

## **Stellungnahme im Rahmen der 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)**

### **Zu Fragenkomplex 1 (drohende Gefahr/Art. 11 Abs. 3 PAG-E):**

Dass der Gesetzentwurf in Art. 11 Abs. 3 PAG-E die neue Gefahrbegriffskategorie der „drohenden Gefahr“ einführen und hieran eine generalklauselartige Eingriffsbefugnis knüpfen will, ist mit Sicherheit eine der polizeirechtsdogmatisch interessantesten Neuerungen des Gesetzentwurfs.

An diesem Vorhaben ist zunächst mit Nachdruck zu begrüßen, dass der bayerische Gesetzgeber – anders als der Bundesgesetzgeber (Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes, BT-Drs. 18/11163 und 18/11326, Beschlussempfehlung BT-Drs. 18/12076 und Bericht BT-Drs. 18/12141; vgl. dazu meine Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses der Deutschen Bundestages) – sich nicht darauf beschränkt, die einschlägigen Aussagen des BVerfG zu drohenden Gefahrenlagen v.a. in Rn. 112 f. des Urteils zum BKAG (Urteil vom 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a.) schlicht wortwörtlich zu wiederholen und unmittelbar zu einem Gesetzestatbestand zu erheben, sondern dass er diese Aussagen zu einer neuen Begriffskategorie der „drohenden Gefahr“ zusammenzieht und damit einen eigenständigen Beitrag zu einer Fortentwicklung der polizeirechtlichen Dogmatik und Systembildung leistet. Die Entwicklung des deutschen Polizeirechts der letzten Jahre ist von einem nicht immer glücklichen Hin und Her zwischen Polizeirechtsgesetzgeber und BVerfG geprägt, in dem das BVerfG wiederholt korrigierend und mit zum Teil sehr in das Detail der einfachgesetzlichen Dogmatik hinabsteigenden Aussagen eingegriffen hat und der Gesetzgeber dann diese detailreichen Aussagen meist möglichst getreulich und wortwörtlich in die bestehenden Polizeigesetze zu integrieren versucht hat. Die Gestalt des Polizeirechts ist dadurch zunehmend unübersichtlich geworden, und über zentrale Fragen der Polizeirechtsdogmatik (gerade auch zum Gefahrbegriff bzw. zu Vorfeldbefugnissen) herrscht heutzutage (trotz des vom BVerfG getriebenen Aufwands) eher noch weniger Klarheit als früher. Das BVerfG hat sich im BKAG-Urteil bemüht, durch seine Aussagen zu drohenden Gefahrenlagen, was die Zulässigkeit und die Fassung von Eingriffsschwellen von Befugnissen im Vorfeld konkreter Gefahren anbelangt, ein Stück weit mehr Klarheit zu schaffen. Es ist sehr zu begrüßen, dass der bayerische Gesetzgeber diesen Vorstoß des BVerfG hin zu mehr Klarheit bzgl. der Vorfeldbefugnisse nicht nur aufgreift, sondern zudem zu einer neuen Begriffskategorie der „drohenden Gefahr“ verdichtet, denn das moderne Polizeirecht braucht dringend mehr begriffliche Klarheit bzgl. der tragenden Grundkategorien und mehr Systematisierung angesichts einer schon beinahe unüberschaubar gewordenen BVerfG-Judikatur. Hierzu bedarf es auch mutiger Begriffsneuschöpfungen, und es ist zu begrüßen, dass sich der bayerische Gesetzgeber hierzu durchringen will. Hierdurch leistet er auch einen Beitrag, von dem die gesamtdeutsche Polizeirechtsdiskussion profitieren kann.

Wenn nach dieser Vorrede nunmehr die Fassung des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG-E im Einzelnen gewürdigt werden soll, so sind drei Aspekte auseinanderzuhalten: (i) tatbestandliche Fassung hinsichtlich des Ausmaßes der zugelassenen Vorverlagerung in das Gefahrenvorfeld, (ii) tatbestandliche Fassung hinsichtlich Be-

schränkung auf Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung für bedeutende Rechtsgüter, (iii) zugelassene Rechtsfolgen.

Zu (i) – Ausmaß der Vorverlagerung: Was zunächst das Ausmaß der mithilfe des Begriffs der „drohenden Gefahr“ zugelassenen Vorverlagerung in das Gefahrenvorfeld anbelangt, so hält sich der Gesetzentwurf mit den Formulierungen in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 PAG-E im Wesentlichen wortwörtlich an die diesbezüglichen Aussagen des BVerfG in Rn. 112 des BKAG-Urteils und ist insofern auf der verfassungsrechtlich sicheren Seite.

Vorausgesetzt ist entweder, dass das individuelle Verhalten einer Person eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, oder dass bestimmte Vorbereitungshandlungen oder Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung für ein bedeutendes Rechtsgut zu erwarten sind. Im Ergebnis würde ich der Entwurfsbegründung zustimmen, dass damit nur eine vergleichsweise „moderate“, „eng begrenzte“ Arrondierung in Bezug auf den Gefahrbegriff und eine zulässige Vorverlagerung verbunden ist. Zu bedenken ist dabei, dass viele der Gefahrenlagen, die das BVerfG mit der von ihm im BKAG umschriebenen Vorfeldschwelle im Blick haben dürfte, nach früherer Sichtweise wohl ohnehin als konkrete Gefahr im Sinne des Polizeirechts angesehen worden wären – solche Gefahrenlagen nämlich, bei denen aufgrund individuellen Vorverhaltens oder konkreter Vorbereitungshandlungen sehr wohl mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass es in überschaubarer Zeit überhaupt zu einem zumindest der Art nach konkretisierbaren Schaden kommen könnte, bei denen andererseits aber noch nicht näher bestimmt werden kann, wann, wo und wie sich dieser Schaden möglicherweise realisiert (das BVerfG scheint Situationen im Blick zu haben, bei denen man z.B. weiß, dass jemand in einem Terrorausbildungslager war oder bestimmte Vorbereitungshandlungen, zB Waffenbeschaffungen, begangen hat, so dass es durchaus hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass es überhaupt zu einem Terroranschlag kommen könnte, man aber noch nicht genauer absehen kann, auf welche Weise, wann und wo sich der zum Schaden führende Kausalverlauf realisieren wird). In einer solchen Situation einer auf eine konkrete Gefahrenquelle zurückgehenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines zumindest seiner Art nach konkretisierten (wenn auch hinsichtlich des genauen Kausalverlaufs, Ort und Zeit noch nicht näher absehbaren) Schadens hätte man früher wohl überwiegend das Vorliegen einer konkreten Gefahr bejaht, da eine im Einzelfall bestehende hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens gegeben ist. Das BVerfG scheint in seiner Rechtsprechung tendenziell jedoch von einem engeren Begriff der konkreten Gefahr auszugehen, sei es dass es teilweise eine besondere zeitliche Nähe des möglichen Schadens verlangt hat (kritisch und mwN dazu: Möstl, in ders./Schwabebauer, BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen, Rn. 39), sei es dass es ein allein ein seiner Art nach konkretisiertes mögliches Geschehen als hinsichtlich des Kausalverlaufs offenbar noch nicht hinreichend konkret vorhersehbar ansieht, um eine konkrete Gefahr zu bejahen (so offenbar Rn. 112 des BKAG-Urteils, denn es spricht in diesem Zusammenhang von einer Absenkung der Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs). Zwingend ist eine solche – vergleichsweise enge – Sicht des Begriffs der konkreten Gefahr nicht. Das Beispiel des Maulkorbzwangs für einen gefährlichen Hund (Art. 18 Abs. 2 LStGV) zeigt exemplarisch, dass im allgemeinen Sicherheitsrecht nicht eine so enge Sichtweise des Begriffs der konkreten Gefahr zugrunde gelegt wird, wie dies das BVerfG im Polizeirecht tut, denn auch beim gefährlichen Hund weiß man regelmäßig ja nur, dass von einer konkreten Gefahrenquelle eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines seiner Art nach konkretisierbaren Geschehens ausgeht, man weiß indes noch nicht, wann wie und wo sich die Gefahr möglicherweise realisieren wird, kann den genauen schadensträchtigen Kausalverlauf also noch nicht konkret vorhersehen, und dennoch hindert dies die ständige Praxis nicht daran, in solchen Fällen eine konkrete Gefahr anzunehmen (vgl. Schwabebauer, in Möstl/ders., BeckOK PolSichR Bayern, Art. 18 LStVG, Rn. 21 ff.). Mag die engere Sichtweise des BVerfG also durchaus angreifbar sein, so muss sie – jedenfalls für das Polizeirecht – jedoch dennoch als bindend zugrundegelegt werden. Die drohende Gefahr im oben beschriebenen Sinne mit der konkreten Gefahr gleichzusetzen (wie dies früher durchaus nicht unüblich war, vgl. zB Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 11, Rn. 54), ist aufgrund der entgegengesetzten Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls für das Polizeirecht nicht mehr ohne weiteres möglich.

Hieraus entstehen Schutzlücken. Ich verstehe die Klarstellung des BVerfG in Rn. 112 f. des BKAG-Urteils so, dass es diese Schutzlücken selbst erkannt und daher deutlich gemacht hat, dass es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein kann, bei drohenden Gefahren in diesem Sinn auch bereits im Vorfeld konkreter Gefahren Eingriffsbefugnisse vorzusehen. Es ist folgerichtig, wenn der bayerische Gesetzgeber diese Klarstellung aufgreift und nunmehr eigens normiert, um sicherzustellen, dass es infolge der engeren Rspr. des BVerfG zum Gefahrbegriff nicht zu Schutzlücken kommt.

Im Verhältnis zu einem (eng verstandenen) Begriff der konkreten Gefahr (im Sinne der Rspr. des BVerfG) bewirkt die neue Schwelle eine – verfassungsrechtlich zulässige – Vorverlagerung in dem Sinne, dass die Anforderungen hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs und ggf. auch der zeitlichen Nähe abgesenkt sein können, wenn andererseits aufgrund individuellen Vorverhaltens oder konkreter Vorbereitungshandlungen doch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines zumindest seiner Art nach konkretisierten Geschehens bejaht werden kann. Versteht man den Begriff der konkreten Gefahr so (keine Absenkung der Schwelle hinreichender Wahrscheinlichkeit, dass es überhaupt zu einem Schaden kommt, aber uU Absenkung hinsichtlich der konkreten Vorhersehbarkeit von Ort, Zeit und Art und Weise der Schadensrealisierung), dürfte die neue Schwelle auch für die Polizei handhabbar sein.

Zu (ii) – Drohende Gefahren für bedeutende Rechtsgüter durch Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung: Die Aussagen des BVerfG zur Schwelle der drohenden Gefahr erfolgen (dem Gegenstand des Verfahrens gemäß) in einem Kontext, in dem es einerseits um Maßnahmen hoher Eingriffsintensität und andererseits ausschließlich um die Bekämpfung von Gefahren des Terrorismus ging. Trotz dieses eng begrenzten Kontextes versteht das BVerfG seine Aussagen im BKAG-Urteil offenbar als Summe einer langen Rechtsprechungsreihe zu polizeirechtlichen Eingriffsbefugnissen, die über den engeren Verfahrensgegenstand hinaus von allgemeiner Bedeutung für alle Polizeigesetze, auch die Landespolizeigesetze sind (vgl. auch die Pressemitteilung Nr. 19/2016 des Gerichts vom 20.4.2016). Dass die Aussagen des BVerfG einerseits in einem sehr speziellen Kontext entwickelt wurden, andererseits aber von allgemeiner Bedeutung auch für die Landespolizeigesetze sein sollen (ohne dass diese Konsequenzen im Verfahren hinreichend vertieft worden wären), gehört zu den großen Problemen, die das BKAG-Urteil aufwirft (vgl. auch die diesbezügliche Kritik des Richters Schluckebier in dessen abweichender Meinung, Rn. 2). Der Landesgesetzgeber ist aufgefordert, Konsequenzen aus dem BKAG-Urteil zu ziehen und muss sich jeweils überlegen, inwieweit sich die dort entschiedenen Leitlinien über den engeren Kontext eingriffsintensiver Überwachungsbefugnisse zur Terrorbekämpfung hinausgehend verallgemeinern lassen.

Es ist vor diesem Hintergrund meines Erachtens nicht zu beanstanden, dass der bayerische Gesetzgeber Eingriffsbefugnisse in Art. 11 Abs. 3 PAG-E nicht allein auf drohende Terrorgefahren beschränken will, sondern – weiter – auf drohende Gefahren für bedeutende Rechtsgüter durch Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung erstreckt. Er trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Landespolizei – anders als das BKA – einen weitaus größeren Aufgabenbereich hat als nur den der Terrorbekämpfung und dass es (nichtterroristische) Gewalttaten gibt, die es nach ihrer Intensität und Auswirkung durchaus mit terroristischen Taten aufnehmen können. Zu denken wäre etwa an Straftaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität; die Entwurfsbegründung nennt zu Recht Amokläufe; auch der kürzlich offenbar nicht aus terroristischen Gründen, sondern aus Habgier erfolgte Anschlag auf den Bus der Dortmunder Fußballmannschaft wäre zu nennen. Im Blick auf solche Gewalttaten verstehe ich die in Art. 11 Abs. 3 PAG-E formulierte Tatbestandsvoraussetzung der Gefahr für bedeutende Rechtsgüter durch Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung als einen Versuch, eine auf die Landespolizei zugeschnittene Entsprechung zu den dem BVerfG (verfahrensgegenstandsbedingt allein vor Augen stehenden) terroristischen Gefahren zu definieren.

Es ist andererseits richtig, dass der Gesetzentwurf die generalklauselartige Eingriffsbefugnis nicht bei allen drohenden Gefahren, sondern nur bei nach dem betroffenen Rechtsgut (bedeutende Rechtsgüter im Sinne des Satzes 2) sowie nach Begehungsart (Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung) qualifizierten drohenden Gefahren greifen lassen will (zu solchen Begrenzungen vgl. Brodmerkel,

<https://bayvr.de/2017/03/09/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/>, unter 1.) . Denn die Aussagen des BVerfG erfolgen – auch wenn sie sich nach hier vertretener Ansicht über den engeren Bereich der Terrorbekämpfung hinaus verallgemeinern lassen – in einem Kontext, in dem es um den Schutz von Rechtsgütern mit qualifiziertem Gewicht ging (vgl. dazu Rn. 108 und 109 des Urteils). Der Gesetzentwurf greift dies auf, indem er allein auf bedeutende Rechtsgüter abstellt (der tatbestandlichen Fassung nach erfolgt dies dem ersten Anschein nach ein wenig beiläufig allein im Kontext der Sachverhaltsalternative der Verhinderung der Entstehung der Gefahr; dem Gesamtkontext und auch der Entwurfsbegründung nach ist aber hinreichend eindeutig, dass durch Abs. 3 insgesamt nur drohende Gefahren für solche Rechtsgüter gemeint sein sollen). Von diesen in Satz 2 näher bestimmten Rechtsgütern könnte allenfalls die Nr. 4 (erhebliche Eigentumspositionen) diskussionswürdig erscheinen, weil das BVerfG (Rn. 108 des BKAG-Urteils) bzgl. eingriffsintensiver Maßnahmen einen uneingeschränkten Sachwertschutz zum Teil nicht als hinreichend gewichtig angesehen hat. Dennoch dürfte die Eingriffsschwelle auch diesbezüglich einwandfrei sein. Denn durch die Einschränkung auf „erhebliche“ Eigentumspositionen verwirklicht die Norm keinen uneingeschränkten, sondern allein einen qualifizierten Sachwertschutz. Zu bedenken ist außerdem, dass die Ausführungen des BVerfG allein sehr eingriffsintensive, zumeist heimliche Überwachungsmaßnahmen betrafen. Die neue Generalklausel des Abs.3 erfasst jedoch auch weitaus weniger eingriffsintensive und typischerweise offene Maßnahmen. Jedenfalls diesbezüglich spricht jedoch nichts dagegen, den Schutz auch auf erhebliche Eigentumspositionen zu erstrecken. Sollte ein solcher Schutz im Einzelfall angesichts eines besonderen Gewichts der Eingriffsmaßnahme unverhältnismäßig erscheinen, kann dem durch eine entsprechende Einschränkung auf Rechtsfolgenseite Rechnung getragen werden.

Zu (iii) – Rechtsfolgen: Dass die polizeiliche Generalklausel an die Schwelle der konkreten Gefahr gebunden ist und nicht bereits pauschal im Gefahrenvorfeld greift, ist eine rechtsstaatliche Errungenschaft, die im Kern verfassungsrechtlich abgesichert ist; denn der Gefahrbegriff muss als Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Normalvorstellung der rechtsstaatlichen Konkordanz von Freiheit und Sicherheit unter Ungewissheitsbedingungen verstanden werden, der insbesondere für Generalklausel prinzipiell alternativlos ist (vgl. Möstl, in ders./Schwabebauer, BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen, Rn. 36). Dass Art. 11 Abs. 3 PAG-E eine generalklauselartige Handlungsermächtigung bereits im (wenngleich nicht sehr weit vorgelagerten, s.o.) Gefahrenvorfeld ermöglichen will, ist vor diesem Hintergrund im Ausgangspunkt durchaus etwas Ungewöhnliches und keineswegs Unproblematisches; es wird juristisches Neuland betreten.

Der vorliegende Gesetzentwurf trägt dieser Problematik dadurch Rechnung, dass er in Art. 11 Abs. 3 PAG-E – was die zugelassenen Rechtsfolgen anbetrifft – die Polizei nicht einfach zu den gleichen Maßnahmen ermächtigt, wie dies nach der Generalklausel des Art. 11 Abs. 1, 2 PAG der Fall ist (Maßnahmen zur Abwehr einer Gefahr), sondern in differenzierender Weise davon spricht, die Polizei könne bei drohender Gefahr die notwendigen Maßnahmen treffen, „um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr ... zu verhindern“. Es wird also nicht die klassische Generalklausel (Abs. 1, 2), die zu prinzipiell jedweder notwendigen Maßnahme der Abwehr und Beseitigung einer Gefahr ermächtigt, schlicht in das Gefahrenvorfeld erstreckt (pauschale Ermächtigung zu Gefahrenabwehrmaßnahmen bereits im Gefahrenvorfeld, was problematisch erscheinen müsste), sondern es wird die zwar auch generalklauselartige, aber der Zielrichtung doch andersartige und auf das Gefahrenvorfeld zugeschnittene Befugnis verliehen, Gefahren aufzuklären und ggf. ihre weitere Entstehung zu verhindern. Die Regelung bewahrt auf diese Weise ihre innere Stimmigkeit. Es wird nicht einfach die alte Generalklausel aufgeweicht, vielmehr wird diese um eine andersartige Befugnis im (eng bemessenen) Gefahrenvorfeld ergänzt und zusätzlich flankiert (folgerichtig wird auch normiert, dass Abs. 1 und 2 unberührt bleiben).

Ermächtigt wird zum einen zu Maßnahmen der Gefahraufklärung (Maßnahmen, um den Sachverhalt aufzuklären), d.h. zu rein informationellen Maßnahmen, die selbst (anders als die typische Gefahrenabwehrmaßnahme nach Abs. 1 und 2) noch nicht in den schadensträchtigen Kausalverlauf eingreifen und diesen unter-

brechen wollen, sondern zunächst nur der Informationsbeschaffung dienen. Als so verstandene general-klauselartige Befugnis zu rein informationellen Gefahrerforschungsmaßnahmen im (eng bemessenen) Gefahrenvorfeld ist die Norm verfassungsrechtlich völlig einwandfrei und nicht angreifbar. Denn die Gefahrenschwelle kann richtig betrachtet bereits von vornherein allein für aktionelle Maßnahmen, die in den schadensträchtigen Kausalverlauf eingreifen wollen (d.h. für Gefahrbeseitigungsmaßnahmen), eine rechtsstaatlich maßgebliche Eingriffsschwelle darstellen; auf rein informationelle Maßnahmen, mittels derer noch nicht in den Kausalverlauf eingegriffen werden soll, sondern zunächst nur Informationen erhoben werden sollen, um eine valide Prognosegrundlage zu erhalten, aufgrund derer dann (bei festgestellter Gefahr) ggf. eingegriffen werden kann, mithilfe derer die Polizei also erst herausfinden möchte, ob und wo ggf. eine Gefahr besteht oder im Entstehen begriffen ist (Gefahraufklärungsmaßnahmen), ist die Gefahrenschwelle dagegen bereits von vornherein nicht zugeschnitten (vgl. dazu Möstl, in ders./Schwabebauer, BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen, Rn. 37 mwN). Die polizeiliche Informationserhebung darf daher selbstverständlich bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen, ja muss es sogar, denn Gefahrenabwehr setzt Gefahraufklärung voraus und ist ohne sie nicht denkbar (gerade weil aktionelle, kausalverlaufsrelevante Maßnahmen regelmäßig eine konkrete Gefahr voraussetzen, die auf einer validen, d.h. durch Kenntnisse untermauerten Prognose beruht, muss Gefahraufklärung bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen dürfen). Dass Gefahraufklärungsbefugnisse bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen, ist daher nichts rechtsstaatlich Ungewöhnliches, sondern entspricht auch bereits jetzt geltendem Recht (vgl. die Informationserhebungsgeneralklausel in Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 PAG, die keine konkrete Gefahr voraussetzt, sondern auch der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten dient). Der Mehrwert des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG-E (in der Alternative Sachverhaltsaufklärung) gegenüber dem älteren Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 PAG besteht darin, dass er nicht allein zu Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sondern ggf. auch zu Eingriffen in die Handlungsfreiheit oder in andere Grundrechte ermächtigt, sofern diese der Sachverhaltsaufklärung dienen. Freilich muss die neue Gefahraufklärungsbefugnis in verhältnismäßiger Weise gehandhabt werden. Ein grundsätzliches rechtsstaatliches Problem wirft sie indes nicht auf. Es ist rechtsstaatlich unbedenklich, dass die Polizei auf diese Weise eine general-klauselartige Befugnis zu Gefahrerforschungsmaßnahmen im Gefahrenvorfeld erhält. In gewisser Weise wird dadurch sogar eine Lücke geschlossen (da Gefahrerforschungsmaßnahmen bislang – von der h.M. – nur mit einer gewissen Mühe in die Generalklausel hineingelesen werden konnten, da eine Befugnis, die einer Gefahr voraussetzt, eigentlich nicht dazu ermächtigen kann, herauszufinden, ob überhaupt eine Gefahr vorliegt). Dass die Gefahrerforschungsmaßnahmen auf diese Weise eine (eher eng bemessene, denn sie dürfte wohl auch weiter im Gefahrenvorfeld ansetzen) rechtsstaatlich saubere Normierung erhalten haben, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Etwas komplexer liegen die Dinge, soweit die Befugnis – in Rechtsfolgenalternative 2 – auch dazu ermächtigt, die Entstehung der Gefahr zu verhindern. Denn damit soll, wie die Entwurfsbegründung auch freimütig einräumt, sehr wohl in den potentiell schadensträchtigen Kausalverlauf eingegriffen werden; eine drohende, d.h. im Entstehen begriffene Gefahr soll in ihrer weiteren Entstehung verhindert werden. Für kausalverlaufsrelevante (nicht allein informationelle) Eingriffe der Polizei gilt indes in der Tat die oben genannte verfassungsrechtliche Vermutung, dass diese prinzipiell allein ab der Schwelle der konkreten Gefahr zulässig sein sollen; auch hat das BVerfG im BKAG-Urteil seine Ausführungen zur drohenden Gefahr (d.h. zur zulässigen Absenkung der Eingriffsschwelle) allein auf (und sei es auch eingriffssintensive) Maßnahmen der Gefahraufklärung (heimliche Überwachungsmaßnahmen) und nicht auf Kausalverlaufseingriffe bezogen. Bei drohender Gefahr auch Kausalverlaufseingriffe zu eröffnen, geht insofern über das Urteil des BVerfG hinaus. Der bayerische Gesetzgeber betritt damit indes dennoch kein völliges Neuland, da auch der Bundesgesetzgeber bei der Novellierung des BKAG (wenngleich nicht in der Form einer Generalklausel, sondern auf einzelne Standardermächtigungen bezogen) eben diesen Weg gegangen ist, auch kausalverlaufsrelevante Eingriffe bereits bei Erfüllung der vom BVerfG definierten Vorfeldschwelle zuzulassen (zB beim Aufenthalts- und Kontaktverbot nach § 55 BKAG-E; vgl. dazu meine Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Bundestages am 20.3.2017). Auch in der Sache meine ich, dass die hierdurch zugelassene Vorverlagerung bestimmter aktioneller Befugnisse rechtfertigbar ist. Denn die Gefahren-



schwelle ist zwar Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Normalvorstellung des verhältnismäßigen Ausgleichs von Freiheits- und Sicherheitsinteressen in Ungewissheitslagen, von der jedoch im Einzelfall durchaus abgewichen werden kann, sofern es hierfür entsprechende sachliche Gründe gibt. Eine Vorverlagerung aktioneller Eingriffbefugnisse ist also zwar rechtfertigungsbedürftig, aber u.U. durchaus rechtfertigbar.

So liegen die Dinge auch hier. Denn die bei drohender Gefahr i.S.d. Art. 11 Abs. 3 PAG-E bestehenden Gefahrenlagen, bei denen zwar hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass es zu einer Gewalttat von erheblicher Intensität oder Auswirkung für ein bedeutendes Rechtsgut kommt, aber sich noch nicht konkret absehen lässt, wie, wann und wo sich die Gefahr realisieren wird, zeichnen sich geradezu typischerweise dadurch aus – besonders deutlich ist dies bei Terrorgefahren, aber es gilt im Grunde auch für andere Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung, wie sie Art. 11 Abs. 3 PAG-E im Blick hat –, dass es oftmals als unzureichend erscheint, im Gefahrenvorfeld allein auf Gefahrbeobachtung zu setzen, da das Risiko, dass sich die Gefahr vielleicht plötzlich realisiert, noch bevor sie aufgeklärt ist, angesichts der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter als zu hoch erscheint (gerade bei terroristischen Gefährdungslagen, aber auch bei sonstigen erheblichen Gewalttaten i.S.d. Art. 11 Abs. 3 PAG-E, die sich zumeist verdeckt entwickeln, kann die drohende Gefahr sehr schnell in einen Schaden umschlagen); gleichermaßen kann reine Gefahraufklärung (z.B. in Gestalt permanenter Beobachtung) auch zu aufwändig sein, um eine realistische und praktisch durchführbare Alternative zu einer auch aktionellen Vorgehensweise sein zu können. In all diesen Fällen, wo also reine Gefahrbeobachtung wegen der Gefahr plötzlichen Umschlagens zu riskant ist oder aber praktisch nicht durchführbar oder zu aufwändig, will Art. 11 Abs. 3 PAG-E der Polizei die Befugnis zu einem auch aktionellen Vorgehen, das auf die Verhinderung der Entstehung der Gefahr gerichtet sein muss, ermöglichen. Soweit sich derartige Maßnahmen typisieren lassen (z.B. hinsichtlich des Kontaktverbots oder Aufenthaltsverbots, Art. 16 PAG-E), sieht der Gesetzentwurf eine besondere (ihrerseits an die drohende Gefahr anknüpfende) Standardbefugnis zur Entstehungsverhinderung der Gefahr vor. Es ist jedoch gleichermaßen legitim, wenn der Gesetzgeber – in Art. 11 Abs. 3 PAG-E – bei drohenden Gefahrenlagen, soweit erforderlich, auch zu atypischen Maßnahmen ermächtigen will, um insoweit keine Schutzlücken in Kauf nehmen zu müssen.

Rechtsstaatlich einwandfrei ist eine solche Ermächtigung nach hier vertretener Ansicht, soweit man – was indes ohne weiteres möglich ist – in sie das zusätzliche Erfordernis hineinliest, dass kausalverlaufsrelevante Eingriffe nur zulässig sind, soweit diese tatsächlich erforderlich sind, weil reine Gefahraufklärungsmaßnahmen im konkreten Fall unzureichend erscheinen. Rechtsstaatlicher Normalvorstellung entspricht es nämlich, dass im Gefahrenvorfeld nur Gefahraufklärung zulässig ist; soll stattdessen bereits in den Kausalverlauf eingegriffen werden, bedarf dies zusätzlicher Rechtfertigung. Die daher rechtsstaatlich nötige gesonderte Erforderlichkeitsprüfung in Bezug auf das ausnahmsweise bereits im Gefahrenvorfeld greifende aktionelle Vorgehen muss nicht unbedingt eigens normiert werden, da es bereits unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt (das seinerseits im Erfordernis „notwendige Maßnahmen“ auch einfachgesetzlich konkretisiert ist). Vorzugswürdig wäre es der Klarstellung halber dennoch, wenn z.B. gesagt würde „kann...die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und, *soweit erforderlich*, die Entstehung einer Gefahr...zu verhindern“).

Zu klären bleibt, wie eingriffsintensiv die Maßnahmen sein dürfen, die auf Art. 11 Abs. 3 PAG-E gestützt werden. Für die klassische Generalklausel des Art. 11 Abs. 1, 2 PAG ist anerkannt, dass auf sie auch sehr eingriffsintensive Maßnahmen gestützt werden können, soweit es sich nur um atypische Maßnahmen handelt, die deswegen nicht gesondert normiert sind. Dass dies so ist, ist wiederum Gebot der grundrechtlichen Schutzpflichten, die verlangen, dass die Polizei jedenfalls bei Vorliegen einer konkreten Gefahr prinzipiell in der Lage sein muss, die erforderlichen Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen. Ob sich dieser Gedanke auch in das Gefahrenvorfeld ungeschmälert übertragen lässt, ist nicht sicher. Für die (im Gefahrenvorfeld ansetzende) informationelle Generalklausel des Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 PAG beispielsweise entspricht es ganz herrschender Meinung, dass auf sie nicht jede (noch so eingriffsintensive) Ermittlungsmaßnahme, sondern nur gewöhnliche Datenerhebungseingriffe gestützt werden können, dass also für nach

Eingriffsintensität qualifizierte Eingriffe auch besondere, den Eingriff in rechtsstaatlich bestimmter Weise näher ausgestaltende Standardbefugnisse zur Verfügung stehen müssen (so dass also bei Fehlen einer solchen u.U. nicht frei auf die informationelle Generalklausel zurückgegriffen werden kann). Es könnte überlegt werden, ob Ähnliches auch für Art. 11 Abs. 3 PAG-E anzunehmen wäre – mit der Folge, dass soweit für besonders eingriffsintensive Maßnahmen keine Standardermächtigung zur Verfügung steht, nicht unbegrenzt auf Art. 11 Abs. 3 PAG-E zurückgegriffen werden kann (auf dieser Linie läge es beispielsweise, wenn man sagte, eine besonders eingriffsintensive Maßnahme wie die elektronische Fußfessel muss gesondert gesetzlich geregelt sein – was sie in Art. 32a des Entwurfs ja auch ist –, um zulässig zu sein, sie dürfte jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen nicht allein auf die Generalklausel nach Art. 11 Abs. 3 PAG-E gestützt werden). Ob dies tatsächlich so ist, muss der Gesetzgeber nicht regeln; es handelt sich um eine Auslegungsfrage, die getrost der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es jedenfalls folgerichtig, dass der Gesetzentwurf die neue Schwelle der drohenden Gefahr nicht allein im Rahmen der Generalklausel nach Art. 11 Abs. 3 PAG-E, sondern, soweit typisierbar, auch im Rahmen von neuen Standardbefugnissen (z.B. Art. 16, 32a PAG-E) heranzieht.

### **Zu Fragenkomplex 2 (Aufenthaltsverbote u.Ä.):**

Anders als die meisten anderen deutschen Landespolizeigesetze hatte das PAG bislang keine spezielle Normierung zu längeren (über einen vorübergehenden Platzverweis hinausgehenden) Aufenthaltsanordnungen vorzuweisen. Lückenfüllend musste auf die Generalklausel zurückgegriffen werden. Dies dürfte zwar rechtsstaatlich noch tolerierbar gewesen sein (trotz der Typisierbarkeit der Maßnahme und trotz der verfassungsrechtlichen Anforderung, für typisierbare Eingriffe von qualifiziertem Gewicht nicht auf Dauer auf die Generalklausel zurückzugreifen), dennoch ist es prinzipiell zu begrüßen, wenn nun (für einen wichtigen Ausschnitt aus dem Bereich der längerfristigen Aufenthaltsanordnungen) eine spezialgesetzliche Regelung zur Verfügung gestellt wird. Für Aufenthaltsanordnungen in Allgemeinverfügungsform und solche nach dem LStVG bleibt es allerdings bei einer generalklauselartigen Regelung.

Dass Platzverweisungen, Aufenthalts- und Kontaktverbotsregelungen auch bereits bei drohender Gefahr (also im eng bemessenen Gefahrenvorfeld i.S.d. Art. 11 Abs. 3 PAG-E) greifen sollen, halte ich für verfassungsrechtlich einwandfrei. Regelungen dieser Art dürften sich als geradezu typische Maßnahme der vorsorglichen Verhinderung des Entstehens und der weiteren Verfestigung einer im Entstehen begriffenen konkreten Gefahr darstellen, so dass die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr angemessen und passend erscheint. Zulässig ist die Vorverlagerung jedenfalls (vgl. bereits bei Frage 1), wenn sich begründen lässt, warum es im jeweiligen Fall (etwa wegen des Risikos plötzlichen Umschlagens in einen Schaden bei verdeckter Gefahrerregung) nicht ausreichend erscheint, sich im Gefahrenvorfeld auf reine Gefahraufklärung zu beschränken. Dass Aufenthaltsanordnungen auch bereits bei drohender Gefahr greifen sollen, entspricht einer gesetzgeberischen Einschätzung und Wertung, die auch der Bundesgesetzgeber der neuen Regelung in § 55 BKAG-E zugrunde legen will.

Einen Richtervorbehalt in der Art des geplanten § 55 Abs. 3 BKAG-E halte ich für nicht erforderlich, da sich die einschlägigen Maßnahmen (selbst in der schärfsten Variante des Aufenthaltsgebots, also des Gebots, einen bestimmten Wohn- oder Aufenthaltsort nicht zu verlassen) nicht zu einem Eingriff in die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG mit Richtervorbehalt Art. 104 Abs. 2 GG) verdichten dürften; hierzu müssten sie nach Ausmaß, Intensität und Art der zwangsweisen Durchsetzung einem Hausarrest gleichkommen (Di Fabio, in Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Satz, Rn. 28), was nicht der Fall ist. Auch die vergleichbaren Regelungen anderer Bundesländer (z.B. § 27a PolG BW, § 31 HSOG, § 18 NdsSOG, § 34 PolG NRW) kennen keinen Richtervorbehalt. Auch Folgeregelungen in der Art des § 55 Abs. 4, 5 BKAG halte ich jedenfalls in dieser Form für nicht zwingend; dass die Anordnung nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen hinreichend bestimmt zu sein hat, begründet werden muss und richterliche Überprüfung unterliegt, versteht sich von selbst.

Dass im Falle der Nichtbefolgung der Anordnung – unter den dort näher bestimmten materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen – eine Ingewahrsamnahme in Betracht kommt (Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E), ist konsequent und unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Auch die Verknüpfung mit einer, soweit erforderlich, möglichen EAÜ-Anordnung (Art. 32 Abs. 2 Satz 2 PAG-E) erscheint sinnvoll und folgerichtig (gleiche Wertung in § 56 BKAG-E).

### **Zu Fragenkomplex 3 (EAÜ):**

Personen, von denen drohende Gefahren von Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung für bedeutende Rechtsgüter i.S.d. Art. 11 Abs. 3 PAG-E ausgehen („Gefährder“), mithilfe klassischer Methoden lückenlos zu observieren, ist oftmals praktisch nicht möglich oder jedenfalls extrem aufwändig. Sie zeitweise ganz aus den Augen zu verlieren, ist angesichts der möglicherweise auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter und der bereits der Art nach konkretisierten Gefahrenlage andererseits oftmals nicht vertretbar. In solchen Fällen kann eine elektronische Aufenthaltsüberwachung eine sinnvolle und auch verhältnismäßige Alternative oder Ergänzung darstellen; ggf. sinnvoll erscheint eine EAÜ auch zur Flankierung von Aufenthaltsanordnungen nach Art. 16 PAG-E. Diese Wertung liegt jedenfalls auch der Einschätzung des Bundesgesetzgebers zugrunde, der eine vergleichbare Befugnis schaffen will (§ 56 BKAG-E). Diese Regelung im Hinblick auf die nur eingeschränkte Zuständigkeit des BKA landesrechtlich zu flankieren und zu ergänzen, ist ein legitimes Anliegen. Dass mithilfe einer EAÜ Anschläge nicht stets verhindert werden können (vgl. den Anschlag auf einen Priester in Frankreich), ändert nichts daran, dass die EAÜ nach Maßgabe einer Prüfung im Einzelfall eine prinzipiell geeignete, erforderliche und auch angemessene Maßnahme darstellen kann.

Für prinzipiell angemessen halte ich es auch, diese Befugnis an die Schwelle einer drohenden Gefahr für bedeutsame Rechtsgüter zu knüpfen (vgl. im dazu im Einzelnen und auch zu den zu beachtenden Maßgaben meine Antwort zu Frage 1); Gleiches plant in der Sache auch der Bundesgesetzgeber.

Nach Maßgabe gesonderter richterlicher Anordnung und besonderer materieller Voraussetzungen ggf. auch die Erstellung eines Bewegungsbildes zuzulassen, erscheint mir – je nach Einzelfall – durchaus rechtfertigbar und darf vom Gesetzgeber daher vorgesehen werden.

Die neue Befugnisnorm wird von einer Fülle an prozeduralen Pflichten und datenschutzrechtlichen Regelungen begleitet, deren Einzelprüfung in diesem Rahmen nicht geleistet werden kann. Auf den ersten Blick kann ich gravierende Defizite jedenfalls nicht erkennen.

### **Zu Fragenkomplex 4 (Sanktionierung EAÜ):**

Im Falle einer Nichtbefolgung der EAÜ u.U. eine Ingewahrsamnahme zuzulassen (Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E), halte ich für eine auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten folgerichtige und gut vertretbare Regelung. Zwar ist es so, dass eine pauschale Ermächtigung für präventiven Gewahrsam bereits ab der Schwelle drohender Gefahren (also im Gefahrenvorfeld, ab der die EAÜ greifen kann) als problematisch angesehen werden müsste (siehe Fragenkomplex 5), zusammen mit dem Umstand einer willentlichen Nichtbefolgung der – bereits bei drohenden Gefahren zulässigen – EAÜ-Anordnung ergibt sich jedoch eine solche Verdichtung der Gefahrbeurteilung (nicht kooperationswilliger Gefährder), dass eine Ingewahrsamnahme gerechtfertigt sein kann, weil das mildere Mittel der EAÜ offensichtlich keinen Erfolg verspricht; im Rahmen der Zumutbarkeit fällt dabei ins Gewicht, dass der Betroffene einen wesentlichen Grund für die Ingewahrsamnahme selbst gesetzt hat. Freilich darf die Ermächtigung zur Ingewahrsamnahme bei Nichtbefolgung der EAÜ-Anordnung nicht als Automatismus angesehen werden; sie bleibt, wie die Entwurfsbegründung sagt, „letztes Mittel“ und hängt von einer eigenständigen Gefahrbeurteilung ab, ob angesichts der zumindest drohenden Gefahrenlage, aufgrund derer die EAÜ angeordnet wurde, in Verbindung mit deren willentlicher Nichtbeachtung, tatsächlich eine solche Verdichtung der Gefahrbeurteilung eingetreten ist, dass nunmehr ein so weitreichender Eingriff wie eine Ingewahrsamnahme gerechtfertigt erscheint.



Die vorsätzliche Nichtbeachtung der EAÜ-Anordnung zusätzlich straf- oder zumindest ordnungswidrigkeitsrechtlich zu sanktionieren (so die geplante Lösung des Bundesgesetzgebers in § 87 BKAG-E), wäre prinzipiell durchaus vorstellbar und auch gut vertretbar, denn wenn fast alle wichtigen öffentlich-rechtlichen Pflichten normalerweise auch mit repressiven Sanktionen bewehrt sind, warum auch nicht diese? Zu bedenken ist andererseits, dass eine solche Sanktionsbewehrung keine Maßnahme der Gefahrenabwehr wäre und keineswegs stets geeignet, eine etwaige Gefahr einzudämmen, denn die Sanktion verfolgt rein repressive Zwecke (es geht nicht um Gefahrenabwehr) und auch eine möglicherweise in Betracht kommende Untersuchungshaft, ganz abgesehen davon, dass sie an enge Voraussetzungen geknüpft ist, die keineswegs stets vorliegen dürften, ist keine Maßnahme der Gefahrenabwehr. Es ist also auf jeden Fall – ganz unabhängig von der Frage einer möglicherweise auch repressiven Bewehrung – sinnvoll, im PAG eine Gefahrenabwehrmaßnahme zu normieren, die in geeigneter Weise auf die zusätzliche Verdichtung der Gefahrenlage reagiert, die durch eine willentliche Nichtbeachtung der EAÜ-Anordnung eingetreten ist, und imstande ist, diese Gefahr verlässlich zu unterbinden. Diese Gefahrenabwehrmaßnahme, die letztlich auf drohende oder konkrete Gefahren für bedeutende Rechtsgüter abstellt, wiederum ist in keiner Weise davon abhängig, dass eine repressive Sanktionsnorm für EAÜ-Verstöße existiert. Es handelt sich bei ihr im strengen Sinne auch nicht um eine Sanktion (im Sinne einer Bestrafung), sondern um eine eigenständige Gefahrenabwehrmaßnahme aufgrund einer neuen Gefahrbeurteilung, also gleichsam um eine nächste Eskalationsstufe im Rahmen der zur Verfügung stehenden präventiven Gefahrenabwehrbefugnisse.

#### **Zu Fragenkomplex 5 (Gewahrsamnahme):**

Dass der Gesetzentwurf in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E die Möglichkeit eröffnen will, die Ingewahrsamnahme als „ultima ratio“ (vgl. Entwurfsbegründung“) auch im Falle der konkreten Gefahr für besonders bedeutende Rechtsgüter zuzulassen, halte ich für gut vertretbar; auch sehe ich keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Hindernisse. Von der bisherigen Konzeption des Sicherheitsgewahrsams nach Abs. 1 Nr. 2 unterscheidet sich die neue Befugnis, indem sie nicht zwingend an eine „unmittelbar bevorstehende“ Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit anknüpft, sondern – zeitlich vorgelagert – die konkrete Gefahr einer Begehung in überschaubarer Zeit ausreichen lässt. Im Gegenzug allerdings sind auch die bedrohten Rechtsgüter deutlich stärker eingeschränkt, als das bei Nr. 2 der Fall ist (Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit), indem allein die in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E genannten „bedeutenden Rechtsgüter“ (also nicht alle durch Straftaten oder ggf. sogar Ordnungswidrigkeiten bedrohten Rechtsgüter) in Bezug genommen werden; durch die ausdrückliche Ausnahme der „erheblichen Eigentumspositionen“ (Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 PAG-E) trägt der Entwurf überdies der Rspr. des BVerfG Rechnung, das wiederholt zu erkennen gegeben hat, dass es bei sehr intensiven Eingriffen einen uneingeschränkten Sachwertschutz u.U. nicht als zur Eingriffsrechtfertigung ausreichend ansieht. Einen prinzipiellen Verhältnismäßigkeitsmangel kann ich in alledem nicht erkennen. Dies gilt umso mehr, als es mir auf der Hand zu liegen scheint, dass es insbesondere im Bereich Terrorismus oder erheblicher Gewalttaten i.S.v. Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG-E, ggf. aber auch in sonstigen Deliktsbereichen, einer konkreten Person zurechenbare Gefahrenlagen geben kann, die sich angesichts der auf dem Spiele stehenden Güter, der verdeckten Begehungsweise und des Risikos einer plötzlichen Gefahrrealisierung nicht adäquat bekämpfen lassen, indem man zuwartet, bis die Schadensrealisierung „unmittelbar bevorsteht“. Freilich muss in jedem Falle streng geprüft werden, ob eine so einschneidende Maßnahme wie die Ingewahrsamnahme im jeweiligen Einzelfall wirklich (auch im Verhältnis zu in Betracht kommenden mildereren Mitteln, wie z.B. Maßnahmen nach Art. 16 PAG-E oder Art. 32a PAG-E) erforderlich und zumutbar ist, insbesondere weil – ohne Ingewahrsamnahme – befürchtet werden müsste, dass ein gravierender Schaden für ein bedeutendes Rechtsgut u.U. nicht verhindert werden könnte.

Zu begrüßen ist, dass der Gesetzentwurf in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E nicht bereits generell eine „drohende Gefahr“ im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG-E (sondern nur eine konkrete Gefahr) ausreichen lassen will, um eine Ingewahrsamnahme zu rechtfertigen. Eine grundsätzlich bereits im (und sei es auch nicht sehr weit bemessenen) Gefahrenvorfeld ansetzende Befugnis zum „schärfsten Schwert“ der Inhaftierung hätte ein

erhebliches verfassungsrechtliches Risiko bedeutet. Es scheint mir ausreichend, dass in diesem Gefahrenvorfeld Überwachungsmaßnahmen, Aufenthaltsanordnungen und ggf. die EAÜ möglich sind, bei deren Nichtbeachtung dann wiederum eine Ingewahrsamnahme in Betracht kommt (Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG-E); hier ist es das zusätzliche Erfordernis der selbstverantworteten Nichtbeachtung einer polizeilichen Anordnung, das zu einer neuen Gefahrbeurteilung führt und ein Ansetzen bereits im Gefahrenvorfeld rechtfertigt. Im Verhältnis hierzu ist es stimmig, wenn ohne solch hinzutretendes Element für Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E eine konkrete Gefahr zu fordern ist, das Gefahrenvorfeld also verschlossen bleibt. Zu bedenken wäre auch gewesen, dass bei drohenden Gefahren (z.B. weil von jemandem bekannt ist, dass er ein Terrorausbildungslager besucht hat) die Haft u.U. zeitlich sehr lange vor einer (noch gar nicht konkret absehbaren, sondern nur der Art nach konkretisierbaren) möglichen Tatbegehung hätte ansetzen dürfen. Nimmt man hinzu, dass es keine strikte zeitliche Höchstgrenze für den Präventivgewahrsam mehr geben soll, hätten sich u.U. sehr lange, nicht mehr sinnvoll begrenzbar Haftdauern ergeben. Dies hätte verfassungsrechtlich problematisch erscheinen müssen. Bei der Begrenzung auf konkrete Gefahrenlagen (jedenfalls in dem engen Sinne, wie dies vom BVerfG angenommen wird, vgl. Fragenkomplex 1: zeitlich überschaubare und nicht nur der Art nach, sondern auch bereits in örtlicher/zeitlicher/kausalverlaufsmäßiger Hinsicht konkretisierbare Gefahrenlagen) besteht dieses Problem nicht, denn hier ist es die konkretisierbare Gefahrenlage selbst, die eine sinnvolle und zeitlich überschaubare Eingrenzung der Haftdauer ermöglicht.

Für verfassungsrechtlich akzeptabel halte ich es, dass in Art. 20 Nr. 3 PAG-E an die Stelle einer starren zeitlichen Obergrenze von 2 Wochen eine Begrenzung auf längstens drei Monate mit Verlängerungsmöglichkeit aufgrund periodischer Prüfung treten soll. Die frühere 2-Wochenfrist war folgerichtiger Ausdruck einer prinzipiell auf besonders akute Gefahrenlagen beschränkten und der Verhinderung unmittelbar bevorstehender Straftaten dienenden Befugnis; ebenso folgerichtig ist es, dass diese pauschale 2-Wochen-Höchstfrist nicht mehr passt, wenn nunmehr die Befugnis in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 PAG-E in bestimmten Konstellationen (zum Schutz qualifizierter Rechtsgüter) allgemein auf konkrete Gefahren (auch ohne unmittelbar bevorstehenden Schaden) oder (zur Durchsetzung nicht befolgter Anordnungen) ggf. sogar auf drohende Gefahrenlagen erstreckt wird. Hierzu können nämlich im Einzelfall auch längere Haftdauern nötig sein. Klar ist andererseits, dass die Freiheitsentziehung als sehr tiefgreifender Eingriff – auch in zeitlicher Hinsicht – strengsten Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegt, die sich umso schärfer auswirken, je länger die Haft andauert. Aus all dem lässt sich verfassungsrechtlich jedoch keine starre zeitliche Höchstgrenze ableiten. Dies ist z.B. auch im Bereich der Untersuchungshaft so, wo eine Fortdauer über 6 Monate hinaus je nach Rechtfertigungslage sehr wohl in Betracht kommt (§ 121 StPO), ohne dass die Verfassung entgegenstehe (vgl. Di Fabio, Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Rn. 56). Die präventive Verhinderung schwerer Rechtsgutsverletzungen, wie sie Art. 17 PAG-E bezweckt, ist jedoch im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflichten keineswegs ein weniger gewichtiges Ziel als die Sicherung des Strafanspruchs, um die es bei der Untersuchungshaft geht. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn es der Gesetzgeber (wie dies auch andere Gesetze tun, vgl. Entwurfsbegründung) dem Richter anvertraut, im Einzelfall eine nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten akzeptable Haftdauer zu bestimmen, ohne dass eine absolute Obergrenze vorgegeben wäre. Wichtig – aber auch vorgesehen – ist freilich, dass eine periodische Prüfung der Berechtigung der Fortdauer stattfindet.

Auch mit den Vorgaben der EMRK dürfte die geplante Regelung des Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E vereinbar sein, auch wenn man die relativ strenge – und keineswegs unumstrittene – einschlägige Rspr. des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. b EMRK zugrunde legt (EGMR NVwZ 2014, 43 ff.; dazu auch BVerfG NVwZ 2016, 1079). Denn wenn dort für den Fall der Haft zur Verhinderung von Straftaten verlangt wird, diese zu verhindernden Straftaten müssten bereits so „bestimmt und konkret“ sein, dass Ort und Zeit der möglichen Straftaten sowie ihr mögliches Opfer hinreichend konkretisiert sind, so dürfte sich das mit dem Erfordernis (nicht nur der Art nach, sondern auch bereits in zeitlicher/örtlicher/kausalverlaufsmäßiger Hinsicht konkretisierter) konkreter Gefahrenlagen decken, wie sie von Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E gefordert werden, jedenfalls wenn man das recht strenge diesbezügliche Begriffsverständnis des BVerfG zugrunde legt (vgl. dazu ausführlich zu Fragenkomplex 1); auch vor dem Hintergrund der EMRK ist es so gesehen zu begrüßen, dass

der Gesetzentwurf nur auf konkrete Gefahren und nicht auf drohende Gefahrenlagen abstellt (die diesen zeitlich/örtlichen Konkretisierungsgrad gerade noch nicht aufweisen). Auch dem EMRK-Erfordernis, dass es Hinweise gibt, dass der Betroffene Pflichten zur Straftatenunterlassung, auf die er hingewiesen worden ist, nicht nachkommen wird, wird sich prozedural vor Anordnung einer Ingewahrsamnahme, wie die Entwurfsbegründung zu Recht sagt, regelmäßig genügen lassen. Im Lichte der EMRK und der EGMR-Rspr. von vornherein unproblematisch erscheinen die Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG-E da hier die konkrete Nichtbefolgung angeordneter Pflichten inmitten steht. Zu beachten ist schließlich, dass die EMRK – trotz ihres für den Landesgesetzgeber bindenden Rangs eines einfachen Bundesgesetzes – nicht die gleiche Bindungskraft zu entfalten vermag wie das GG; gerade in mehrpoligen Verfassungsverhältnissen – wenn also z.B. wie hier Schutzpflichten zugunsten Dritter gegen Abwehrrechte des Betroffenen stehen – kann die Direktivkraft der EMRK begrenzt sein (vgl. BVerfGE 128, 326, Leitsatz 2.c.). Die EMRK könnte keinen Maßnahmen entgegenstehen, die von den grundrechtlichen Schutzpflichten verlangt werden.

#### **Zu Fragenkomplex 6 (Quellen-TKÜ):**

Die Regelung entspricht in der Grundstruktur derjenigen in § 20I Abs. 2 BKAG, die das BVerfG gebilligt hat (BKAG-Urteil, Rn. 118 f., 234); vgl. auch § 51 Abs. 2 BKAG-E. Verfassungsrechtliche Probleme vermag ich bei überschlägiger Betrachtung nicht zu erkennen (vgl. dazu auch Brodmerkel, <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/>, unter 6.); dies gilt auch für die konkretisierenden Regelungen in Art. 34a Abs. 1a Sätze 2 ff. PAG-E, deren Bedeutung ich ohne nähere Erläuterung und Prüfung ich jedoch nicht ins letzte einzuschätzen vermag; die Ausführungen der Entwurfsbegründung erscheinen mir jedenfalls plausibel. Eine gesonderte Unterrichtungspflicht an den Landtag vergleichbar Art. 34d Abs. 9 PAG halte ich aufgrund der im Vergleich zur Online-Durchsuchung anders gelagerten Grundrechtsrelevanz für nicht zwingend erforderlich.

#### **Zu Fragenkomplex 7 (Speicherfrist bei offener Videografie):**

Hier fehlt mir ohne nähere Einarbeitung der Sachverstand, um die Notwendigkeit einer Ausweitung der Speicherfrist verlässlich beurteilen zu können. Dass eine über einen sehr kurzen Zeitraum hinausgehende Verfügbarkeit dieser Daten angesichts der heutigen Sicherheitslage für die Straftatenverhütung und ggf. auch für die Strafverfolgung wichtig ist, scheint mir plausibel.

Bayreuth, den 10.5.2017

Prof. Dr. Markus Möstl