefugnisse hält. Zwar lässt sich insbesondere das BKA-Urteil des BVerfG ohne Weiteres dahin interpretieren, dass nicht jedes Rechtsgut von einer gewissen Gewichtigkeit zugleich ein bedeutendes Rechtsgut ist, das auch gewichtigere polizeirechtliche Zugriffe legitimiert. Allerdings dürfte bei den in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E zur Legaldefinition herangezogenen Rechtsgütern (Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, Leben, Gesundheit oder Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung, erhebliche Eigentumspositionen oder Sachen, deren Erhalt in besonderem öffentlichem Interesse liegt) keine vernünftigen Zweifel bestehen, dass es sich hierbei um bedeutende, überragende Rechtsgüter handelt.

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

Nach vorliegendem Gesetzentwurf wird der Begriff der drohenden Gefahr nicht nur im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel in Art. 11 Abs. 3 PAG-E verwendet, sondern auch in einigen Standardbefugnissen. Dagegen ist weder aus rechtssystematischer noch aus verfassungsrechtlicher Sicht etwas einzuwenden. Vielmehr entspricht es der Systematik der Verwendung auch des Be-

griffs der konkreten Gefahr, dass diese sowohl in der polizeirechtlichen Generalklausel als auch in den Standardbefugnissen Verwendung findet. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die besonders grundrechtsintensive Ingewahrsamnahme (Art. 17 PAG-E) nicht an eine drohende Gefahr anknüpft.

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

Die Anordnung von Kontaktverboten, Aufenthaltsverboten oder Aufenthaltsgeboten ist insbesondere im sozialen Nahbereich bereits ein von der Polizei und den Sicherheitsbehörden verwendetes Handlungsinstrument. Allerdings werden solche Maßnahmen mangels einer diesbezüglichen Standardbefugnis bislang auf die polizeirechtliche Generalklausel (Art. 11 Abs. 1, 2 PAG) bzw., wenn sie von den Sicherheitsbehörden angewendet werden, auf Art. 7 Abs. 2 LStVG) gestützt. Insofern ist es im Hinblick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot begrüßenswert, wenn der Gesetzgeber nun für diese Maßnahmen eine eigenständige Standardbefugnis schafft. Auch die Einbeziehung der drohenden Gefahr ist verfassungsrechtlich unproblematisch. Erstens knüpft diese ausschließlich an bedeutende Rechtsgüter an, im Hinblick auf deren Schutz ein Kontaktverbot, ein Aufenthaltsge- oder -verbot schon in abstrakter Hinsicht kaum unverhältnismäßig sein kann. Zudem steuert das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art. 4 PAG die Anwendung dieser Maßnahmen im Einzelfall.

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?

Es ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich, die Anwendung der in Art. 16 Abs. 2 PAG-E vorgesehenen Befugnisse unter einen Richtervorbehalt zu stellen. Kontaktverbote, Aufenthaltsge- oder -verbote stellen keinen Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person dar. Von Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 102 BV sind nur solche Einschränkungen umfasst, die die körperliche Bewegungsfreiheit des Einzelnen betreffen. Diese ist bei Kontaktverboten und Aufenthaltsge- oder -verboten indes nicht tangiert. Da es sich mithin nicht um Eingriffe in die Freiheit der Person handelt, ist hier ein Richtervorbehalt von Verfassungswegen nicht geboten. Die Maßnahmen sind auch in ihrer Gewichtigkeit nicht freiheitsentziehungsäquivalent und sie beeinträchtigen auch nicht das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in derart gewichtiger Weise, dass die Anordnung eines Richtervorbehalts notwendig wäre. Zudem ist zu berücksichtigen, dass dem Einzelnen mit § 80 VwGO die Möglichkeit effektiven, vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes offensteht. Anders als bei Freiheitsentziehungen und bei heimlichen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht zumal durch Überwachungsmaßnahmen, wo die Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes als nicht ausreichend angesehen und daher die präventive Einschaltung eines Richters gefordert wird und gefordert ist, genügt bei den Maßnahmen des Kontaktverbots, des Aufenthaltsge- oder -verbots der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz über § 80 Abs. 5 VwGO zur Gewährleistung effektiven, auch rechtzeitigen Rechtsschutzes. Von daher erscheint auch die gesetzliche Normierung eines qualifizierten Anordnungsvorbehalts jedenfalls verfassungsrechtlich nicht geboten zu sein.

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?

§ 55 BKAG-E, der eine entsprechende Befugnisnorm für das BKA vorsieht, regelt in Absatz 4 und 5 bestimmte inhaltliche Anforderungen an den Antrag zur Anordnung der entsprechenden Maßnahme. Dieser hat zudem schriftlich zu erfolgen. Solche verfahrensrechtlichen Anforderungen erscheinen zumindest von Verfassung wegen nicht geboten. Soweit sie die Bestimmtheit und Nachprüfbarkeit der später ergehenden Anordnung eines Kontaktverbotes oder Aufenthaltsver- oder -gebotes betreffen, ist dem Anliegen dadurch Rechnung zu tragen, dass die Verhängung der Maßnahme selbst dem Bestimmtheitsgebot entsprechen muss. Dies stellt der Wortlaut des Art. 16 PAG-E sicher: „bestimmte Personen“, „bestimmte Gruppe“, „bestimmte Orte“, „bestimmtes Gebiet“. Gleiches ergibt sich aus Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG, wonach ein Verwaltungsakt inhaltlich

hinreichend bestimmt sein muss. Werden die Bestimmtheitsanforderungen nicht beachtet, ist die auf Art. 16 Abs. 2 PAG-E gestützte Maßnahme rechtswidrig und auf Anfechtungsklage des Adressaten aufzuheben (§§ 42, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Zwar hat die Anfechtungsklage wegen § 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung, der Betroffene hat jedoch die Möglichkeit, über § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung vom Verwaltungsgericht anordnen zu lassen.

Auch aus Praktikabilitäts- und Durchsetzungsgründen werden die entsprechenden Maßnahmen (Kontaktverbot, Aufenthaltsverbot oder –gebot) schriftlich ergehen (oder zumindest bestätigt werden) und im Hinblick auf die entsprechenden Kontaktpersonen und den vom Aufenthaltsge- oder -verbot umfassten Raum hinreichend konkret und zeitlich begrenzt erfassen. Letztlich ergeben sich diese Anforderungen auch bereits aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, so dass eine nähere gesetzliche Normierung nicht erforderlich erscheint.

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?

Beachtet der Adressat eines polizeilichen Kontaktverbots oder eines Aufenthaltsge- oder -verbots die Anordnung nicht, so muss der Polizei die Möglichkeit der Durchsetzung zustehen. Dazu hat sie zum einen die Möglichkeit, die entsprechenden Anordnungen, die Verwaltungsakte im Sinne des Art. 35 Satz 1 BayVwVfG darstellen, nach Maßgabe der Art. 53 ff. PAG zwangsweise durchzusetzen. Daneben schafft Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E die Möglichkeit der Ingewahrsamnahme. Dies erscheint schon insofern nicht unverhältnismäßig, als es der Einzelne selbst in der Hand hat, den Eintritt der Voraussetzungen für die Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E zu verhindern, indem er die Anordnung des Kontaktverbots oder des Aufenthaltsge- oder -verbots beachtet. Die auf Art. 16 PAG gestützten Verwaltungsakte sind unter Voraussetzung ihrer Wirksamkeit (Art. 43 BayVwVfG) vom Betroffenen zu beachten, solange und soweit sie nicht nach Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG unwirksam geworden sind, insbesondere in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufgehoben worden sind. Auch vor dem Hintergrund, dass der Einzelne die Möglichkeit hat, die nach Art. 16 PAG getroffenen Maßnahmen verwaltungsgerichtlich anzugreifen und insoweit auch um einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5

VwGO nachzusehen, ist die Anknüpfung der Möglichkeit einer Ingewahrsamnahme dem Einzelnen nicht unzumutbar. Er hat es in der Hand, sie zu verhindern. Zudem hat die an eine nicht beachtete Maßnahme nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E knüpfende Ingewahrsamnahme im Einzelfall dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen (Art. 4 PAG). Sie muss nach dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Nr. 14 PAG-E „unerlässlich“ sein. Schließlich bedarf die Anordnung einer entsprechenden Ingewahrsamnahme einer Entscheidung durch den Richter (Art. 18 PAG-E).

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?

Nach Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E kann die Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) mit einer Maßnahme nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E, also mit einem Kontaktverbot oder einem Aufenthaltsver- oder -gebot verbunden werden. Bei einer solchen Verbindung wird man strenge Anforderungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall zu stellen haben (Art. 4 PAG). Die Maßnahme dürfte nur zulässig sein, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Betroffene an die Anordnungen nach Art. 16 Abs. 2 PAG nicht halten wird. Um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall sicherzustellen, bedarf die Verbindung mit einer EAÜ der Anordnung durch den Richter (Art. 32a Abs. 3 PAG-E), weil es sich bei der Verbindung nach Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E auch um eine Maßnahme im Sinne des Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E handelt.

3. Zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ):

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?

b) Wie bewerten Sie – wiederum unter Berücksichtigung der weitergehenden landespolizeilichen Zuständigkeit – die in Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E erfolgte Bezugnahme auf den Schutz von Rechtsgütern im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG-E?

Die Fragen a) und b) werden zusammen beantwortet. Seit dem Jahr 2011 kennt die deutsche Rechtsordnung die elektronische Aufenthaltsüberwachung, umgangssprachlich besser bekannt als „elektronische Fußfessel“ (EAÜ). Bislang ist die Maßnahme allerdings lediglich im Bereich des Strafrechts vorgesehen: Nach § 68b Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 StGB (i.V.m. § 463a StPO) ist sie als möglicher Gegenstand einer Weisung im Rahmen der strafrechtlichen Führungsaufsicht im deutschen Recht implementiert. Im Gefahrenabwehrrecht der Länder und des Bundes ist die Maßnahme bislang nicht vorgesehen. Eine entsprechende Rechtsgrundlage für die Anordnung einer präventiven EAÜ ist mittlerweile jedoch in § 56 des Gesetzes über das Bundeskriminalamt (Entwurf) vorgesehen. Nach Bayerischem Polizei- und Sicherheitsrechts ist die Anordnung der EAÜ bislang nicht möglich. Weder gibt es eine eigenständige Befugnisnorm dafür noch lässt sich die Maßnahme als „wesensgleiches Minus“ aus den Befugnisnormen über die Möglichkeit der Ingewahrsamnahme (Art. 17 PAG) ableiten¹⁵. Als Maßnahme, die in ihrer freiheitsbeschränkenden Wirkung dem polizeilichen Gewahrsam zumindest nahekommt, ist eine Anordnung der EAÜ auf der Basis der polizeirechtlichen Generalklausel problematisch. Insofern schafft der neue Art. 32a PAG-E eine spezielle Befugnisnorm zur Anordnung der EAÜ. An der Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Bayern hierfür bestehen keine Zweifel. Die Regelung in § 68b StGB sperrt den Landesgesetzgeber nicht, da es sich bei Art. 32a PAG-E nicht um eine strafrechtsbezogene, sondern um eine rein präventivpolizeiliche Maßnahme handelt, für die die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt. Gleiches gilt im Verhältnis zum BKAG.

Die Anordnung der EAÜ greift zwar nicht in das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 102 BV) ein, da die körperliche Bewegungsfreiheit als solche nicht beeinträchtigt wird. Sie kommt in ihrer Wirkung einer freiheitsentziehenden Maßnahme jedoch nahe und stellt jedenfalls einen gewichtigen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Adressaten dar. Ein solcher Eingriff ist nur gerechtfertigt, wenn er zum Schutz hinreichend gewichtiger, ihrerseits verfassungs- zumal grundrechtlich geschützter Rechtsgüter erfolgt und im Hinblick auf diese angemessen ist. Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E lässt die Anordnung der EAÜ nur zur Abwehr einer Gefahr oder drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E zu. Dabei wird die Nr. 4 des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E, also die erheblichen Eigentumspositionen, als Anordnungszweck ausdrücklich ausgenommen. Zusätzlich ist die Verhältnis-

¹⁵ Vgl. dazu *Lindner/Bast*, Die „elektronische Fußfessel“ als Instrument des Polizeirechts?, DVBl. 2017, S. 290 ff.

mäßigkeit im Einzelfall über Art. 4 PAG herzustellen. Infolge der erheblichen Eingriffsintensität liegt es auch nahe, die Maßnahme unter einen Richtervorbehalt zu stellen (vgl. Art. 32a Abs. 3 PAG-E). Der Realisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dient zudem die Befristungsregelung in Art. 32 a Abs. 3 Satz 4 PAG-E.

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

Die Erstellung eines Bewegungsbildes nach Art. 32a Abs. 2 Satz 3 PAG-E stellt einen gewichtigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar. Dieser ist gerechtfertigt zum Schutz der in Art. 32a Abs. 1 PAG-E genannten bedeutenden Rechtsgüter im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E. (ohne Nummer 4). Art. 32a Abs. 2 Satz 3 PAG-E stellt klar, dass ein Bewegungsbild nur zur Erfüllung des Überwachungszwecks durchgeführt werden darf, also in der Sache nur zum Schutz eines der in Art. 32a Abs. 1 PAG-E genannten Rechtsgüter. Auch hier ist selbstredend die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall über Art. 4 PAG herzustellen. Zusätzlich legt Art. 32a Abs. 3 Satz 3 PAG-E fest, dass die Erstellung eines Bewegungsbildes nur zulässig ist, wenn dies richterlich besonders gestattet wird. Der Richtervorbehalt bezieht sich also nicht nur auf die Anordnung der EAÜ als solche, sondern speziell auch auf die Erstellung eines Bewegungsbildes. Allein aufgrund der Anordnung der EAÜ darf ein Bewegungsbild nicht erstellt werden. Zusätzlich ist die Befristungsregelung in Art. 32a Abs. 3 Satz 4 PAG-E zu berücksichtigen.

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?

Art. 32a Abs. 2 Satz 1 PAG-E ermächtigt die Polizei, mit Hilfe der von der verantwortlichen Person mitgeführten technischen Mittel automatisiert Daten über deren Aufenthaltsort sowie über etwaige Beeinträchtigungen der Datenerhebung zu erheben und zu speichern. Der hierin liegende Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist im Hinblick auf die mit der Maßnahme zu verfolgenden Zwecke, also den Schutz hochrangiger Rechtsgüter im Sinn des Art. 11 Abs. 3

Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder 5 PAG-E, gerechtfertigt. Art. 32a Abs. 2 Satz 2 PAG-E stellt den verfassungsrechtlich gebotenen Kernbereichsschutz sicher.

Art. 32a Abs. 4 PAG-E enthält die für die Datensicherheit notwendigen Regelungen der Kennzeichnung und Protokollierung und wird damit der verfahrensrechtlichen Dimension des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gerecht.

Art. 32a Abs. 5 PAG-E regelt Befugnisse zur Weiterverarbeitung der im Rahmen der EAÜ gewonnenen Daten. Dabei stellt Satz 1 Nr. 1 zunächst den verfassungsrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz sicher: die Daten dürfen nur zu dem Zweck, also zu dem in Art. 32a Abs. 1 PAG-E genannten, zu dem sie erhoben wurden, weiterverwendet werden. Dies ergibt sich auch aus Nr. 2 des Art. 32a Abs. 5 Satz 1 PAG-E. Soweit in Nr. 2 im Einzelfall eine Zweckänderung zu sehen ist (weil z.B. eine andere Gefahrensituation eingetreten ist), beruht diese auf einer gesetzlichen Grundlage und entspricht auch dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung: denn zur Abwehr der in Art. 32 a Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 PAG-E genannten Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut dürften die EAÜ ihrerseits angeordnet und die Daten nach Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E erhoben werden. Soweit in Nr. 3 des Art. 32a Abs. 5 Satz 1 PAG-E eine Zweckänderung liegt (Verwendung der nach Art. 32a Abs. 2 PAG-E gewonnenen Daten auch Rahmen der Führungsaufsicht), ist auch diese verfassungsrechtlich unproblematisch: Sie beruht auf einer gesetzlichen Regelung und entspricht auch dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung: Denn die Verwendung der Daten ist nur unter den Voraussetzungen des § 68b Abs. 1 Satz 3 StGB zulässig, also nur, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer EAÜ als Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht vorliegen. Eine Weiterverarbeitung zum Zweck der Strafverfolgung ist nach Art. 32a Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 PAG-E grundsätzlich nur für gewichtige Straftaten der in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB genannten Art zulässig, die auch Voraussetzung für die Anordnung einer strafrechtlichen EAÜ-Maßnahme sind (vgl. § 68b Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 StGB). Davon unabhängig erfolgt die Zweckänderung zum Schutz wichtiger Rechtsgüter. Insgesamt wird die Regelung des Absatzes 5 mit den dort enthaltenen Zweckbindungs- und Zweckänderungsregeln den vom BVerfG im BKA-Urteil aufgestellten Grundsätzen gerecht.

Gegen die in Art. 32a Abs. 6 PAG-E enthaltenen Löschungs- und Informationspflichten ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden. Die Löschungsfrist nach Abs. 6 Satz 1 erscheint

mit zwei Monaten nach Beendigung der Maßnahme nicht übermäßig lang. Nach Abs. 2 Satz 2 trotz technischer Schutzvorkehrungen erhobene Daten (also zumal solche des Kernbereichs) dürfen nicht verwertet werden und sich unverzüglich zu löschen. Zudem sind angemessene Protokollierungs- und Dokumentierungspflichten vorgesehen (Abs. 6 Sätze 2 und 4). Absatz 6 Satz 5 verpflichtet im Falle der Erstellung von Bewegungsbildern zur Unterrichtung der betroffenen Person spätestens zwei Monate nach deren Beendigung. Auch diese Frist erscheint nicht unangemessen lang.

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?

Die durch den Richter anzuordnende Maßnahme nach Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E hat nach dem allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz, der auch in Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG zum Ausdruck kommt, hinreichend bestimmt zu sein. Art. 32a Abs. 3 Satz 2 PAG-E konkretisiert den Bestimmtheitsgrundsatz weiter: In der schriftlichen Anordnung sind Adressat und Art sowie einzelfallabhängig Umfang und Dauer der EAÜ zu bestimmen und die wesentlichen Gründe anzugeben. Eine darüber hinausgehende Konkretisierung des Antrags auf Erlass einer solchen Maßnahme und die dabei zu stellenden Anforderungen erscheint verfassungsrechtlich nicht geboten.

4. Zur Sanktionierung von Verstößen gegen die EAÜ:

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

Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E gibt der Polizei die Befugnis zur Ingewahrsamnahme für den Fall, dass der Betroffene einer Anordnung nach 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E nicht Folge leistet, also die für die EAÜ erforderlichen technischen Mittel entweder nicht ständig im betriebsbereiten Zustand mit sich führt oder deren Funktionsfähigkeit beeinträchtigt. Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E stellt eine spezialgesetzliche Durchsetzungsregel für den Fall der Nichtbeachtung der in Art. 32a Abs. 1 PAG-E genannten Pflichten dar. Unter Berücksichtigung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art. 4 PAG ist die Möglichkeit einer Ingewahrsamnahme als ultima ratio anzuse-

hen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Ingewahrsamnahme nur nach richterlicher Anordnung möglich ist (vgl. Art. 18 PAG). Die Ingewahrsamnahme wegen Verstößen gegen die in Art. 32a Abs. 1 PAG-E genannten Pflichten setzt also einen doppelten Richtervorbehalt voraus: Zum einen bedarf bereits die Anordnung der EAÜ selbst einer richterlichen Entscheidung (Art. 32a Abs. 3 PAG-E), zum anderen ist die Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E nur kraft richterlicher Entscheidung möglich. Schließlich ist bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit in Rechnung zu stellen, dass es der Adressat einer EAÜ selbst in der Hand hat, die Ingewahrsamnahme dadurch zu verhindern, dass er im Rahmen der nach Art. 32a Abs. 1 PAG-E gesetzlich geregelten Pflichten kooperiert.

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

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?

Die Fragen b) und c) werden zusammen beantwortet. Die Einführung eines landesrechtlichen Straftatbestandes für Verstöße gegen die EAÜ erscheint im Hinblick auf den Zweck der *Gefahrenabwehr* eher fernliegend. Dem Art. 32a PAG-E und der Ingewahrsamnahme-Vorschrift nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E liegt der Zweck der effektiven Verhinderung von Gefahren (und Schäden) für bedeutende Rechtsgüter zugrunde. Ein entsprechender Straftatbestand könnte im Hinblick auf diese Zielsetzung die Möglichkeit der Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG jedenfalls nicht ersetzen, sondern allenfalls flankieren. Soweit in Frage c) die Option anklingt, durch die Schaffung eines entsprechenden Straftatbestandes und die Möglichkeit einer daran anknüpfenden Untersuchungshaft das gleiche Ziel zu erreichen wie durch die Anordnung einer Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG, erschiene ein solches Verfahren im Ergebnis insgesamt nicht weniger belastend für den Betroffenen. Zudem ist es rechtsstaatlich inadäquat, das Untersuchungshaftrecht für Zwecke des Polizeirechts zu instrumentalisieren.

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?

Der Ingewahrsamnahmetatbestand nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E ist im Hinblick auf die Gewichtigkeit der in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nrn. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG-E genannten bedeutenden Rechtsgüter gerechtfertigt. Die Schutzpflicht des Staates für diese Rechtsgüter rechtfertigt als ultima ratio grundsätzlich auch eine (präventive) Freiheitsentziehung. Dies gilt nicht nur im Falle einer konkreten, sondern auch einer drohenden Gefahr im Sinn des Art. 11 Abs. 3 PAG-E, da diese über die abstrakte Gefahr hinaus geht und bereits eine hinreichend verdichtete Tatsachenbasis für die Annahme des Eintretens einer konkreten Gefahr voraussetzt (vgl. die Ausführungen zu Frage 1). Die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall, an die besonder strenge Anforderungen zu stellen sind, ist über Art. 4 PAG und den Richtervorbehalt sichergestellt. Eine Gefährdung von erheblichen Eigentumspositionen im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 PAG reicht für die Anordnung des Gewahrsams nicht aus, so dass auch insoweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind präventive Eingriffe in die Freiheit der Person, die nicht dem Schuldausgleich dienen, nur zulässig, wenn der Schutz hochwertiger Rechtsgüter dies unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert. Der Freiheitsanspruch des Betroffenen ist mit dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit im Einzelfall abzuwägen.¹⁶ Diese Anforderungen sind durch die in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E vorgesehene Regelung eingehalten: Der Präventivgewahrsam ist nur für den Schutz hochwertiger Rechtsgüter, nämlich der in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E vorgesehenen (ohne Nr. 4) möglich. Die strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird durch Art. 4 und den Richtervorbehalt sicher-

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 18.4.2016 – 2 BvR 1833/12 (Leitsatz 1) = NJW 2016, S. 2800 = NVwZ 2016, S. 1079.

gestellt. Der Richter hat bei der Anordnung des Gewahrsams nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall vorzunehmen.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) lässt sich eine Rechtfertigung präventiven Gewahrsams zur Verhinderung von Straftaten auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. b EMRK stützen. Danach darf die Freiheit der Person u.a. nur aufgrund einer rechtmäßigen Festnahme wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgen. Der Präventivgewahrsam ist zur Verhinderung von Straftaten konventionsrechtlich nur zulässig, wenn die Straftat hinreichend bestimmt ist und sich der Betroffene unwillig gezeigt hat, sie zu unterlassen. Diesem Erfordernis kann im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung getragen werden. Es wird regelmäßig erst dann vorliegen, wenn sich der Betroffene trotz vorangehender anderweitiger polizeilicher Maßnahmen nach wie vor unwillig zeigt, sein gefährdendes Verhalten einzustellen. Eine Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E wird also nur infrage kommen, wenn zuvor die Maßnahme einer Gefährderansprache oder eines Aufenthaltsverbots oder sonstige Maßnahmen sich als fruchtlos erwiesen haben.

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?

Nach derzeit geltendem Recht (Art. 20 Satz 2 PAG) ist die Dauer des Präventivgewahrsams auf zwei Wochen begrenzt. Die Aufhebung dieser Begrenzung durch den vorliegenden Gesetzentwurf ist jedenfalls insofern verfassungsrechtlich unproblematisch, als weder Art. 2 Abs. 2, 104 GG noch Art. 102 BV eine Höchstdauer der Freiheitsentziehung vorsehen. Eine Obergrenze ist dort nur für das Festhalten allein aufgrund polizeilicher Entscheidung vorgesehen. Die Möglichkeit einer längeren, durch den Richter angeordneten Präventivhaft ist daher nicht schon als solche verfassungsrechtlich unzulässig. Freilich bedarf es angesichts der Erheblichkeit des Grundrechtseingriffs der Präventivgewahrsams aus Gründen der Verhältnismäßigkeit einer zeitlichen Begrenzung. Sowohl das Bestimmtheitsgebot als auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordern, dass die Dauer des Präventivgewahrsams konkret festgelegt wird und begrenzt ist. Die Begrenzung hat durch den Gesetzgeber selbst zu erfolgen. Ein gänzlicher Verzicht des Gesetzgebers auf die Festlegung einer

Dauer des Präventivgewahrsams wäre daher verfassungsrechtlich unzulässig. Die im vorliegenden Gesetzentwurf gefundene Lösung (Art. 20 Sätze 2 und 3 PAG-E), wonach in der richterlichen Entscheidung die Dauer der Freiheitsentziehung zu bestimmen ist und diese nicht mehr als drei Monate betragen darf und jeweils um längstens um 3 Monate verlängert werden kann, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Es ist sichergestellt, dass der Präventivgewahrsam kraft richterlicher Anordnung zunächst nicht länger als drei Monate beträgt. Auch diese Frist, die freilich eine deutliche Ausweitung gegenüber der bisherigen Höchstdauer von zwei Wochen¹⁷ darstellt, darf unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten (Art. 4 PAG) nicht ohne weiteres, sondern nur dann ausgeschöpft werden, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf das Gefährdungspotenzial dies als unerlässlich erscheinen lassen. Nach Ablauf der Frist ist der Betroffene grundsätzlich aus dem Gewahrsam zu entlassen, es sei denn dieser wird wiederum kraft richterlicher Entscheidung verlängert. Auch die Verlängerung darf nicht mehr als drei Monate betragen. Auch diese drei Monate dürfen nur ausgeschöpft werden, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies erzwingen. Eine Begrenzung der Verlängerungsmöglichkeiten ist im Gesetzentwurf allerdings nicht vorgesehen. Im Hinblick darauf, dass die Verlängerung jeweils nur durch den Richter zulässig und auch jeweils nur für drei Monate erfolgen darf, erscheint das Fehlen einer Begrenzung der Verlängerungsmöglichkeiten angesichts der Wichtigkeit der zu schützenden Rechtsgüter verfassungsrechtlich noch vertretbar. Allerdings könnte überlegt werden, ob man im Falle einer mehr als einmaligen Verlängerung des Gewahrsams und bei einer Gesamtdauer des Gewahrsams von mehr als sechs Monaten zusätzliche verfahrensrechtliche Sicherungen in Art. 20 PAG vorsieht.

Durch den Verweis auf das FamFG ist sichergestellt, dass die richterliche Entscheidung bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen auch vor Fristablauf von Amts wegen aufzuheben ist (§ 426 Abs. 1 FamFG) sowie dass die von einer Ingewahrsamnahme betroffene Person die richterliche Überprüfung der Anordnung jederzeit beantragen kann (§ 426 Abs. 2 FamFG).

¹⁷ Diese Höchstdauer ist vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof für verfassungskonform erachtet worden: VerfGH 43, 107.

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?

Nach Art. 34a Abs. 1a PAG-E darf die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation ohne Wissen des Betroffenen in der Weise erfolgen, dass mit technischen Mitteln verdeckt auf informationstechnische Systeme zugegriffen wird, wenn die in den Nrn. 1 und 2 genannten Voraussetzungen vorliegen (sog. „Quellen-TKÜ“). Art. 34a Abs. 1a PAG-E entspricht im Wortlaut dem § 20 I Abs. 2 BKAG, der vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 20.4.2016 nicht beanstandet worden ist (Rn. 228 ff., 234).

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?

Im Hinblick auf die technisch sicherzustellende Begrenzung der Überwachung und Aufzeichnung auf die laufende Telekommunikation und den damit unzulässigen weiteren Zugriff auf die Inhalte des entsprechenden informationstechnischen Systems erscheint eine Unterrichtungspflicht der Staatsregierung an den Landtag vergleichbar der Unterrichtung nach Art. 34d Abs. 8 PAG nicht erforderlich. Etwas Anderes ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die eventuelle Möglichkeit, dass eine Sicherstellung der Begrenzung durch technische Maßnahmen im Einzelfall nicht realisierbar sein sollte. In einem solchen Fall hat bereits die Quellen-TKÜ zu unterbleiben. Denn Voraussetzung für den Zugriff auf das informationstechnische System zur Quellen-TKÜ ist gerade, dass durch „technische Maßnahmen sichergestellt ist“, dass ausschließlich die laufende Telekommunikation betroffen ist.

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?

— Nach Art. 32 Abs. 4 PAG sind Bild- und Tonaufnahmen oder -aufzeichnungen und daraus gefertigte Unterlagen spätestens drei Wochen nach der Datenerhebung zu löschen oder zu vernichten, soweit diese nicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung oder Straftaten benötigt werden. Diese Frist wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf auf zwei Monate verlängert. Da aus der Verfassung, zumal dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, keine bestimmten Höchst- oder Mindestfristen für die Löschung oder Speicherung von Daten folgen, ist gegen eine solche Fristverlängerung von Verfassungswegen nichts einzuwenden. Die Verlängerung von drei Wochen auf zwei Monate ist nicht von einem Ausmaß, dass es sich um eine unverhältnismäßige Fristregelung handelte. Die Frist entspricht der in Art. 9 Abs. 3 des Bayerischen Versammlungsgesetzes geregelten, die vom Bundesverfassungsgericht unbeanstandet geblieben ist. Gleiches gilt für die Fristverlängerung in Art. 21a Abs. 5 des Bayerischen Datenschutzgesetzes.

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?

Zu dieser Frage wird nicht eigens Stellung genommen, da es sich um eine Zweckmäßigkeitsfrage handelt.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

