

Prof. Dr. Dr. Ino Augsberg

An den
Bayerischen Verfassungsgerichtshof
80097 München

26. März 2018

Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 der Bayerischen Verfassung über die Frage der Verfassungskonformität des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ vom 24. Juli 2017 (GVBl. 2017, S. 388)

Im Rahmen einer Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 BV, Art. 2 Nr. 8 VfGHG zwischen

der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bayerischen Landtag

– Antragstellerin –

und

1. der Fraktion der Christlich-Sozialen Union im Bayerischen Landtag
2. der Bayerischen Staatsregierung

– Antragsgegner –

beantrage ich namens und im Auftrag der Antragstellerin:

Es wird festgestellt, dass § 1 Nr. 2–6, 8, 9, 11 und 12 des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ vom 24. Juli 2017 (GVBl. 2017, S. 388) Art. 3 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 100, 101, 102 BV verletzen und daher nichtig sind.

Die Vollmacht für die Vertretung im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof liegt bei (Anlage 1).

Anlagen

- Anlage 1: Vollmacht für die Prozessvertretung
- Anlage 2: Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, GVBl. 2017, S. 388
- Anlage 3: Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299
- Anlage 4: Protokoll der ersten Lesung des Gesetzentwurfs am 25. April 2017; Plenarprotokoll Nr. 102
- Anlage 5: Wortprotokoll (von den Rednerinnen und Rednern nicht autorisiert) der Sachverständigenanhörung in der 72. Sitzung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport am 17. Mai 2017
- Anlage 6: Schriftliche Stellungnahmen der Sachverständigen zur Anhörung am 17. Mai 2017
- Anlage 7: Protokollauszug der 74. Sitzung des Ausschusses für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am 22. Juni 2017
- Anlage 8: Protokoll der zweiten Lesung des Gesetzentwurfs am 19. Juli 2017; Plenarprotokoll Nr. 109

Gliederung

- A. Sachverhalt
 - I. Gesetzgebungsverfahren
 - II. Zum Inhalt der Neuregelung
- B. Zulässigkeit des Antrags
 - I. Rechtsweg zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof
 - II. Beteiligtenfähigkeit
 - 1. Antragsberechtigung der Antragstellerin
 - 2. Beteiligtenfähigkeit der Antragsgegner
 - III. Antragsgegenstand
 - IV. Antragsbefugnis
- C. Begründetheit des Antrags
 - I. Verfassungswidrigkeit der Einführung der Kategorie der „drohenden Gefahr“ (§ 1 Nr. 2–6, 9, 11 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)
 - 1. Regelungsinhalt und Anwendungsbereich der neuen Kategorie
 - 2. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot
 - 3. Verstoß gegen das Übermaßverbot
 - 4. Verhältnis der bayerischen Neuregelung zur bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur im Urteil zum BKA-Gesetz
 - II. Verfassungswidrigkeit der Neuregelung zu Kontaktverboten, Aufenthaltsgeboten und -verboten (§ 1 Nr. 5 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)
 - 1. Der Inhalt der Neuregelung

2. Verstoß gegen das Übermaßverbot
3. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK
- III. Verfassungswidrigkeit der Neuregelung des Präventivgewahrsams (§ 1 Nr. 8 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)
 1. Regelungsinhalt der Vorschrift
 2. Verstoß gegen das Übermaßverbot
 3. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK
- IV. Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 1 Nr. 12 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)
 1. Regelungsinhalt der Vorschrift
 2. Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

A. Sachverhalt

I. Gesetzgebungsverfahren

Am 1. August 2017 trat in Bayern das „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ in Kraft. Einen Tag zuvor, am 31. Juli 2017, wurde es verkündet (GVBl. 2017, S. 388; Anlage 2); eine Woche zuvor, am 24. Juli 2017, hatte der Bayerische Landtag mit den Stimmen der die Regierung tragenden Fraktion der Christlich-Sozialen Union das Gesetz angenommen. Die Abgeordneten der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN stimmten gegen den Entwurf. Die Abgeordneten der SPD-Fraktion sowie der Fraktion der FREIEN WÄHLER enthielten sich der Stimme.

Das Gesetz geht zurück auf einen Entwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017 (LT-Drs. 17/16299; Anlage 3). Dieser Entwurf wurde in zwei Lesungen im Plenum debattiert. Zwischen den beiden Lesungen erfolgte im Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport am 17. Mai 2017 eine Expertenanhörung. Zwei Änderungsanträge wurden von Seiten der CSU-Fraktion eingebracht und angenommen, ein Änderungsantrag der Fraktion der FREIEN WÄHLER wurde abgelehnt.

II. Zum Inhalt der Neuregelung

In der Sache beinhaltet die gesetzliche Neuregelung vor allem Änderungen des Polizeiaufgabengesetzes (PAG), aber auch des Bayerischen Datenschutzgesetzes (BayDSG) sowie des Landesstraf- und Verordnungsgesetzes (LStVG).

Die gravierendste Änderung betrifft die Einführung einer dem geltenden Polizeirecht bislang unbekanntes neuen Gefahrenkategorie. Bisher wurde als tatbestandliche Voraussetzung des polizeilichen Handelns sowohl im Rahmen der Standardbefugnisse wie im Rahmen der Generalklausel das Vorliegen einer „konkreten Gefahr“ gefordert. Nach der Neukonzeption soll nun die neue Kategorie der „drohenden Gefahr“ als weitere mögliche Eingriffsvoraussetzung hinzutreten. Mit ihr werden nach der ausdrücklichen gesetzgeberischen Intention polizei-

liche Eingriffsbefugnisse in einen Bereich vorverlagert, in dem noch nicht von einer konkreten Gefahr gesprochen werden kann. Die „drohende Gefahr“ dient gegenüber diesem traditionellen Verständnis vielmehr dazu, auch das (mögliche) Vorbereitungsstadium späterer etwaiger Gefahrverursachungen zu erfassen.

Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 9 f.

Durch den neu geschaffenen Art. 32a PAG sieht das Gesetz zudem nunmehr auch im Bereich der präventiven Polizeiarbeit die Möglichkeit einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung (in Form einer sog. „elektronischen Fußfessel“) vor.

Außerdem hebt die Neuregelung die gesetzlich normierte Höchstdauer des Präventivgewahrsams auf (Art. 20 PAG).

Das Gesetz schafft ferner einen neuen Art. 34a Abs. 1a PAG, der die (vorliegend nicht angegriffene) Möglichkeit einer Quellen-Telekommunikationsüberwachung enthält. Schließlich modifiziert die Neuregelung die bislang geltende Höchstspeicherfrist bei offenen Bild- und Tonaufzeichnungen nach Art. 32 Abs. 4 PAG sowie Art. 21a BayDSG; diese Frist wird anstelle der bislang geltenden drei Wochen auf zwei Monate erhöht.

B. Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag ist zulässig. Die Zuständigkeit des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs für das beantragte Verfahren folgt aus Art. 75 Abs. 3 BV (I.). Sowohl die Antragstellerin wie die beiden Antragsgegner sind gemäß Art. 49 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 VfGHG beteiligtenfähig (II.). Auch ein ordnungsgemäßer Antragsgegenstand (III.) sowie die erforderliche Antragsbefugnis (IV.) liegen vor.

I. Rechtsweg zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof ist für das beantragte Verfahren zuständig. Gemäß Art. 75 Abs. 3 BV entscheidet der Bayerische Verfassungsgerichtshof Meinungsstreitigkeiten darüber, ob durch ein Gesetz die Verfassung geändert wird. Art. 49 Abs. 1 VfGHG präzisiert diese Formulierung dahingehend, dass mit der genannten Änderung eine unzulässige, da nicht im vorgesehenen Verfahren des Art. 75 BV erfolgende Änderung, das heißt eine Verletzung der Verfassung gemeint ist.

Vgl. VerfGHE 25, 97 (107); 39, 96 (136); 47, 241 (252); VerfGH, Entsch. v. 21.11.2016, Vf. 15-VIII-14 u. 8-VIII-15 (<http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/>), Rn. 56.

Der Sache nach ermöglicht Art. 75 Abs. 3 BV damit in der äußeren Form eines Organstreits eine abstrakte Normenkontrolle.

Vgl. so zu Recht Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rn. 11.

Auf eine derartige vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof vorzunehmende Normenkontrolle richtet sich der vorliegende Antrag.

II. Beteiligtenfähigkeit

1. Antragsberechtigung der Antragstellerin

Die Antragstellerin ist eine Fraktion im Bayerischen Landtag. Als solche ist sie im Verfahren nach Art. 75 Abs. 3 BV antragsberechtigt gemäß Art. 49 Abs. 2 Satz 1 VfGHG. Bereits die frühe Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs hatte diesbezüglich festgestellt, dass die Fraktionen den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen oder Teilen derselben zumindest gleichzusetzen sind, weil sie in sich die Mehrheit der mit gegenteiligen Auffassungen sich gegenüberstehenden Abgeordneten vereinigen.

Vgl. VerfGHE 25, 97 (108); 47, 241 (252); 55, 28 (35).

Seit der Verfassungsänderung vom 15. Dezember 1998 (GVBl. S. 991) folgt die Beteiligtenfähigkeit von Fraktionen auch aus dem neu eingeführten Art. 16a BV, der ausdrücklich geltend macht, dass die Fraktionen selbst als eigenständige, mit eigenen Rechten ausgestattete Teile des obersten Staatsorgans Landtag anzusehen sind.

Vgl. demgemäß jetzt VerfGH, *Entsch. v. 21.11.2016, Vf. 15-VIII-14 u. 8-VIII-15* (<http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/>), Rn. 60. Näher Lindner, *Bayerisches Staatsrecht*, 2011, Rn. 147 u. 545.

Der Unterzeichner fungiert als Bevollmächtigter gemäß Art. 49 Abs. 2 Satz 2 VfGHG.

2. Beteiligtenfähigkeit der Antragsgegner

a) Antragsgegnerin zu 1

Die Antragsgegnerin zu 1 ist eine Fraktion. Ihre grundsätzliche Beteiligungsfähigkeit beruht entsprechend zur Antragsberechtigung der Antragstellerin auf ihrem Status als einem Teil des obersten Staatsorgans Landtag, das durch die Verfassung mit eigenen Rechten ausgestattet ist.

Die Benennung dieser anderen Fraktion als Antragsgegnerin ist zulässig. Wie Art. 49 Abs. 2 Satz 3 VfGHG zeigt, sind auch Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Landtags möglich. Vorliegend vollzieht sich die interne Auseinandersetzung zwischen der antragsberechtigten Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu 1. Diese bildet die Mehrheitsfraktion im Landtag, mit deren Stimmen die hier streitgegenständliche Neuregelung verabschiedet wurde.

Vgl. entsprechend VerfGHE 47, 241 (253); 55, 28 (35); VerfGH, Entsch. v. 21.11.2016, Vf. 15-VIII-14 u. 8-VIII-15 (<http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/>), Rn. 60.

b) Antragsgegnerin zu 2

Die Antragsgegnerin zu 2 ist als Staatsregierung ein oberstes Staatsorgan des Freistaats Bayern. Ihre allgemeine Beteiligtenfähigkeit folgt aus Art. 49 Abs. 1 VfGHG.

Vgl. VerfGHE 25, 97 (107).

Auch die Antragsgegnerin zu 2 ist zulässigerweise als Antragsgegnerin benannt, da sie den ursprünglichen Gesetzentwurf in den Landtag eingebracht und damit das Gesetzgebungsvorhaben gemäß Art. 71 BV initiiert hat.

Vgl. entsprechend VerfGH, Entsch. v. 21.11.2016, Vf. 15-VIII-14 u. 8-VIII-15 (<http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/>), Rn. 60; Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rn. 12.

III. Antragsgegenstand

Antragsgegenstand ist die Frage der Verfassungskonformität des von der Antragsgegnerin zu 2 eingebrachten und mit den Stimmen der Mitglieder der Antragsgegnerin zu 1 im Landtag verabschiedeten „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ vom 24. Juli 2017 (GVBl. 2017, S. 388). Der ge-

naue Umfang der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes wird im vorliegenden Antrag näher bestimmt (unter C.).

IV. Antragsbefugnis: Vorliegen einer Meinungsverschiedenheit

1. Allgemeine Voraussetzungen

Die Meinungsverschiedenheit muss zwischen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen oder Teilen davon entstanden und bereits im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens im Landtag erkennbar geworden sein.

Vgl. VerfGHE 39, 96 (136); 47, 184 (189); 47, 241 (252 f.); 52, 104 (119 f.); 55, 28 (35).

Erforderlich ist dabei, dass die bereits im Gesetzgebungsverfahren ausgetragene Auseinandersetzung und der später im Verfahren der Meinungsverschiedenheit benannten Streitgegenstand übereinstimmen. Auf den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift bezogen besagt das, dass sowohl bezüglich der vorgeblich verletzenden Vorschriften wie bezüglich der als verletzt bezeichneten Verfassungsvorschriften eine weitgehende Identität zwischen der bereits im Gesetzgebungsprozess erfolgten Rüge und dem späteren Vortrag im Rahmen der Meinungsverschiedenheit gegeben sein muss.

Vgl. VerfGHE 25, 97 (109); 47, 241 (252 f.); 55, 28 (35).

Während der Gesetzesberatung artikulierte lediglich ganz allgemein gehaltene Zweifel an der Verfassungskonformität genügen dieser Anforderung nicht.

Vgl. VerfGHE 21, 110 (115); Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rn. 13.

Das heißt nicht, dass jede einzelne Bestimmung, die Gegenstand der Meinungsverschiedenheit vor dem Verfassungsgerichtshof werden kann, bereits im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich als verfassungswidrig gerügt werden muss. In das spätere Verfahren können auch Normen mit einbezogen werden, die zuvor

nicht separat genannt wurden. Erforderlich ist jedoch, dass sie mit einer explizit gerügten Norm in so engem sachlichen Zusammenhang stehen, dass die Kritik auf beide bezogen werden kann.

Vgl. VerfGHE 3, 115 (119); Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rn. 13.

2. Anwendung auf den vorliegenden Antrag

Diesen Anforderungen ist hier Genüge getan. Die Antragstellerin hat, vor allem in Form von Stellungnahmen durch die Fraktionsvorsitzende Katharina Schulze, dem gesetzgeberischen Vorhaben der beiden jetzigen Antragsgegner wiederholt widersprochen. Sie hat dabei im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht nur immer wieder auf ihre Auffassung hingewiesen, dass die streitgegenständlichen Neuregelungen nicht mit den Bestimmungen der Bayerischen Verfassung vereinbar sind, sondern diese allgemeinen Bedenken auch mit Bezug auf einzelne Teile der Vorschrift und die ihnen entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Positionen spezifiziert.

Entsprechende Bedenken hat die Fraktionsvorsitzende im Namen der Antragstellerin bereits während der ersten Lesung des Gesetzentwurfs vorgetragen.

Vgl. den Redebeitrag von Katharina Schulze während der ersten Lesung des Gesetzentwurfs am 25. April 2017; Plenarprotokoll Nr. 102 v. 25. April 2017 (Anlage 4), S. 14 ff.

Ausdrücklich hat sie dabei insbesondere auf die Gefahr verwiesen, dass „die Freiheitsrechte aller Bürgerinnen und Bürger durch den massiven Ausbau polizeilicher Befugnisse ausgehöhlt werden“. In diesem Kontext ist explizit von „rechtswidrige[n] Vorschläge[n]“ die Rede, die bei allem Verständnis für das Grundanliegen des Gesetzgebungsvorhabens aus Sicht der Fraktion nicht geduldet werden könnten.

Vgl. a.a.O., S. 14.

Die Antragstellerin hat aufgrund dieser Auffassung auf einer Expertenanhörung bestanden. Die im Rahmen der anberaumten Anhörung von der Antragstellerin benannten Sachverständigen haben in der Sitzung die geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken bestätigt.

Vgl. die Stellungnahmen der Sachverständigen Barbara Stockinger, Hartmut Wächtler und Dr. Markus Löffelmann, in: Wortprotokoll der Sachverständigenanhörung in der 72. Sitzung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport am 17. Mai 2017 (Anlage 5).

Diese Bestätigung der bereits früher geäußerten Einschätzung von der Verfassungswidrigkeit der fraglichen Normen hat sich die Antragstellerin umgehend zu Eigen gemacht. In der Sitzung des Ausschusses für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am 22. Juni 2017 hat die Abgeordnete Ulrike Gote im Namen der Antragstellerin erklärt, dass durch das Gesetz eine „Vermischung von Polizei und Verfassungsschutz“ erfolge und ein „Verlust der Balance zwischen der Freiheit der einzelnen Bürger und staatlicher bzw. polizeilicher Überwachung“ zu beklagen sei.

Vgl. den Protokollauszug der 74. Sitzung des Ausschusses für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen v. 22. Juni 2017 (Anlage 7), S. 7.

Darin ist erneut der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit der Neureglungen klar zum Ausdruck gebracht.

Frau Gote hat zudem gerügt, der Begriff der „drohenden Gefahr“ sei „viel zu schwammig“.

Vgl. ebd.

Sie hat damit die weitere verfassungsrechtliche Problematik der unzureichenden Bestimmtheit der Neuregelung angesprochen.

Schließlich hat sie ausdrücklich auf gesonderte „rechtsstaatliche Schwierigkeiten“ des Präventivgewahrsams hingewiesen.

Vgl. a.a.O., S. 8.

Ganz entsprechend hat die Fraktionsvorsitzende in der zweiten Lesung des Gesetzentwurfs die ablehnende Haltung der Antragstellerin gegenüber dem Vorschlag der Staatsregierung vorwiegend auf die bestehenden verfassungs-, insbesondere grundrechtlichen Bedenken gestützt.

Vgl. den Redebeitrag von Katharina Schulze während der zweiten Lesung des Gesetzentwurfs am 19. Juli 2017; Plenarprotokoll Nr. 109 v. 19. Juli 2017 (Anlage 8), S. 9 ff., v.a. S. 12, wo der Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit die Aufgabe gegenübergestellt wird, „die Bürgerrechte zu bewahren.“

Ausdrücklich hat sie das in Frage stehende Gesetz als „verfassungsrechtlich höchst fragwürdig“ bezeichnet und diese allgemeine Einschätzung unter Bezugnahme auf die Expertenanhörung dann in mehrerlei Hinsicht mit Bezug auf die in besonderem Maße verfassungsrechtlich problematischen Teile des Gesetzes und die diesen entgegenstehenden Verfassungsgrundsätze konkretisiert.

Zentral ist dabei die Kritik an dem neu eingeführten Begriff der drohenden Gefahr. Dieser sei als Kategorie „viel zu unscharf“. Wörtlich heißt es weiter:

„Es ist total unklar, wie die drohende Gefahr rechtsstaatlich sauber angewendet werden kann und soll. Kein Richter und keine Richterin weiß, wie das auszulegen ist.“

A.a.O., S. 10.

Damit ist, in juristisch untechnischer Form, da als politischer Redebeitrag formuliert, erneut der verfassungsrechtliche Vorwurf einer unzureichenden Bestimmtheit des Gesetzes klar zum Ausdruck gebracht.

Mit Bezug auf die aufgrund der Neuregelung erfolgende Ausdehnung der polizeilichen Handlungsbefugnisse in das sog. Gefahrenvorfeld hinein hat die Fraktions-

vorsitzende ferner, wiederum unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Expertenanhörung, vor einer „Vernachrichtendienstlichung der Polizei“ gewarnt.

Vgl. a.a.O., S. 10.

Darin liegt nicht allein ein Hinweis auf ein zugrunde liegendes verfassungsrechtliches Kompetenzproblem, das heißt eine nicht ausreichend klare Abgrenzung der jeweiligen Aufgaben- und Befugnisbereiche. Entscheidend ist vielmehr der Vorwurf einer unzulässigen Ausdehnung der polizeilichen Befugnisse in den Vorfeldbereich der Gefahrenabwehr hinein, ohne dass zugleich – wie im nachrichtendienstlichen Umfeld – entsprechende begrenzte Befugnisse zu konstatieren wären. Im Kern geht es damit um den Vorwurf einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

In dieselbe Richtung zielt die Kritik, dass die Neuregelungen sich nicht nur auf einen eng begrenzten Kreis tatverdächtiger Personen beziehen, sondern letztlich alle Bürgerinnen und Bürger von den neuen Befugnissen der Polizeibehörden betroffen werden können.

Vgl. die Redebeiträge von Katharina Schulze während der ersten Lesung des Gesetzentwurfs am 25. April 2017; Plenarprotokoll Nr. 102 v. 25. April 2017 (Anlage 3), S. 15, und während der zweiten Lesung des Gesetzentwurfs am 19. Juli 2017; Plenarprotokoll Nr. 109 v. 19. Juli 2017 (Anlage 8), S. 10, jeweils mit Bezug auf die Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten Prof. Dr. Thomas Petri (Anlagen 5 und 6).

Auch damit ist der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit der mit Bezug auf ihren personalen Anwendungsbereich zu weit gefassten Befugnisnormen zum Ausdruck gebracht.

Ebenfalls als Konkretisierung der allgemeinen These des „verfassungsrechtlich höchst fragwürdigen“ Status des Gesetzes zu verstehen sind die Ausführungen der Fraktionsvorsitzenden zu „polizeipraktischen Gründen“, die gegen das Gesetz sprächen.

Vgl. den Redebeitrag von Katharina Schulze während der zweiten Lesung des Gesetzentwurfs am 19. Juli 2017; Plenarprotokoll Nr. 109 v. 19. Juli 2017 (Anlage 8), S. 10 f.

Verfassungsrechtlich wird damit entscheidenden Teilen des Gesetzes, namentlich der Einführung der sog. „elektronischen Fußfessel“, die Geeignetheit zur avisierten Zweckerreichung und damit die verfassungsrechtlich erforderliche Verhältnismäßigkeit abgesprochen.

Vgl. entsprechend auch bereits den Redebeitrag von Katharina Schulze während der ersten Lesung des Gesetzentwurfs am 25. April 2017; Plenarprotokoll Nr. 102 v. 25. April 2017 (Anlage 4), S. 15: „Es gibt keinerlei Erkenntnisse darüber, dass auch nur ein einziger terroristischer Anschlag durch eine Fußfessel verhindert werden konnte. Wir wissen nur, dass terroristische Anschläge leider auch mit elektronischer Fußfessel schon möglich waren, nämlich im letzten Sommer in Frankreich. [...] Man muss sich also fragen, ob dieses Instrument wirklich zum Ziel führt.“

Diese bereits im Gesetzgebungsverfahren hinreichend deutlich artikulierte Kritik liegt dem vorliegenden Antrag zugrunde.

C. Begründetheit

Die Verfassungswidrigkeit der im Rahmen der Meinungsverschiedenheit angegriffenen Vorschriften betrifft gemäß der bereits in den Gesetzesberatungen geäußerten Kritik vor allem die Einführung der neuen Kategorie „drohende Gefahr“ (I.). Als ebenfalls verfassungswidrig erweisen sich aber auch die Neuregelungen zu Kontaktverboten, Aufenthaltsgeboten und -verboten (II.) sowie des Präventivgewahrsams (III.). Entsprechendes gilt für die Bestimmungen zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (IV.).

I. Verfassungswidrigkeit der Einführung der Kategorie der „drohenden Gefahr“ (§ 1 Nr. 2–6, 9, 11 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)

Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen führt den Begriff der „drohenden Gefahr“ als neue Grundkategorie in das PAG ein (1.). Der so eingeführte Begriff verstößt jedoch gegen die Verfassung, weil er die aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV resultierenden Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Norm missachtet (2.) und den ebenfalls rechtstaatlich begründeten Anforderungen des Übermaßverbots nicht gerecht wird (3.). Dieser verfassungsrechtlichen Bewertung lässt sich nicht entgegenhalten, dass der bayerische Gesetzgeber die in Frage stehende Kategorie nicht selbst „erfunden“, sondern sie lediglich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts übernommen habe. Eine solche Auffassung verkennt den gänzlich anderen Kontext der bundesverfassungsgerichtlichen Äußerungen, der sich nicht auf die Situation des bayerischen Gesetzes übertragen lässt (4.).

1. Regelungsinhalt und Anwendungsbereich der neuen Kategorie

a) Grundsätzliche Einführung; Legaldefinition

Die grundlegende Einführung der neuen Eingriffsvoraussetzung „drohende Gefahr“ erfolgt in Art. 11 Abs. 3 PAG n.F. Danach wird die bisherige polizeiliche Generalklausel dadurch erweitert, dass die Polizei nunmehr nicht nur, wie bereits

bislang gemäß § 11 Abs. 1 und 2 PAG, bei Vorliegen einer konkreten Gefahr die erforderlichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen kann.

Vgl. zu dieser „traditionellen“ Voraussetzung nur Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11 Rn. 19–65.

Nach dem neuen Gesetzeswortlaut des Art. 11 Abs. 3 PAG n.F. kann die Polizei nunmehr ausdrücklich Maßnahmen treffen, die zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts und zur Verhinderung der „Entstehung einer Gefahr“ für ein bedeutendes Rechtsgut notwendig sind. Die Befugnis bezieht sich damit zum einen auf Maßnahmen zur weiteren Informationsgewinnung. Sie umfasst aber explizit auch darüberhinausgehende sog. „aktionelle“ Maßnahmen, bei denen die Polizeibehörden nicht lediglich beobachten und Informationen sammeln, sondern durch eigenes Tätigwerden in bestehende Kausalzusammenhänge eingreifen. Solche Maßnahmen waren nach der herkömmlichen Dogmatik an das Vorhandensein einer konkreten Gefahr gebunden.

Vgl. nur Möstl, Systematische Vorbemerkungen, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Rn. 36 f. Auch die in jüngerer Zeit viel diskutierte „Entgrenzung“ des Polizeirechts soll sich vor allem auf informationelle Befugnisse beziehen; vgl. dazu ausführlich Thiel, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011; ähnlich Schoch, Der Staat 43 (2004), 347; Möstl DVBl. 2007, 581; Baldus, Die Verwaltung 47 (2014), 1.

Es musste also, der geläufigen Definition zufolge, eine Sachlage gegeben sein, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden eintreten wird.

Vgl. BVerfGE 120, 274 (328 f.) m.w.N.; BVerwGE 45, 51 (57).

Hier setzt die Besonderheit der Neuregelung an. Als Voraussetzung der genannten doppelten Befugnis soll nun das Vorliegen der in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG n.F.

legaldefinierten „drohenden Gefahr“ ausreichen. Eine solche drohende Gefahr liegt danach vor, wenn entweder (der Gesetzeswortlaut macht unmissverständlich klar, dass eine alternative, nicht additive Voraussetzung intendiert ist; er spricht ausdrücklich von „oder“)

- das individuelle Verhalten einer Person die Wahrscheinlichkeit begründet

oder

- Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,

dass in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind.

Es geht also um eine Situation, in der eine konkrete Gefahr gerade noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bestimmbar ist, aber aufgrund gewisser Umstände bereits zu befürchten ist, dass sich eine solche Gefahr in naher Zukunft entwickeln könnte. Der neu eingeführte Begriff der drohenden Gefahr reduziert dergestalt „die Anforderungen an die *Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs*“.

So zu Recht Müller, BayVBl. 4/2018, 109 (112). Ähnlich die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Josef Franz Lindner v. 11. Mai 2017 (Anlage 6), S. 4: „Im Grunde ist die drohende Gefahr nichts anderes als eine im Hinblick auf das Wahrscheinlichkeitsurteil abgestufte konkrete Gefahr.“ Zum Ganzen auch Möstl, BayVBl. 5/2018, 156.

Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG n.F. bestimmt näher, was ein bedeutendes Rechtsgut ist, um dessen willen die Entstehung einer Gefahr verhindert werden soll. Es handelt sich hierbei um

1. den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,
2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,

3. die sexuelle Selbstbestimmung,
4. erhebliche Eigentumspositionen und schließlich
5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.

Deutlich wird damit bereits auf den ersten Blick, besonders offenkundig bei Nr. 3, dass die neuen Eingriffsbefugnisse nicht auf die Abwehr terroristischer Bedrohungen begrenzt sind, sondern auch andere, allgemeine Formen kriminellen Verhaltens erfassen sollen.

Vgl. entsprechend bereits Heidebach, BayRVR v. 13. März 2017.

b) Standardbefugnisse

Die dergestalt bestimmte neue Kategorie der drohenden Gefahr fügt das vorliegend angegriffene Gesetz in einem weiteren Schritt auch an zahlreichen anderen Stellen als zusätzliche Eingriffsvoraussetzung in das PAG ein. Nach der Neuregelung findet sich die „drohende Gefahr“ auch als Eingriffsvoraussetzung für die Standardmaßnahmen Identitätsfeststellung (Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b PAG n.F.), erkennungsdienstliche Maßnahmen (Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 PAG n.F.), Platzverweisung, Kontaktverbot, Aufenthaltsverbot und -gebot (Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 PAG n.F.), Durchsuchung von Personen (Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG n.F.), offene Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen von Personen (Art. 32 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. b PAG n.F.) sowie die neu geschaffene Bestimmung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG n.F.).

c) Konsequenz

aa) Der Anwendungsbereich der neuen Kategorie ist damit sehr weit. Nahezu das gesamte Spektrum der polizeilichen Befugnisse erhält durch die neue Kategorie einen bislang nicht eröffneten Anwendungsbereich im Vorfeld einer als solcher erst noch zu bestimmenden konkreten Gefahr.

bb) Zu dieser umfassenden Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs des PAG kommt eine bemerkenswerte Ausdehnung auch mit Bezug auf den potentiellen Betroffenenkreis. Indem der neu geschaffene Art. 11 Abs. 3 S. PAG n.F. die genannten Nr. 1 und Nr. 2 *alternativ* miteinander verknüpft, entfällt in der zweiten Alternative die erforderliche Zuordnung der potentiellen Gefahr zu einer bestimmten Person, gegen die die polizeiliche Maßnahme gezielt eingesetzt und auf die sie weitgehend beschränkt werden kann. Die Vorschrift erlaubt in ihrer zweiten Alternative vielmehr, die neu geschaffene Befugnis auch gegen gänzlich unbeteiligte Personen einzusetzen.

Vgl. so zu Recht Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (148). Auch Möstl, BayVBl. 5/2018, 156 (163), sieht bezüglich der Frage, gegen wen die Maßnahmen gerichtet werden dürfen, eine „Lücke“ in der gesetzlichen Neuregelung, die er aber „durch einen analogen Rückgriff“ auf die §§ 7 ff. PAG zu schließen können meint.

cc) Vor diesem Hintergrund kann von einer lediglich „moderaten Arrondierung“ des bestehenden Polizeirechts keine Rede sein.

Vgl. so aber der Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299, S. 9: „moderate, von den Voraussetzungen her eng begrenzte Arrondierung des polizeilichen Gefahrenbegriffs“. Zustimmend die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Markus Möstl v. 10. Mai 2017 (Anlage 6), S. 2; Müller, BayVBl. 4/2018, 109 (114).

Es handelt sich vielmehr um eine grundlegende Veränderung des bisherigen polizeirechtlichen Systems.

2. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

a) Prüfungsmaßstab

aa) Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs beinhaltet das in Art. 3 Abs. 1 BV niedergelegte Rechtsstaatsprinzip das Erfordernis, dass

gesetzliche Normen ein hinreichendes Maß inhaltlicher Bestimmtheit aufweisen müssen. Diese Anforderung dient vor allem drei Zielsetzungen: Die normunterworfenen Bürgerinnen und Bürger müssen absehen können, welches Verhalten von ihnen erwartet wird. Die für den Gesetzesvollzug zuständige Verwaltung ist zur Ermöglichung dieser Aufgabe auf Normen angewiesen, die die Konkretisierung des Rechts im Einzelfall zumindest in ihren wesentlichen Zügen vorgeben und nicht der Verwaltung selbst überlassen. Schließlich bedarf auch die Rechtsprechung zur Wahrnehmung ihrer Kontrolle des Gesetzesvorrangs selbst eines hinreichend scharfen Prüfmaßstabs, der Abweichungen vom gesollten Normprogramm erkennbar macht.

Vgl. VerfGHE 50, 226 (248 f.); 56, 148 (162); 57, 113 (127); VerfGH, Entsch. v. 25.9.2015, Vf. 9-VII-13 u. a. (<http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/>), Rn. 232. Entsprechend für den Bereich des Grundgesetzes etwa BVerfGE 110, 33 (53); 113, 348 (375 f.); 141, 220 (265); st. Rspr.

Aus dieser Funktionsbestimmung wird deutlich, dass ein enger Zusammenhang zwischen dem so verstandenen Bestimmtheitsgebot und der vom Bundesverfassungsgericht aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten sog. Wesentlichkeitstheorie besteht. Danach darf der Gesetzgeber als einziges unmittelbar demokratisch legitimiertes Staatsorgan wesentliche Entscheidungen für das Gemeinwesen nicht an die Verwaltung delegieren, sondern muss sie selbst treffen. Als wesentlich gelten dabei insbesondere grundrechtsrelevante Fragestellungen. Namentlich Befugnisse hinsichtlich der Vornahme von Grundrechtseingriffen stehen aus diesem Grund nicht nur unter Gesetzes-, sondern unter Parlamentsvorbehalt.

Vgl. BVerfGE 120, 274 (315 f.); 120, 378 (407 f.). Entsprechend VerfGHE 66, 101 (114).

bb) Allerdings dürfen die in diesem Sinne aus Rechtsstaats- und Demokratieprinzip abzuleitenden Forderungen an die Normenklarheit und -bestimmtheit auch nicht übersteigert werden.

Zum einen verlangt die hinreichende Bestimmtheit selbst mit Bezug auf die Bürgerperspektive nicht, dass Gesetze für jedermann aus sich heraus verständlich sind. Ausreichend ist es, wenn eine hinreichende Bestimmtheit der Normaussage im Wege einer juristisch geschulten Auslegung erzielt werden kann. Unzureichend bestimmt im Sinne des Art. 3 Abs. 1 BV ist eine Norm nur dann, wenn bestehende Unklarheiten auch im Wege der normkonkretisierenden Auslegung nicht zu beseitigen sind.

Vgl. VerfGHE 42, 188 (196).

Zum anderen darf das Bestimmtheitsgebot auch nicht dahingehend verabsolutiert werden, dass dadurch dem Gesetzgeber eine bisweilen für adäquate Problembewältigungen unumgängliche Flexibilität bei der Normsetzung gänzlich untersagt ist. Von Gesetzes wegen muss es vielmehr auch unter Bestimmtheitsgesichtspunkten grundsätzlich möglich bleiben, den handelnden Behörden vor Ort gewisse Handlungs- und Einschätzungsspielräume zu gewähren.

Das Ausmaß dieser möglichen Freiräume ist nicht abstrakt und absolut für alle denkbaren gesetzgeberischen Projekte zu bestimmen. Es hängt einerseits ab von der Intensität der potentiellen durch die Norm ermöglichten Grundrechtsbeeinträchtigung. Je größer diese Beeinträchtigung ist bzw. sein kann, desto genauer muss aufgrund des Wesentlichkeitsgedankens die legislative Programmierung des Handelns im Einzelfall sein.

Vgl. VerfGHE 47, 207 (217): „Bei der Prüfung, ob eine gesetzliche Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit genügt, ist auch zu beachten, mit welcher Intensität das Gesetz auf Grundrechte der Betroffenen einwirkt; je geringfügiger der Grundrechtseingriff ist, desto niedriger sind grundsätzlich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit der dafür maßgeblichen Norm (vgl. BVerfGE 59, 104/114; 84, 133/149 [...]).“

In diesem Sinne gibt es einen engen Zusammenhang zwischen dem Ausmaß der erforderlichen Bestimmtheit einerseits und dem allgemeinen Verhältnismäßig-

keitsprinzip andererseits. Das heißt umgekehrt zugleich, dass gerade bei besonders intensiven Grundrechtseingriffen die eigentliche Problematik der Konstruktion der Tatbestandsvoraussetzungen nicht allein über die Figur der „verfassungskonformen“, konkret: verhältnismäßigkeitskonformen Interpretation erfolgen darf. Der Gesetzgeber muss die wesentlichen Grundzüge selbst vorgeben.

Vgl. BVerfGE 141, 220 (267).

Andererseits ist das Ausmaß der möglichen administrativen Entscheidungsspielräume auch von den zu regelnden Problemlagen bedingt. In dem Maße, in dem eine ex ante erfolgende genaue Vorprogrammierung des Verwaltungshandelns nicht möglich ist, aber gleichwohl ein Handeln der Verwaltung auch gegenüber vom Gesetzgeber nicht antizipierbaren Situationen erforderlich ist, sind auch tatbestandlich äußerst weit gefasste, damit scheinbar ganz unbestimmte Normen zulässig. Das typische Beispiel für eine solche Regelungstechnik ist die allgemeine polizeiliche Generalklausel, die schon im Namen ihren speziellen, auf den ersten Blick den Bestimmtheitsanforderungen widersprechenden Charakter offenlegt. Sie ist gleichwohl zulässig, weil die gebotene Aufgabe der Abwehr auch ganz unvorhersehbarer Gefahren eine präzisere Formulierung nicht ermöglicht.

Vgl. grundlegend BVerfGE 54, 143 (144 f.); zur Diskussion für Bayern näher Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11 Rn. 133–136.

Voraussetzung der Zulässigkeit ist demnach, dass eine präzisere Formulierung des Normtextes aus sachlichen Gründen unmöglich ist. Zudem müssen auch derartige Formulierungen, insbesondere in Gestalt der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, so getroffen werden, dass zumindest eine hinreichend zuverlässige und übereinstimmende Konkretisierung durch die gesetzessvollziehende Exekutive und die den Gesetzesvollzug kontrollierende Judikative möglich bleibt.

Vgl. VerfGHE 47, 207 (217): „Aus Wortlaut, Zweck und Zusammenhang der Regelung müssen sich [...] objektive Kriterien gewinnen lassen, die ei-

ne willkürliche Handhabung der Norm durch die vollziehenden Behörden ausschließen.“

cc) Die so formulierten Grundsätze des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof prägnant zusammenfasst:

„Gesetze müssen so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können und dass die Gerichte in der Lage sind, die Anwendung der betreffenden Rechtsvorschrift durch die Verwaltung zu kontrollieren. Gleichwohl darf das Gebot der Bestimmtheit nicht übersteigert werden, weil die Gesetze sonst allzu starr und kasuistisch werden müssten und der Vielgestaltigkeit des Lebens oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten. Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, jeden Tatbestand mit exakt erfassbaren Merkmalen bis ins letzte zu umschreiben. Weder aus dem Rechtsstaatsprinzip noch aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gewaltenteilung ergibt sich ein Verbot für den Gesetzgeber, unbestimmte Rechtsbegriffe, also Begriffe, die bei der Gesetzesanwendung noch der Konkretisierung bedürfen, zu verwenden. Erfordernisse der Verwaltungspraxis können diese Form der Gesetzgebungstechnik notwendig machen. Der Gesetzgeber hat grundsätzlich einen Gestaltungsspielraum bei seiner Entscheidung, ob und inwieweit er unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Er darf dabei auch Erwägungen der Praktikabilität maßgebend sein lassen. Der Gesetzgeber wird allerdings durch das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist [...]. Gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen jedenfalls dann keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder auf

Grund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt [...].“

VerfGHE 50, 226 (248 f.); weiter VerfGH 56, 148 (162); 57, 113 (127); VerfGH, Entsch. v. 25.9.2015, Vf. 9-VII-13 u. a. (<http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/>), Rn. 232.

b) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Diesen Maßstäben wird die Neuregelung zur „drohenden Gefahr“ als Eingriffsvoraussetzung nicht gerecht. Das Gesetz verwendet für die Neuregelung eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe (aa), die auch im Weg einer juristisch geschulten Auslegung keine den rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Konkretisierung zulassen. Das gilt bereits für jeden der fraglichen Begriffe je für sich genommen (bb) und wird erst recht im systematisch unklaren Zusammenspiel der neuen Begriffe zum Problem (cc).

aa) Die unbestimmten Rechtsbegriffe im angegriffenen Gesetz

Der zentrale unbestimmte Rechtsbegriff der Neuregelung ist die „drohende Gefahr“ selbst. Ähnlich unbestimmt erscheint aber auch eine Reihe weiterer Begriffe, die der Gesetzgeber im Rahmen seiner Bemühungen verwendet, um dem neuen Zentralkonzept durch eine mehrstufige Legaldefinition schärfere Konturen zu verleihen. Es handelt sich hierbei v.a. um die Begriffe „bedeutende Rechtsgüter“ (Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG n.F.), „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG n.F.), „erhebliche Eigentumspositionen“ (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG n.F.) und „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG n.F.).

bb) Die mangelhafte Bestimmbarkeit der einzelnen Begriffe

(1) „drohende Gefahr“

(a) Der Wortlaut ist mehrdeutig. Ein vergleichender Blick zeigt, dass die Wendung von der „drohenden Gefahr“ in der deutschen Rechtsordnung auf Länder- wie

auf Bundesebene zwar gelegentlich zu finden ist. Der Ausdruck wird aber uneinheitlich verwendet. Das Adjektiv „drohend“ kann auf die Gefahr selbst, ebenso gut jedoch auch auf ihren – möglichen – Eintritt bezogen werden.

Vgl. ähnlich Löffelmann, BayVBl. 5/2018, 145 (147 f.), der zwischen „einem die Qualität des Subjekts näher kennzeichnenden attributiven Sinne (wie etwa im Falle von ‚abstrakt‘, ‚konkret‘, ‚dringend‘)“ und einer Verwendung als „Prädikat“ unterscheiden will.

Ausdrücklich genannt wird der Begriff der „drohenden Gefahr“ etwa in Art. 11 Abs. 2 (als Eingriffsvoraussetzung für Beschränkungen der Freizügigkeit), 87a Abs. 4 S. 1 und Art. 91 Abs. 1 GG (als Tatbestandsvoraussetzung für den Einsatz der Streitkräfte im Innern bzw. für die Anforderung von Polizeikräften des Bundes oder der anderen Länder durch ein Bundesland), in § 228 BGB (als Voraussetzung des gerechtfertigten Notstands) oder im Bereich des Polizeirechts in § 15 BremPolG (als Eingriffsvoraussetzung für die Ingewahrsamsnahme einer Person). In allen diesen Fällen geht es nicht um eine Vorverlagerung des Gefahrenbegriffs. Die Formulierung hat vielmehr teilweise keine gesonderte Bedeutung, sondern verweist lediglich auf die allgemeine polizeirechtliche Dogmatik des Gefahrenbegriffs zurück.

Vgl. entsprechend zu Art. 11 Abs. 2 GG Durner, in: Maunz/Dürig, GG (81. EL September 2017), Art. 11 Rn. 143.

Teilweise soll die Formulierung sogar eine Verschärfung der allgemeinen Anforderungen bewirken. Die Hinzufügung des Adjektivs „drohend“ bezeichnet dann eine gegenüber dem allgemeinen Gefahrenbegriff noch einmal gesteigerte Schadenswahrscheinlichkeit.

Vgl. entsprechend zu Art. 91 Abs. 1 GG Windthorst in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 91 Rn. 10.

Ausdrücklich schon im Wortlaut deutlich wird dieses Begriffsverständnis in Art 91 Abs. 2 GG: Danach „droht“ hier eine Gefahr in dem Sinne, dass ein konkretes

schadensgeneigtes Ereignis näher rückt. Es geht gerade nicht um die Frage, ob überhaupt bereits von einer Gefahr die Rede sein kann.

Dieser Befund bestätigt sich bei einem Blick in die einschlägige polizeirechtliche Literatur. Auch hier wird der Begriff der „drohenden Gefahr“ zwar vereinzelt genannt. Er fungiert aber wiederum entweder als bloßes Synonym für die „konkrete Gefahr“ oder bestimmt diese näher im Sinne einer „gegenwärtigen Gefahr“.

Vgl. zum Verständnis als „konkrete Gefahr“ etwa Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 54; zum Verständnis als „gegenwärtige Gefahr“ Pewestorf/Söllner/Tölle, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 ASOG Rn. 26 m. w. N.

In einem engeren, auf das Gefahrenvorfeld verweisenden Sinn wird der Begriff dagegen etwa in § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 verwendet. Hierbei geht um eine bezüglich ihrer Schutzrichtung eng begrenzte nachrichtendienstliche nicht allgemein polizeiliche Aufgabe. Die Gegenstandsbestimmung des Gesetzes nennt die Aufgabe der „Abwehr von drohenden Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“, die die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder v.a. zu bestimmten Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung berechtigen soll.

Vgl. dazu näher Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil VI § 4 Rn. 33.

(b) Auch die Einbeziehung von Entstehungsgeschichte, Systematik und Zielsetzung des Gesetzes kann die Forderung des Bestimmtheitsgebots nicht erfüllen, dass sich aus „Wortlaut, Zweck und Zusammenhang der Regelung [...] objektive Kriterien gewinnen lassen [müssen], die eine willkürliche Handhabung der Norm durch die vollziehenden Behörden ausschließen“.

VerfGHE 47, 207 (217).

Wiederum ergibt sich kein eindeutiges Ergebnis. Aus dem in den Erläuterungen des Gesetzentwurfs näher bestimmten Zweck sowie aus dem unmittelbaren systematischen Kontext lässt sich zwar entnehmen, dass der bayerische Gesetzgeber keine Einschränkung, sondern eine Erweiterung des Begriffsverständnisses vornehmen wollte.

Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 9 f.

Die „drohende Gefahr“ soll danach einerseits in jenen von gravierenden Prognoseunsicherheiten gekennzeichneten Vorfeldbereich hineinreichen, in dem nach der klassischen Dogmatik allenfalls von einer bloß „möglichen Gefahr“ oder einem „Gefahrenverdacht“ die Rede sein konnte.

Vgl. zu dieser Differenzierung BVerwGE 116, 347; VGH BW, NVwZ-RR 2010, 55.

Andererseits ist aus dem Kontext der Regelung zumindest deutlich, dass eine Gleichsetzung von „Gefahrenverdacht“ und „drohender Gefahr“ nicht intendiert ist. Denn in der traditionellen Sicht war ein Gefahrenverdacht (noch) keine Gefahr. Auf seiner Basis konnten noch keine aktionellen, im engeren Sinne gefahrenabwehrenden Maßnahmen angeordnet werden, sondern lediglich sog. Gefahrerforschungseingriffe, die die bis dahin unsichere Prognose bezüglich des Vorliegens einer Gefahr weiter bestimmen sollten.

Vgl. nur Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11, Rn. 207. Zum dahinterstehenden Verhältnismäßigkeitsgedanken Goldhammer, in: ebd., Art. 4 Rn. 71.

Über diese Begrenzung der Eingriffsbefugnisse soll die neue Kategorie hinausgehen. Darauf verweist bereits die Einführung in einem separaten neuen Absatz 3 des Art. 11 PAG n.F., der offenkundig dazu bestimmt ist, den herkömmlichen Gefahrenbegriff gemäß Art. 11 Abs. 1 und 2 PAG zwar nicht zu ersetzen, aber

durch eine neue selbständige Kategorie zu ergänzen. Deutlich wird das ferner an den gesetzgeberischen Versuchen, die „drohende Gefahr“ mit Hilfe der weiteren unbestimmten Rechtsbegriffe wie den (gleich näher zu thematisierenden) Begriffen der „bedeutenden Rechtsgüter“, „Angriffen von erheblicher Intensität“ etc. näher zu konkretisieren.

Unklar bleibt aber die genaue Abgrenzung der Kategorien. Wann im Einzelnen kein bloßer Gefahrenverdacht, sondern eine drohende Gefahr zu bejahen ist, mit der Folge, dass die Eingriffsvoraussetzungen nach der neuen Rechtslage des Art. 11 Abs. 3 PAG n.F. vorliegen, lässt sich weder dem Wortlaut noch der Systematik oder der allgemeinen Zweckbestimmung hinreichend deutlich entnehmen. Die erforderliche Bestimmtheit ist auch nicht durch die versuchte Legaldefinition zu leisten, weil diese Definition sich ihrerseits auf in sich unbestimmte und zudem in ihrem systematischen Zusammenhang unklare Formulierungen stützt (dazu näher sogleich).

(c) Auch eine den unbestimmten Rechtsbegriff hinreichend konkretisierende gefestigte Rechtsprechung kann dem Problem nicht abhelfen. Angesichts der skizzierten divergierenden Begriffsverständnisse in den unterschiedlichen Normkontexten ist die Vorgabe des bayerischen Verfassungsgerichtshofs nicht zu erfüllen, es müsse möglich sein, „auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen“ zu können.

VerfGHE 50, 226 (248 f.).

Größtenteils wird die „drohende Gefahr“ als Variante des klassischen Gefahrverständnisses verwendet, vom dem der bayerische Neuentwurf sich gerade absetzen will.

Vgl. nur Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 54.

Der Vergleich der einschlägigen Regelungen zeigt demnach, dass es sich im Verhältnis der bayerischen Neuregelung zu den genannten Fällen nur um eine Identität der Wörter, nicht der damit jeweils verknüpften Begriffsverständnisse handelt. Konzeptionell sind mit dem Syntagma „drohende Gefahr“ vielmehr deutlich divergierende Ideen und Vorstellungen verknüpft. Bemerkenswerterweise weist die Gesetzgebung des vorliegend streitgegenständlichen Gesetzes selbst auf diese Mehrdeutigkeit hin; sie nennt ausdrücklich das Verständnis als Synonym zur „konkreten Gefahr“, erkennt darin aber offenbar kein Problem.

Vgl. den Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 9 f., m.w.N.

Aber auch dort, wo wie in § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 eine vergleichbare Verlagerung in ein Gefahrenvorfeld intendiert ist, lässt sich eine etwaige Rechtsprechung kaum übertragen, weil der gesamte übrige Regelungskontext sich zu stark von demjenigen des PAG unterscheidet. Die Frage der speziellen Eingriffsvoraussetzungen im speziellen Einsatzgebiet nachrichtendienstlicher Tätigkeit kann nicht auf die allgemeine, in Gestalt von Generalklausel und Standardbefugnissen normierte polizeiliche Tätigkeit übertragen werden.

Vgl. so zu Recht Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (148). Zur grundsätzlichen Differenzierung zwischen nachrichtendienstlichen und polizeilichen Befugnissen BVerfGE 133, 277 (327).

Eine sachgerechte Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs wird auch nicht durch die „Nähe der Formulierung der ‚drohenden Gefahr‘ im PAG zu den Ausführungen des BVerfG und die Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG zum BKAG in der Gesetzesbegründung“ ermöglicht.

So aber Müller, BayVBl. 4/2018, 109 (112).

Diese Sicht verkennt, dass sich die auf einen ganz anderen Kontext bezogenen Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts gerade nicht auf den vorliegenden Kontext übertragen lassen.

Vgl. dazu ausführlich unten, sub. 4.

(2) „bedeutende Rechtsgüter“

(a) Auch die Rede von den „bedeutenden Rechtsgütern“ ist unzureichend bestimmt. Das Gesetz selbst hilft bezüglich der erforderlichen Bestimmtheit nicht weiter. Die in Katalogform erfolgende Konkretisierung des Begriffs durch Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG n.F. bezweckt zwar offenkundig eine solche nähere Bestimmung. Sie verwendet dazu jedoch ihrerseits unklare Begrifflichkeiten, deren Verknüpfung das Bestimmtheitsproblem eher vergrößert als verkleinert (dazu sogleich). Zudem sind die aufgeführten Fallkategorien jedenfalls teilweise so offengehalten, dass sich aus ihnen handfeste Kriterien für eine Eingrenzung dessen, was ein „bedeutendes“ im Gegensatz zu einem – eine in sich bereits merkwürdige Vorstellung – „unbedeutenden“ Rechtsgut sein soll, nicht ergeben. Insbesondere Art. 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 PAG n.F. erweist sich in dieser Hinsicht als problematisch. Wenn jedwede mögliche Beeinträchtigung von Gesundheit oder Freiheit ausreicht, um ein „bedeutendes Rechtsgut“ als bedroht anzusehen, sind etwa auch leichte, sogar nur fahrlässig verursachte, Körperverletzungen erfasst.

Vgl. ebenso Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (148 Fn. 36).

(b) Auch ein vergleichender Blick auf entsprechende Formulierungen in anderen Gesetzen kann die Unbestimmtheit nicht verringern, sondern unterstreicht nur noch einmal das Problem der vorliegenden Regelung.

Der Vergleich zeigt zunächst, dass die Rede von „bedeutenden Rechtsgütern“ der deutschen Rechtsordnung nicht ganz fremd ist. Der Ausdruck findet sich etwa in §§ 62 Abs. 3 S. 4 und 62a Abs. 1 S. 2 AufenthG. Im dort geregelten (Vollzug der) Abschiebungshaft ist die Formulierung aber näher als „bedeutende Rechtsgüter für die innere Sicherheit“ spezifiziert. Bezogen auf „bedeutende Rechtsgüter anderer“ findet der Begriff ferner Verwendung in den auf die Unterbringung psychisch erkrankter Personen bezogenen Gesetzen einiger Länder, etwa in den §§ 1 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Abs. 7 PsychKG NRW.

Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird der Begriff gelegentlich einmal verwendet. Er bleibt dabei aber ohne nähere Erläuterung zu den Möglichkeiten seiner Spezifikation, insbesondere mit Bezug auf die Frage eines einschlägigen Maßstabs, der für die Qualifikation als „bedeutend“ herangezogen werden könnte.

Vgl. BVerfGE 81, 310 (334).

Eine nähere Bestimmung des fraglichen Begriffs aufgrund bestehender Rechtsprechung zu parallelen Formulierungen ist daher wiederum nicht möglich. Dort, wo der Ausdruck immerhin einmal verwendet wird, unterscheidet sich der Kontext so deutlich, dass eine Übertragung etwaig bestehender Begriffsbestimmungen auf den Bereich des allgemeinen Polizeirechts kaum möglich erscheint.

(3) „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“

Ähnlich problematisch ist die Rede von „Angriffen von erheblicher Intensität oder Auswirkung“. Auch hier ist zunächst die Frage der „Erheblichkeit“ kaum zu beantworten, zumal an dieser Stelle selbst ein in sich so zweifelhafter Maßstab wie der Katalog des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG n.F. fehlt. Kaum durchschaubar ist aber vor allem die – als Alternative präsentierte – Gegenüberstellung der „Intensität“ eines Angriffs“ und seiner „Auswirkung“. Was einen besonders intensiven, aber auswirkungsarmen Angriff ausmachen soll, worin also die Differenz der genannten Alternative begründet ist, bleibt hier ebenso unerkennbar wie nicht bestimmt wird, gegen wen sich die etwaigen Angriffe richten können oder müssen.

(4) „erhebliche Eigentumspositionen“; „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“

(a) Ebenso unbestimmt bleibt, ab wann von einer „Erheblichkeit“ betroffener Eigentumspositionen auszugehen ist und wann bei bestimmten Sachen ihre Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse liegt. Weder ist deutlich, ob es für das Eigentum eine allgemeine, objektive Wertgrenze geben soll, oder sich die Bedeutsamkeit auch relativ mit Bezug auf die Verhältnisse des Eigentümers er-

geben kann. Noch ist klar, unter welchen Bedingungen eine – offenbar nicht notwendig im öffentlichen Eigentum stehende, also möglicherweise auch rein privat genutzte – Sache aus öffentlicher Sicht unbedingt erhaltenswert ist.

Die Begründung des Gesetzentwurfs der Staatsregierung erhöht diese Unklarheit eher noch weiter, als dass sie ihr abhilft. Sie spricht zum einen davon, dass „lediglich Eigentumspositionen von erheblicher materieller und immaterieller Bedeutung“ erfasst werden sollen, und verweist zum anderen hinsichtlich der Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, darauf, dass dieser Kategorie „insbesondere Einrichtungen der öffentlichen Hand, namentlich solche der Daseinsvorsorge, unterfallen.“

Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299
(Anlage 3), S. 10.

Die Abgrenzungsschwierigkeiten werden hiermit nicht beseitigt, sondern erst recht deutlich. Wann insbesondere immaterielle Eigentumspositionen entsprechend gewichtiger Art vorliegen und ob alle Arten öffentlicher Einrichtungen – etwa Gemeindebibliotheken – der gesetzlichen Begrifflichkeit subsumiert werden können, bleibt offen.

(b) Gerade der Quervergleich zur bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, der der bayerische Gesetzgeber den Verweis auf die „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ entnommen haben dürfte, macht deutlich, warum im vorliegenden Kontext des PAG die Begriffsbestimmung so schwierig ist. Denn in den beiden Entscheidungen, in denen das Bundesverfassungsgericht auf diesen Begriff ausdrücklich rekurriert – in der Entscheidung zum Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei (ATDG) und zum BKA-Gesetz – verweist es zugleich jeweils ganz explizit auf den Kontext der „Terrorismusabwehr“.

Vgl. BVerfGE 133, 273 (365); 141, 220 (296).

Die als möglich bezeichnete genauere Begriffsbestimmung verdankt sich dabei genau diesem Kontext des besonderen Gesetzeszwecks. Der Zweck fungiert als Maßstab, an dem abgelesen werden kann, wann von einer „Sache, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse liegt“, gesprochen werden kann.

„Gemeint sind *im Zusammenhang mit der Terrorismusabwehr* etwa wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen.“

BVerfGE 133, 273 (365; meine Hervorhebung).

Eine solche aus dem Zweck resultierende Begriffskonkretisierung scheidet mit Bezug auf die neuen Bestimmungen des PAG aus. Die allgemeine polizeirechtliche Aufgabe der Gefahrenabwehr steht einem entsprechend trennscharfen „Zusammenhang“ zu einer spezifischen Zielsetzung entgegen.

(c) Auch in einer anderen Hinsicht wird vor dem Hintergrund der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur deutlich, wie problematisch das Vorgehen des bayerischen Gesetzgebers ist. Denn er reißt mit den beiden alternativ einschlägigen Aspekten der „erheblichen Eigentumspositionen“ und den „Sachen, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse liegt“, auseinander, was nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts gerade nicht getrennt werden darf. Mit Bezug auf die einschlägige Regelung des ATDG hat das Bundesverfassungsgericht erläutert:

„Soweit die Vorschrift darüber hinaus auch den Schutz von Sachen mit erheblichem Wert vorsieht, stellt der Gesetzgeber klar, dass es nicht um den Schutz des Eigentums oder der Sachwerte als solcher geht, sondern um Sachen, ‚deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist‘ (§ 5 Abs. 2 Satz 1 ATDG).“

BVerfGE 133, 273 (365).

Auch auf diese Rechtsprechung kann sich ein Versuch der Begriffskonkretisierung des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG damit nicht berufen.

cc) Der problematische systematische Zusammenhang der Begriffe

An dieser Unbestimmtheit der einzelnen Begriffe kann auch die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof anerkannte Möglichkeit nichts ändern, der zufolge eine nähere Bestimmung der fraglichen Begriffe „durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs“ zu erreichen ist.

Vgl. VerfGHE 50, 226 (248 f.).

Eine solche Möglichkeit ist vorliegend nicht gegeben. Im Gegenteil: Gerade der systematische Zusammenhang der einzelnen Befugnisvoraussetzungen bei dem Versuch, den Begriff der „drohenden Gefahr“ legalzudefinieren, bleibt seinerseits unklar und verschärft damit das allgemeine Bestimmtheitsproblem zusätzlich.

Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG n.F. verlangt einerseits, dass die beabsichtigten Maßnahmen die „Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ verhindern sollen. Andererseits lässt die Vorschrift aber für die Feststellung einer „drohenden Gefahr“ eine durch entweder „das individuelle Verhalten einer Person“ (Nr. 1) oder „Vorbereitungshandlungen“ bzw. andere „bestimmte Tatsachen“ (Nr. 2) konkretisierte Erwartung von „Angriffen von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ ausreichen. Dem Wortlaut der Norm zufolge müssen sich diese Angriffe demnach gerade nicht gegen „bedeutende Rechtsgüter“ richten. Diese bedeutenden Rechtsgüter, die der Katalog des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG n.F. näher spezifizieren will, spielen demnach einer genauen Auslegung der Norm zufolge nur hinsichtlich der Zielsetzung der handelnden Behörde eine Rolle: Die Behörde muss die fraglichen Maßnahmen treffen, um die bedeutenden Rechtsgüter vor der Entstehung einer Gefahr zu bewahren. Es handelt sich mithin um eine lediglich subjektive Tatbestandsvoraussetzung. Als objektiv begrenzendes Merkmal besitzen die „bedeutenden Rechtsgüter“ dagegen keine eigenständige Relevanz; hier kommt es nur auf die – wie skizziert in sich kaum verständlichen – „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ an.

Vgl. so auch Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (148). A.A. die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Markus Möstl v. 10. Mai 2017 (Anlage 6), S. 4, der das Problem zwar ebenfalls sieht, aber durch Berücksichtigung von „Gesamtkontext“ und „Entwurfsbegründung“ für bewältigbar hält.

dd) Diskussion der Gegenauffassung

Auch ein Blick auf jene Stimmen in der Literatur, die die Bestimmtheit der neuen Normen, v.a. mit Bezug auf den Begriff der „drohenden Gefahr“, als noch gegeben sehen, kann an dem Befund der unzureichenden Bestimmtheit nichts ändern. Im Gegenteil: Die gänzlich unzureichende Argumentation dieser Gegenauffassung bestätigt indirekt die hier dargelegte Position.

Bezeichnend ist bereits, dass sich eine nähere Auseinandersetzung mit dem Problem nicht findet. Die entsprechenden Ausführungen bleiben vielmehr äußerst knapp. Auch die beiden einzigen genannten Argumente können nicht überzeugen. Zum einen lässt sich, wie oben ausführlich dargestellt, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Urteil zum BKA-Gesetz nicht auf die Situation des PAG übertragen. Zum anderen ist es völlig unzureichend, im Kontext des Bestimmtheitsgebots lediglich auf die „Natur einer abstrakten Norm“ zu verweisen, die nähere Konkretisierungen unmöglich mache.

So Müller, BayVBl. 4/2018, 109 (112).

Die Abstraktheit der Normen kein Argument, das zugunsten der hinreichenden Bestimmtheit einer Regelung verwendet werden kann. Im Gegenteil: Sie ist der Grund für die Notwendigkeit des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots.

Entsprechendes gilt für die These, es liege „in der Natur der Rechtsauslegung, dass die Kategorien ineinander übergehen und sich ihr Anwendungsbereich auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung ändern kann.“

A.a.O., S. 113.

Auch hierzu ist festzuhalten, dass die aus dem Bestimmtheitsgebot resultierenden Anforderungen auf eine Auslegung gerichtet sind, die die juristischen Grundkategorien nicht miteinander verschwimmen lässt, sondern sie möglichst scharf auseinanderhält.

3. Verstoß gegen das Übermaßverbot

Die Ausdehnung der Möglichkeit polizeilicher Befugnisse nicht nur informationeller, sondern auch aktioneller Art widerspricht zudem dem ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 BV sowie aus den Grundrechten der Art. 100 ff. BV abzuleitenden Gedanken des Übermaßverbots.

a) Maßstab

aa) Der allgemeine Gedanke des Übermaßverbots verlangt, dass alle staatlichen Maßnahmen einem legitimen Zweck dienen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sind.

Vgl. nur VerfGHE 59, 80 (93 f.); 60, 234 (247); 61, 130 (137); BVerfGE 67, 157 (173); 70, 278 (286); 104, 337 (347 ff.); 120, 274 (318 f.); 125, 260 (316); 141, 220 (265); st. Rspr.

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne fordert dabei, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen der Gewichtigkeit der staatlicherseits verfolgten Zwecke einerseits und der Intensität der Grundrechtseingriffe andererseits besteht. Je intensiver ein Eingriff ist, desto bedeutsamer müssen die verfolgten Zwecke sein.

Vgl. VerfGHE 50, 226 (249); 56, 28 (46 f.) 57, 113 (120 f.).

bb) Das Übermaßverbot weist aber auch eine gewissermaßen „epistemische“ oder „kognitive“ Seite auf, die sich auf die Kenntnis, genauer: den Grad der Gewissheit hinsichtlich des Vorliegens der tatsächlichen Voraussetzungen einer Eingriffssituation bezieht.

Vgl. BVerfGE 7, 377 (408). Zu dieser Dimension des Verhältnismäßigkeitsgedankens auch die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Markus Löffelmann v. 17. Mai 2017 (Anlage 6), S. 4 ff.

Das betrifft zunächst eine spezifische „Relativität“ des Gefahrenbegriffs. Wann das Vorliegen einer konkreten Gefahr zu bejahen ist, ist nicht abstrakt und allgemein, sondern jeweils in Relation auf das bedrohte Rechtsgut zu bestimmen. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist in diesem Sinne keine rein tatsächlich, sondern zugleich normativ zu beantwortende Frage. Je gewichtiger das Rechtsgut ist, dem ein Schaden droht, desto geringere Anforderungen sind an den Nachweis seiner aktuellen Gefährdung, das heißt den Nachweis der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen.

Vgl. VGH BW, NVwZ 1991, 493 (493); Bay VGH, BayVBl. 1997, 280 (281). Zu dieser „je-desto-Formel“ auch Berner/Köhler/Käß, PAG, 20. Aufl. 2010, Art. 2 Nr. 24.

Die epistemische Dimension des Verhältnismäßigkeitsprinzips betrifft andererseits aber auch das Ausmaß der staatlichen Befugnisse. Je umfangreicher diese Befugnisse sind und je intensiver die von ihnen möglicherweise ausgehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen sich auswirken können, desto genauer müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen bestimmt und erkennbar sein. Bezogen auf das Polizeirecht besagt das: Je umfangreicher die behördlichen Befugnisse sind, desto präziser muss der mögliche Schadenseintritt belegt werden.

Vgl. BVerfGE 141, 220 (271): „die Anforderungen an eine hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage hinsichtlich der genannten Rechtsgüter [müssen] im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen bestimmt werden.“

Diese Dimension des Verhältnismäßigkeitsgedankens zeigt sich in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur besonders deutlich im Rahmen der Abgrenzung der allgemein polizeilichen und der speziell nachrichtendienstlichen Befugnisse. Danach unterscheiden sich nachrichtendienstliche und polizeiliche Aktivitäten zum einen dadurch, welche Eingriffsbefugnisse – informationeller oder nur akti-

oneller Art – ihnen gewährt werden. Die Handlungsmöglichkeiten der Nachrichtendienste bleiben hinter den Kompetenzen der Polizeibehörden regelhaft zurück.

Vgl. BVerfGE 133, 277 (327): „Dieser auf die politische Vorfeldaufklärung beschränkte Auftrag der Nachrichtendienste spiegelt sich auch in einer Beschränkung ihrer Befugnisse: Polizeiliche Befugnisse haben sie nicht, und sie dürfen auch im Wege der Amtshilfe nicht die Polizei um Maßnahmen ersuchen, zu denen sie selbst nicht befugt sind [...].“

Zum anderen unterscheiden sich die nachrichtendienstlichen und die polizeilichen Aktivitäten dadurch, dass die umfassenderen Befugnisse der Polizei durch engere Voraussetzungen hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen der Eingriffsmaßnahmen ausgeglichen werden. Diese weiten Befugnisse dürfen nur auf der Basis eines hinreichend wahrscheinlichen Schadensereignisses, also einer Gefahr im traditionellen Verständnis, ausgeübt werden.

Vgl. ebd.: „Von diesem Aufgaben- und Befugnisprofil [der Nachrichtendienste] unterscheidet sich das der Polizei- und Sicherheitsbehörden grundlegend. Ihnen obliegt die Verhütung, Verhinderung und Verfolgung von Straftaten sowie die Abwehr von sonstigen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Ihre Aufgaben sind geprägt von einer operativen Verantwortung und insbesondere der Befugnis, gegenüber Einzelnen Maßnahmen erforderlichenfalls auch mit Zwang durchzusetzen. Dabei sind ihre Aufgaben gesetzlich differenziert umgrenzt und durch ein materiell wie verfahrensrechtlich vielfältig abgestuftes Arsenal von Handlungsbefugnissen unterlegt. Unbeschadet gewisser Aufgaben auch dieser Behörden schon im Vorfeld von Gefahren, sind ihnen Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen; Voraussetzung ist in der Regel, dass Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr vorliegen.“

Die Befugnisse der Polizeibehörden, die gegenüber den auf speziellere Situationen zugeschnittenen, regelhaft (nur) der Erkenntnisgewinnung dienenden Befugnissen der Nachrichtendienste sehr viel umfangreicher sind, setzen danach höhere Eingriffsschwellen voraus. Erforderlich ist im Grundsatz das Bestehen einer konkreten Gefahr. Der Schadenseintritt darf nicht bloß möglich erscheinen, sondern muss sich zu einer gewissen – wenngleich mit Bezug auf die Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts relativen – Wahrscheinlichkeit verdichtet haben.

Vgl. BVerfGE 110, 33 (56 f., 61); 113, 348 (377); 120, 274 (328 f.); 125, 260 (330).

Der Zusammenhang wird auch daran deutlich, dass sich zwar auch nach der traditionellen polizeirechtlichen Dogmatik polizeiliches Handeln auf das Gefahrenvorfeld erstrecken kann. Bei den in diesem Vorfeld zulässigen Maßnahmen handelte es sich jedoch regelhaft lediglich um um sog. Gefahrerforschungseingriffe, das heißt um Maßnahmen der informationellen Aufklärung seitens der Behörden, die selbst nur dazu dienen, das etwaige Vorliegen einer Gefahr festzustellen.

Vgl. Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11, Rn. 207; Goldhammer, in: ebd., Art. 4 Rn. 71.

Gerade weil diese Maßnahmen unter deutlich reduzierten Anforderungen hinsichtlich der tatsächlichen Kenntnisse der Behörden stehen, statuiert das Bundesverfassungsgericht für die Rechtfertigung derartiger informationeller Maßnahmen besondere Anforderungen.

Vgl. BVerfGE 110, 33 (56); 133, 277 (329); mit Bezug auf die allgemeine polizeirechtliche Situation entsprechend Möstl, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK PolSichR Bayern, 7. Edition (Stand: 15.11.2017), Systematische Vorbemerkungen, Rn. 36.

Diese zusätzlichen Anforderungen bilden eine unmittelbare Konsequenz des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgedankens. In dem Maße, in dem die Anforderungen an die Sicherheit einer Prognose abgesenkt werden, die ihrerseits als Voraussetzung staatlicher Eingriffsmaßnahmen fungiert, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass die Bürgerinnen und Bürger Eingriffen ausgesetzt sind, bei denen sich ex post herausstellt, dass die ihnen zugrunde gelegten tatsächlichen Annahmen falsch waren. Auf die damit zu Lasten der Bürgerinnen und Bürger gehende erhöhte Prognoseunsicherheit muss im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgedankens reagiert werden, indem die kognitive Unsicherheit auf andere Weise kompensiert wird.

cc) Möglich ist in dieser Hinsicht etwa eine materielle Lösung in Form einer Zulässigkeit entsprechender Maßnahmen lediglich zugunsten herausragend wichtiger Schutzgüter.

Vgl. nur BVerfGE 7, 377 (406); 141, 220 (269 ff.).

Denkbar sind im Sinn der allgemeinen Idee eines „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ aber auch flankierende prozedurale Lösungsmechanismen, etwa in Form eines Richter- und/oder Behördenleitervorbehalts.

Vgl. BVerfGE 125, 260 (337 f.); 141, 220 (293 f.).

Diesbezüglich ist zwar festzuhalten, dass grundsätzlich Primärzuständigkeiten des Richters Ausnahmen im Recht der Gefahrenabwehr darstellen. Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs gebietet die Verfassung nicht, diese Ausnahmen über die verfassungsrechtlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus zu verallgemeinern.

Vgl. VerfGHE 47, 241 (263).

Das heißt aber nicht, dass jenseits eines bereits explizit von der Verfassung vorgesehenen Richtervorbehalts überhaupt keine entsprechende Zuständigkeit der Judikative möglich sein kann. Eine solche Primärzuständigkeit kann sich vielmehr

aus Gründen des materiellen Grundrechtsschutzes sogar als erforderlich darstellen.

Vgl. BVerfGE 125, 260 (337 f.); 141, 220 (275, 293 f.).

dd) Die aus diesen Grundüberlegungen resultierenden Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit gesetzgeberisch geschaffener Eingriffsbefugnisse muss der Gesetzgeber jedenfalls in den wesentlichen Grundzügen selbst klären. Er kann sich nicht darauf beschränken, der Verwaltung sehr weit gehende Handlungsbefugnisse zur Verfügung zu stellen und im Übrigen darauf vertrauen, dass die Behörden im Rahmen des Gesetzesvollzugs dem Verhältnismäßigkeitsgedanken, etwa im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation der einschlägigen Befugnisnormen, hinreichend zur Durchsetzung verhelfen.

Vgl. BVerfGE 141, 220 (288 ff.).

b) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Diesen Anforderungen werden die vorliegend angegriffenen Neubestimmungen nicht gerecht. Die Neuregelungen zur Einführung der „drohenden Gefahr“ bilden eine unverhältnismäßige Belastung der Bürgerinnen und Bürger. Auf der einen Seite steht eine sehr hohe potentielle Eingriffsintensität der neu geschaffenen Handlungsmöglichkeiten. (aa). Diese besondere Eingriffsintensität wird auf der anderen Seite weder durch materielle Anforderungen an die besondere Wichtigkeit der staatlicherseits verfolgten Zwecksetzungen (bb) noch durch prozedurale Kompensationsmechanismen (cc) so hinreichend ausgeglichen, dass insgesamt von einer Verhältnismäßigkeit der Gesamtregelung gesprochen werden könnte.

aa) Die neuen Vorschriften schaffen ebenso breite wie potentiell tiefgreifende Eingriffsbefugnisse. Wie oben bereits dargelegt, sind die neugeschaffenen Eingriffskompetenzen ausgesprochen weit; sie erfassen über die Einbeziehung der Generalklausel sowie der genannten Standardmaßnahmen den größten Teil typischer polizeilicher Aktivitäten, und dies nicht nur im Bereich der informationel-

len, sondern ebenso der aktionellen Maßnahmen. Insbesondere die offenkundig nicht auf (bloße) Gefahraufklärung, sondern Gefahrenabwehr zielenden Standardmaßnahmen wie Platzverweis, Sicherstellung oder Präventivhaft machen das deutlich.

Vgl. Heidebach, BayRVR v. 17. März 2017. Ferner die Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Markus Möstl v. 10. Mai 2017 (Anlage 6), S. 6, die auf das Erfordernis einer „zusätzliche[n] Rechtfertigung“ derartiger Maßnahmen hinweist und anregt, demgemäß den Normtatbestand um einen gesonderten Hinweis auf diese gebotene zusätzliche Erforderlichkeitsprüfung zu ergänzen.

Damit setzt sich die Neureglung in einen ausdrücklichen Widerspruch zu dem vom Bundesverfassungsgericht konstatierten Normalfall polizeilicher Tätigkeit in ihrer Abgrenzung von nachrichtendienstlichen Aktivitäten. Dieser aus dem Gedanken des Übermaßverbots resultierende Grundsatz wird durch den neu in das PAG eingeführten Begriff der „drohenden Gefahr“ in sein Gegenteil verkehrt. Die Neuregelungen senken für nahezu alle polizeilichen Maßnahmen die Schwelle der epistemischen Voraussetzungen staatlichen Handelns, das heißt das Ausmaß der Gewissheit bezüglich bestehender Tatsachen und auf diesen aufbauender erwartbarer Kausalverläufe, signifikant ab. Die Polizeibehörden haben dadurch nicht allein die Möglichkeit, früher und somit häufiger einzugreifen. Durch die Absendung der Anforderungen an die Sicherheit der zu treffenden Prognoseentscheidungen erhöht sich zugleich die Wahrscheinlichkeit erst im Nachhinein zu erkennender Fehleinschätzungen.

Vgl. zum Problem des Risikos einer Fehlprognose BVerfGE 110, 33 (56); 133, 348 (279).

Weiter verschärfend hinzu kommt die oben genannte bemerkenswerte Ausdehnung des potentiellen Betroffenenkreises. Die neuen Regelungen können die gesamte Bevölkerung betreffen. Die zweite Alternative des Art. 11 Abs. 1 S. 1

PAG n.F. ermöglicht es, die neugeschaffene Befugnis auch gegen gänzlich unbeteiligte Personen einzusetzen.

Vgl. so zu Recht Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (148).

Damit erhöht sich für alle Bürgerinnen und Bürger die Wahrscheinlichkeit, früher und vor allem: auf unsicherer, potentiell ex post sich als fehlerhaft herausstellender Prognosebasis einen Eingriff seitens der staatlichen Behörden erdulden zu müssen. Dies verkennt eine Engführung der Diskussion, die die Problematik der Neuregelung vorwiegend auf eine Kontrastierung des Rechtsschutzes potentieller Täter vs. des Schutzanspruchs potentieller Opfer von Straftaten reduziert.

Vgl. so in der Tendenz die Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz v. 10. Mai 2017, S. 2, mit Verweis auf Hillgruber, JZ 2007, 209 (211 f.).

bb) Dieser in mehrfacher Hinsicht zu konstatierenden besonderen Intensität der den Polizeibehörden eingeräumten Eingriffsmöglichkeiten stehen keine hinreichenden materiellen Gründe gegenüber. Der gesetzgeberische Versuch, über die Einführung der Kategorien der „Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ und den Katalog des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG n.F. ein inhaltliches Gegengewicht auf der Ebene der staatlicherseits zu verfolgenden Zwecke zu schaffen, muss aufgrund der oben skizzierten Unklarheit der einzelnen Begriffe und des missglückten systematischen Zusammenhangs als gescheitert angesehen werden. In seiner vorliegenden Gestalt findet eine wirkliche Eingrenzung auf den Schutz ganz besonders gewichtiger Rechtsgüter nicht statt. Nach dem Wortlaut der Neuregelung reichen etwa schon leichte, auch nur fahrlässig begangene Körperverletzungsdelikte aus, um die tatbestandlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Das wird der Intensität der potentiellen Belastung nicht gerecht.

Vgl. speziell zur Unverhältnismäßigkeit bloßer privater Eigentumsbeeinträchtigungen für den Bereich des sächsischen Landesverfassungsrechts SächsVerfGH, LKV 1996, 273 (283), wo bereits mit Bezug auf polizeiliche Informationsgewinnungsmaßnahmen – also keine aktionellen Maßnah-

men – im Gefahrenvorfeld statuiert wird: „Der Schutz bedeutender Sach- und Vermögensinteressen darf nur insoweit in den Anwendungsbereich polizeilicher Vorfeldbefugnisse aufgenommen werden, als durch ihre Gefährdung nicht nur Individualinteressen berührt werden, sondern wegen der Begehungsweise, die § 36 I Nr. 2c SächsPolG umschreibt, zugleich das Gemeinwesen besonders bedroht wird. Sach- und Vermögenswerte sind Bestandteile der von der Polizei zu gewährleistenden öffentlichen Sicherheit (vgl. § § 1 I SächsPolG), soweit an ihrem Schutz ein öffentliches Interesse besteht.“

cc) Die materiellen Probleme des Verhältnismäßigkeitsgedankens werden zudem in keiner Weise durch prozedurale Elemente ergänzt und dadurch abgemildert. Insbesondere ein Richter- und/oder Behördenleitervorbehalt existiert nicht.

4. Verhältnis der bayerischen Neuregelung zur bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur im Urteil zum BKA-Gesetz

Der Erläuterung, weshalb die neu eingeführte Kategorie „drohende Gefahr“ grundlegende rechtsstaatliche Anforderungen der Verfassung verletzt, lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass der Begriff unmittelbar aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts übernommen wurde. Es ist zwar richtig, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKA-Gesetz eine solche Kategorie anspricht und für verfassungskonform hält (a). Daraus folgt aber nicht, dass auch die vorliegend streitgegenständliche Einführung der „drohenden Gefahr“ in das PAG verfassungsrechtlich unproblematisch ist. Im Gegenteil zeigt der genauere Vergleich mit den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht nur, dass eine solche Übertragung gerade nicht möglich ist (b). Der Vergleich mit den erheblich engeren Voraussetzungen des bundesverfassungsgerichtlichen Konzepts macht im Wege eines e contrario-Schlusses vielmehr erst recht deutlich, dass die vorliegend streitgegenständliche Regelung verfassungswidrig ist, weil die bayerische Neuregelung nicht im Rahmen der auf eine sehr viel engere Anwendungssituation zugeschnittenen und dabei selbst ersichtlich bereits als ultima ratio kon-

zipierten Voraussetzungen des Bundesverfassungsgerichts bleibt, sondern ihre eigenen Voraussetzungen sehr viel weiter fasst (c).

- a) Der Begriff „drohende Gefahr“ im BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Richtig ist zunächst, dass nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts die herkömmliche polizeirechtliche Kategorie der konkreten Gefahr kein absolutes verfassungsrechtliches Mindestmaß hinsichtlich der tatbestandlichen Grundlage für grundrechtsrelevante polizeiliche Maßnahmen bildet. Ausdrücklich heißt es vielmehr im Urteil zum BKA-Gesetz:

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen [...] nicht von vornherein 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 ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.“

BVerfGE 141, 220 (272; ähnlich 290 f.).

Grundsätzlich ist das Vorliegen einer „konkreten Gefahr“ im traditionellen dogmatischen Verständnis danach nicht die absolute Mindestbedingung, die in einer epistemischen Sicht vom Verhältnismäßigkeitsgedanken gefordert wird. Eine weitere Vorverlagerung ist möglich.

Auch eine solche Vorverlagerung verlangt jedoch hinreichende tatsächliche, objektiv überprüfbare Umstände, die im Sinne einer hinreichend „konkretisierten Gefahr“ den rational nachvollziehbaren Schluss auf bestimmte Gefahrenpotentiale zulassen.

„Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen (vgl. BVerfGE 110, 33 <56 f., 61>; 113, 348 <377 f.>).“

Ebd.

In diesem Kontext wird dann der Begriff der „drohenden Gefahr“ genannt:

„Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (BVerfGE 120, 274 <328 f.>; 125, 260 <330 f.>). 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 Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“

BVerfGE 141, 220 (272 f.).

b) Fehlende Übertragbarkeit der Konzeption auf die Situation des PAG

Fehl geht indes die Annahme, diese Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts ließen sich auf die Situation des PAG übertragen.

So jedoch Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11 Rn. 175; Müller, BayVBl. 4/2018, 109 (112).

Die zitierten Äußerungen machen vielmehr deutlich, dass eine Übertragbarkeit der Konstruktion auf den Aufgabenbereich des PAG nicht möglich ist. Die einschlägigen Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts beziehen sich erstens für die Frage der näheren Bestimmung der Gefahr auf sehr spezielle Straftatbestände (aa), zu deren frühzeitiger Bekämpfung zweitens nur spezielle Maßnahmen eingesetzt werden sollen (bb), die sich drittens dem besonderen Charakter der in Frage stehenden Delikte gemäß auch nur gegen sehr eng begrenzte Personengruppen richten (cc).

aa) Qualifikation der Gefahranforderungen

Bereits die oben zitierten Passagen aus dem BKA-Urteil sprechen deutlich nur von einer „drohende[n] Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut“.

BVerfGE 141, 220 (272; meine Hervorhebung).

Zudem wird auch dort bereits betont, dass es um die Abwehr „terroristische[r] Straftaten“ geht.

Vgl. ebd.

Die Erweiterung des traditionellen Gefahrenkonzepts in einen Vorfeldbereich hinein ist demnach nur in dem Maße zulässig, wie es um die möglichst frühzeitige Verhinderung von Gefahren für ganz besonders bedeutsame, äußerst gewich-

tige Rechtsgüter geht. Diese Linie wird an einer anderen Stelle des Urteils noch einmal unterstrichen. Das Bundesverfassungsgericht hebt damit zugleich hervor, dass der entsprechende Zusammenhang nicht beliebig, sondern aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsprinzips geboten ist. Zugleich macht es deutlich, welcher Grad an Konkretisierung hinsichtlich der als hinreichend gewichtig bestimmten schützenswerten Güter aus Gründen des Bestimmtheitsgebots erforderlich ist.

Mit Bezug auf die einschlägigen Regelungen des BKA-Gesetzes heißt es:

„Die Eingriffsbefugnisse werden so auf die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus begrenzt. Dabei verweist der Gesetzgeber weder lediglich auf einen unbestimmten Begriff des Terrorismus noch pauschal auf § 129a StGB als solchen, sondern bestimmt, dass die Gefahr für die Rechtsgüter von bestimmten, in § 129a StGB einzeln festgelegten und besonders qualifizierten Straftaten ausgehen muss. Die Norm ist so auf den Schutz von besonders gewichtigen Rechtsgütern vor besonders bedrohlichen Angriffen begrenzt. Ungeachtet der Frage, wo diesbezüglich die verfassungsrechtlichen Grenzen für solche Maßnahmen im Allgemeinen – etwa auch für entsprechende Befugnisse nach den Landespolizeigesetzen – liegen, wird damit jedenfalls vorliegend den Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügt.“

BVerfGE 141, 220 (288).

Vor diesem Hintergrund ist schwer nachvollziehbar, wie man zu der Einschätzung gelangen kann, der bayerische Gesetzgeber habe die bundesverfassungsgerichtliche Kategorie des „überragend wichtigen“ Rechtsguts durch den von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG n.F. genannten Katalog von „bedeutenden Rechtsgütern“ umgesetzt, der solche Rechtsgüter von überragender Wichtigkeit enthalte.

So Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11 Rn. 178.

Eine solche Erklärung lässt zum einen offen, warum der Gesetzgeber die – für ein natürliches Sprachgefühl offensichtlich weitere – Formulierung „bedeutend“ gewählt hat, statt unmittelbar die verfassungsgerichtliche Formulierung „überragend wichtig“ zu übernehmen, wenn doch in der Sache dasselbe Ergebnis intendiert war. Zum anderen und vor allem verkennt die Behauptung, dass der angesprochene Katalog des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG n.F. gerade nicht nur auf die vom Bundesverfassungsgericht im Urteil zum BKA-Gesetz thematisierte terroristischen Bedrohungen oder zumindest vergleichbar schwere Delikte bezogen ist.

Vgl. so aber Müller, BayVBl. 4/2018, 109 (114), mit der These, es gehe bei der Befugnisweiterung im Kontext des PAG lediglich um die Frage, ob eine spezifische, jeweils im selben Maße besonders gewichtige Gefahr „von einem Terroristen, Amokläufer oder einem anderen Verbrecher ausgeht.“ Ähnlich die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Josef Franz Lindner v. 11. Mai 2017 (Anlage 6), S. 9, der von der Aufgabe der „Abwehr von Gefahren unabhängig von bestimmten Bedrohungsmodalitäten“ spricht.

Die neuen Bestimmungen erfassen vielmehr auch sehr viel weniger gravierende, hinsichtlich der näheren Bestimmung nach Art und Ausmaß weitgehend konturenlos bleibende (Straf-)Taten.

Vgl. Heidebach, BayRVR v. 17. März 2017. Ähnlich die Stellungnahme des Sachverständigen Hartmut Wächtler v. 16. Mai 2017 (Anlage 6), S. 1 f., der eine „gewisse Diskrepanz“ zwischen der Darstellung der Gesetzesziele und des betroffenen Personenkreises durch die Gesetzesbegründung einerseits und den Wortlaut der Vorschrift andererseits konstatiert und hinsichtlich letzterem feststellt, dass der Entwurf sich nicht auf Gefahren aus dem terroristischen Spektrum oder ähnlich schwere Kriminalität beschränkt, sondern aufgrund seiner tatbestandlichen Formulierungen „eine Ausdehnung auf den Alltagsstörer erreicht“.

bb) Zulässige Maßnahmen

Im Übrigen geht es im Kontext des BKA-Gesetzes ausdrücklich nicht um aktionelle, sondern nur informationelle Maßnahmen. Es handelt sich um Überwachungsmaßnahmen, bei denen die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit im Einzelfall zwar ebenfalls sehr hoch sein kann, die aber im Grundsatz der tradierten Dogmatik verpflichtet bleiben, dass im Vorfeld konkreter Gefahren nur Maßnahmen zur Gefahrenaufklärung möglich sind.

BVerfGE 141, 220 (272; meine Hervorhebung): „In Bezug auf terroristische Straftaten (...) können *Überwachungsmaßnahmen* auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“

Eine verfassungsrechtliche Billigung der Absenkung der Gefahrenschwelle auch für aktionelle Maßnahmen ist der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu entnehmen.

Vgl. ebenso bereits Heidebach, BayRVR v. 17. März 2017. Deutlich zur Differenz der Situationen auch die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Markus Möstl v. 10. Mai 2017 (Anlage 6), S. 5: „Bei drohender Gefahr auch Kausalverlaufseingriffe zu eröffnen, geht [...] über das Urteil des BVerfG hinaus.“

cc) Betroffene Personenkreise

Diese doppelte Begrenzung sowohl auf der Ebene der Zwecksetzung wie der Qualität der möglichen Maßnahmen ist nicht nur mit Bezug auf die Intensität der möglichen Schadensereignisse relevant. Sie wirkt sich auch auf den potentiellen Betroffenenkreis aus. Diese „Streubreite“, das heißt der Anwendungsbereich der Normen, ist wiederum von entscheidender Relevanz für die Frage der Angemessenheit der Gesamtregelung.

„Bei der Prüfung der Angemessenheit der angegriffenen Vorschriften ist [...] zu beachten, dass es sich nicht um Normen handelt, die in ihrer Eingriffswirkung mit großer Streubreite gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen. Es geht vielmehr ganz überwiegend um Bestimmungen, die die Sicherheitsbehörden einzelfallbezogen in den Stand setzen sollen, schwerwiegende Gefahren für Rechtsgüter von Verfassungsrang abzuwehren und Straftaten von großem Gewicht zu verhüten.“

BVerfGE 141, 220 (268).

Die Möglichkeit einer Begrenzung des Betroffenenkreises wird an anderer Stelle dann auch ausdrücklich als Zulässigkeitsvoraussetzung benannt für neue Eingriffstatbestände, die die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit von Kausalverläufen reduzieren.

Vgl. BVerfGE 141, 220 (272): „Die Tatsachen müssen [...] 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.“

Damit ist zugleich einem Grundsatz Rechnung getragen, dem auch und gerade im allgemeinen Polizeirecht klassischerweise besondere Bedeutung zukommt: die Unterscheidung von Störer und Nicht-Störer und das in Form einer Pflicht zur lediglich subsidiären Inanspruchnahme des Nicht-Störers Ausdruck findende Verbot einer Gleichbehandlung beider Personenkreise.

Vgl. BVerfGE 120, 378 (402); 141, 220 (269 ff.); aus der Literatur nur Möstl, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK PolSichR Bayern, 3. Edition, Systematische Vorbemerkungen, Rn. 40.

Auch in dieser Hinsicht unterscheiden sich die vom Bundesverfassungsgericht zu untersuchenden Normen des novellierten BKA-Gesetzes grundlegend von den

vorliegend in Frage stehenden Bestimmungen des PAG, die, wie eingangs ausgeführt, die allgemeinen polizeilichen Befugnisse modifizieren und damit die gesamte Bevölkerung – wie dargelegt sogar am potentiell gefährlichen Geschehen in keiner Weise ursächlich beteiligte Bürgerinnen und Bürger – betreffen können.

dd) Ergebnis

Nach all dem kann keine Rede davon sein, dass der bayerische Gesetzgeber seine Konzeption der „drohenden Gefahr“ anhand der „Maßgaben“ des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz getroffen hat.

Vgl. so aber der Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 2.

Noch weniger lässt sich sagen, dass der bayerische Gesetzgeber den „Begriff“ der drohenden Gefahr vom Bundesverfassungsgericht schlicht „übernimmt“.

So Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11 Rn. 175.

Er übernimmt lediglich die Formulierung, das heißt die Wörter. Die mit den Wörtern verknüpfte konzeptionelle Ausgestaltung dagegen kann er nicht übernehmen. Eine solche Übernahme scheitert daran, dass sich die bundesverfassungsgerichtliche Konzeption grundsätzlich von dem Verständnis des bayerischen Gesetzgebers unterscheidet. Damit läuft auch das Argument ins Leere, „dass der Gesetzgeber, wenn er auf ausdrückliche Formulierungen des BVerfG zurückgreift, sich prinzipiell auf der verfassungsrechtlich sicheren Seite wähen darf.“

So Möstl, BayVBl. 5/2018, 156 (159).

Der bloße Rückgriff auf verfassungsgerichtliche Formulierungen, ohne Rücksicht auf das anders geartete Umfeld, in dem diese Formulierungen nun zum Einsatz kommen, kann den Schluss auf die „verfassungsrechtlich sichere Seite“ nicht tragen.

- c) Umkehrschluss auf die Verfassungswidrigkeit der Kategorie der „drohenden Gefahr“ im PAG n.F.

Eine genaue Analyse des BKA-Urteils zeigt nicht nur, dass sich von den dortigen Ausführungen her die hier fraglichen Neuregelungen des PAG nicht rechtfertigen lassen. Die Analyse macht vielmehr ihrerseits deutlich, weshalb die Einführung der neuen Kategorie „drohende Gefahr“ als verfassungswidrig zu qualifizieren ist.

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich zwar in seiner Auseinandersetzung mit dem BKA-Gesetz auf die Kontrolle dieser Vorschriften und klammert die Frage der allgemeinen verfassungsrechtlichen Grenzen „für entsprechende Befugnisse nach den Landespolizeigesetzen“ ausdrücklich aus.

Vgl. BVerfGE 141, 220 (288).

In diesem Sinne ist die These, es sei für die Frage der Verfassungskonformität

„unerheblich, dass die Entscheidung des BVerfG ausschließlich zur Abwehr von terroristischen Gefährdungen mittels Überwachungsmaßnahmen ergangen ist, da der Gesetzgeber auch anderen Gefahren mit demselben Instrumentarium begegnen darf und damit auch die Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 weit fassen kann“,

Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Edition (Stand: 01.01.2018), Art. 11 Rn. 179.

in dem Sinne zutreffend, dass die Notwendigkeit einer ausschließlichen Fokussierung auf die Aufgabe der Terrorabwehr aus der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur in der Tat nicht abgeleitet werden kann. Dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgedanken Rechnung tragenden Regelungen, die ähnlich gewichtige Aufgaben normieren und zugleich angemessene Schutzvorkehrungen zugunsten der Grundrechte vorsehen, bleiben zulässig.

Eine entsprechend gleichgewichtige Regelung ist die Neuregelung des Art. 11 Abs. 3 PAG n.F. aber nicht.

Sie übernimmt auf den ersten Blick zwar eine Reihe von Formulierungen aus dem BKA-Urteil wortwörtlich. Nicht nur der zentrale Begriff der „drohenden Gefahr“, sondern auch die Voraussetzung, es müssten sich „im Einzelfall 1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder 2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen“, sind ersichtlich der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur entlehnt.

Vgl. BVerfGE 141, 220 (272 f., 290 f., 305); ähnlich zuvor bereits BVerfGE 113, 348 (386 f.).

Zugleich jedoch unterscheiden sich die neu geschaffenen Normtatbestände des bayerischen Gesetzgebers sowohl bezüglich der Breite der Eingriffsmöglichkeiten wie hinsichtlich der stark reduzierten Anforderungen an die tatbestandlichen Voraussetzungen signifikant von den bundesverfassungsgerichtlichen Maßgaben. Die neuen Bestimmungen des PAG

- setzen nur den Schutz „bedeutender“ Rechtsgüter voraus, während das Bundesverfassungsgericht von „überragend wichtigen“ Rechtsgütern spricht;
- dienen der Aufgabe der allgemeinen Gefahrenabwehr, auch mit Bezug auf zu verhindernde (Klein-)Kriminalität, während beim Bundesverfassungsgericht die Aufgabe der „Terrorismusabwehr“ in Frage steht;
- betreffen alle Bürgerinnen und Bürger, während das Bundesverfassungsgericht eigens den durch die Aufgabe der Terrorismusabwehr begrenzten Kreis potentieller Betroffener als Zulässigkeitsvoraussetzung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgedankens benennt;
- ermöglichen Maßnahmen der Gefahrenabwehr auch dort, wo eine abzuwehrende Gefahr noch gar nicht festzustellen ist, während die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sich allein auf informationelle Befugnisse beziehen.

Alle genannten Abweichungen von den bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben erfolgen zu Lasten der potentiell betroffenen Bürgerinnen und Bürger. Stellt man in Rechnung, dass bereits die bundesverfassungsgerichtlichen Ausführungen sich ausdrücklich mit einem Grenzbereich des verfassungsrechtlich (gerade noch) Zulässigen beschäftigen, wird deutlich: Unabhängig davon, dass die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur offenlässt, inwieweit aus den Äußerungen zum BKA-Gesetz unmittelbare Rückschlüsse auf die allgemeine Zulässigkeit von Vorverlagerungen polizeilicher Tätigkeiten in das Gefahrenvorfeld hinein gezogen werden können, kann und muss ein entsprechender Schluss mit Bezug auf die Neuregelungen zur „drohenden Gefahr“ im PAG gezogen werden. Die Abweichungen von den bundesverfassungsgerichtlichen Maßgaben sind hier derart erheblich, dass die neuen Bestimmungen nicht mehr als verhältnismäßig und damit verfassungskonform anzusehen sind.

II. Verfassungswidrigkeit der Neuregelung zu Kontaktverboten, Aufenthaltsgeboten und -verboten (§ 1 Nr. 5 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)

§ 1 Nr. 5 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen enthält eine Neuregelung der bisherigen Anordnungsbefugnis zu Platzverweisung und Aufenthaltsverbot (1.). Auch diese Neuregelung verstößt gegen die Verfassung. Sie hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unter dem Gesichtspunkt des Übermaßverbots nicht stand (2.).

1. Der Inhalt der Neuregelung

§ 1 Nr. 5 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen erweitert die bislang bestehende Regelung des Art. 16 PAG a.F. in mehrerer Hinsicht. Die alte Bestimmung bildete eine Befugnisnorm für die Anordnung sog. Platzverweisungen und Aufenthaltsverbote. Zur Abwehr einer konkreten Gefahr oder bei Behinderung des Einsatzes von Rettungskräften konnten die Polizeibehörden eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Orts verbieten. Der Wortlaut der Vorschrift stellte

dabei klar, dass sich bei diesen Anordnungen jeweils um „vorübergehende“, das heißt zeitlich auf das Andauern einer Gefährdungssituation bezogene und zugleich begrenzte Maßnahmen handeln sollte.

Der Anwendungsbereich dieser Befugnisse wird durch die Neuregelung zum einen dadurch erheblich erweitert, dass durch die Einbeziehung der neuen Grundkategorie der „drohenden Gefahr“ als zusätzliche Eingriffsvoraussetzung in Art. 16 Abs. 1 PAG n.F. nun auch ein Tätigwerden im Gefahrenvorfeld möglich ist. Außerdem sieht Art. 16 Abs. 2 PAG n.F. zusätzliche, in der alten Regelung noch nicht enthaltene Befugnisse vor, die die Anordnung von Kontakt- und Aufenthaltsverboten sowie Aufenthaltsgeboten ermöglichen. Auch diese neuen Maßnahmen sind bereits aufgrund des Vorliegens einer lediglich „drohenden Gefahr“ zulässig.

Eine zeitliche Begrenzung durch die Charakterisierung als bloß „vorübergehende“ Maßnahme enthält Art. 16 Abs. 2 PAG n.F. nicht mehr. Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG n.F. bestimmt aber, dass die Dauer der Maßnahme bei der ersten Anordnung auf maximal drei Monate begrenzt ist. Diese Anordnung kann um jeweils wiederum maximal drei Monate verlängert werden. Eine absolute Höchstdauer ist nicht bestimmt. Ebenso wenig sieht die gesetzliche Neuregelung spezielle verfahrensrechtliche Anforderungen vor. Die Zulässigkeit der Anordnung hängt insbesondere nicht von einem Richter- oder Behördenleitervorbehalt ab.

2. Verstoß gegen das Übermaßverbot

Eine genauere verfassungsrechtliche Prüfung zeigt, dass die Neuregelung sowohl in Art. 16 Abs. 1 wie in Abs. 2 PAG n.F. Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Regelungen begegnet. Angesichts der hohen Intensität der durch die Maßnahmen ermöglichten Grundrechtseingriffe (a) sind die tatbestandlichen Voraussetzungen der neuen Vorschriften in sowohl materieller wie prozeduraler Hinsicht als zu geringgewichtig zu erachten (b).

a) Intensität der Belastung

aa) Die Grundrechtsbelastung durch die von Art. 16 Abs. 1 und 2 PAG n.F. ermöglichten Maßnahmen ist hoch.

Insbesondere die Aufenthaltsgebote bilden gravierende Eingriffe, die nicht nur die Grundrechte der Art. 101 und 109 BV betreffen können. Je enger der Raum ist, auf den sich das Aufenthaltsgebot bezieht, desto stärker nähert sich eine entsprechende Anordnung in die Nähe einer Beeinträchtigung der Freiheit der Person gemäß Art. 102 BV. Im äußersten Fall ist ein Aufenthaltsgebot mit Bezug auf einen so eng umgrenzten Raum möglich, dass es als eine Art „Hausarrest“ einer Maßnahme der Freiheitsentziehung gleichkommt.

Vgl. zu den all. Anforderungen etwa Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 2 (57. EL Januar 2010), Rn. 28. Diese mögliche Konsequenz für die Neuregelung des PAG bejahend die schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen Hartmut Wächtler v. 16. Mai 2017 (Anlage 6), S. 2 f., und Dr. Markus Löffelmann v. 17. Mai 2017 (Anlage 6), S. 12.

Eine solche Qualität der Maßnahme hat der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zwar ausgeschlossen.

Vgl. Gesetzentwurf der Staatsregierung v. 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 11 f.

In den Wortlaut der Vorschrift sind entsprechende Einschränkungen aber nicht eingegangen; ihm zufolge sind auch derartige Maßnahmen zulässig.

Vgl. so ausdrücklich die schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen Hartmut Wächtler v. 16. Mai 2017, S. 4 (Anlage 6), und Dr. Markus Löffelmann v. 17. Mai 2017 (Anlage 6), S. 12. A.A. die schriftlichen Stellungnahmen des Sachverständigen Prof. Dr. Josef Franz Lindner v. 11. Mai 2017 (Anlage 6), S. 11, und des Sachverständigen Prof. Dr. Markus Möstl v. 10. Mai 2017 (Anlage 6), S. 7, die aber jeweils die Unmöglichkeit einer

entsprechenden Verdichtung des Eingriffs zwar behaupten, aber nicht näher begründen.

bb) Verschärfend hinzu kommt die mögliche Dauer der Belastung. Nach der Neuregelung sind die Maßnahmen prinzipiell unbegrenzt, da sie immer wieder verlängert werden können.

cc) Wie oben erwähnt, ist auch die Begrenzung des personalen Anwendungsbereichs einer Vorschrift eine unmittelbare Konsequenz aus dem allgemeinen rechtsstaatlichen Gedanken des Übermaßverbots.

Vgl. BVerfGE 141, 220 (268, 272).

Gerade in dieser Hinsicht erweisen sich die in Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG n.F. neu geschaffenen Befugnisse als besonders belastend. Ihr personaler Anwendungsbereich ist weitgehend offen. Die bayerische gesetzliche Neuregelung kennt keine ausdrückliche Begrenzung der Maßnahmen auf Personen, von denen eine Gefahr ausgeht. Grundsätzlich können entsprechende Maßnahmen gegenüber allen Bürgerinnen und Bürgern angeordnet werden, unabhängig von der Frage ihres Beitrags zu einer möglichen Gefahrverursachung.

b) Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen

aa) Die Einbeziehung der neuen Kategorie der „drohenden Gefahr“ in Art 16 Abs. 1 PAG n.F. leidet zunächst an den oben dargelegten allgemeinen Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsdefiziten der neuen Grundkategorie.

Vgl. oben, sub. C. I.

Im konkreten Kontext des Art. 16 Abs. 1 PAG n.F. verschärft sich das Verhältnismäßigkeitsproblem aber noch zusätzlich, weil durch die Vorverlagerung die potentielle Belastung insbesondere in zeitlicher Hinsicht besonders gravierend ist, ohne dass der Gesetzgeber für diese gesonderte Problematik kompensatorische Maßnahmen vorsieht. Die mit der Vorverlagerung der Eingriffsmöglichkeit in das Gefahrenvorfeld notwendig einhergehenden erhöhten Prognoseunsicherheiten

führen zudem dazu, dass die zeitliche Limitierung von Maßnahmen nach Abs. 1 dort in Zukunft weitgehend leer laufen dürfte.

Vgl. Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (149).

bb) Die Eingriffsbefugnis aufgrund einer lediglich „drohenden Gefahr“ steht zudem in einem deutlichen Konflikt zu den gesonderten Rechtfertigungsanforderungen, die hinsichtlich eines das Aufenthaltsgebots gem. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Buchst. b PAG n.F. zu beachten sind. Die Maßnahme greift nicht nur in das Hauptfreiheitsrecht aus Art. 101 BV ein, sondern kann auch das Grundrecht auf Freizügigkeit gemäß Art. 109 Abs. 1 BV erfassen. Da der entsprechende Schutz des bayerischen Verfassungsgebers nicht hinter dem grundgesetzlich etablierten Standard zurückbleiben darf, muss auch bei der Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 109 Abs. 1 BV der qualifizierte Gesetzesvorbehalt gemäß Art. 11 Abs. 2 GG beachtet werden.

Vgl. entsprechend bereits die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Hartmut Wächtler v. 16. Mai 2017 (Anlage 6), S. 4.

Dieser qualifizierte Gesetzesvorbehalt enthält u.a. einen Kriminalvorbehalt, dem zufolge Eingriffe nur erfolgen dürfen, „um strafbaren Handlungen vorzubeugen“. Diese Vorbeugung bezeichnet in der herkömmlichen Lesart der Vorschrift keine Vorverlagerung in ein diffuses Vorbereitungsstadium etwaiger späterer strafbarer Handlungen. Die Vorbeugung muss vielmehr in Parallele zu dem ebenfalls von Art. 11 Abs. 2 GG genannten Tatbestandsmerkmal der „drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche Grundordnung des Bundes oder eines Landes“ gesehen werden, das erheblich enger als die dem Wortlaut nach zunächst identische bayerische Neuregelung gemäß dem überkommenen allgemeinen Polizeirecht zu verstehen ist. Der Vorbehalt greift demnach nur ein, „wenn den Schutzobjekten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Verletzung droht.“

So Durner, in: Maunz/Dürig, GG (81. EL September 2017), Art. 11 Rn. 143.

Analog dazu fordert auch die Vorbeugung von Straftaten, dass im konkreten Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, also entsprechend zu der typischen Anforderung an das Vorliegen einer konkreten Gefahr, die Begehung von Straftaten zu erwarten ist.

Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 11 Rn. 17 m. w. N.

Dieser Voraussetzung wird das durch den bayerischen Gesetzgeber intendierte neue Verständnis von „drohender Gefahr“ nicht gerecht. Die besonderen Anforderungen des Kriminalvorbehalts gemäß Art. 11 Abs. 2 GG stehen damit der Zulässigkeit der Eingriffsbefugnis des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Buchst. b PAG n.F. entgegen.

Vgl. so zu Recht bereits Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (149).

cc) Auch mit Bezug auf die Weite des personalen Anwendungsbereichs der Norm erweisen sich die in Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG n.F. neu geschaffenen Befugnisse als unverhältnismäßig. Dass die bayerische gesetzliche Neuregelung keine ausdrückliche Begrenzung der Maßnahmen auf Personen vorsieht, von denen eine Gefahr ausgeht, unterscheidet die Neuregelung wiederum entscheidend von scheinbar parallelen Befugnisnormen in anderen Gesetzen, etwa den entsprechenden Vorschriften des BKA-Gesetzes. Dieses Gesetz sieht in seinem § 55 Abs. 1 BKAG genau eine solche Begrenzung vor. Dem Wortlaut des bayerischen Gesetzes zufolge könnten dagegen selbst gegen potentielle Opfer eines etwaigen Straftäters entsprechende Gebote und Verbote angeordnet werden, um ein Zusammentreffen mit dem Täter zu verhindern. Diese denkbar weite Ausdehnung des potentiell betroffenen Personenkreises ist mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgedanken nicht zu vereinbaren.

Vgl. Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (149).

dd) Die genannten Kritikpunkte gelten erst recht für die nach dem Wortlaut der Norm möglichen Eingriffe in die Freiheit der Person gemäß Art. 102 Abs. 1 BV oder Maßnahmen, die zumindest in die Nähe derartiger Eingriffe gelangen und

ihnen daher von der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung vergleichbar sind. Derartige Eingriffe unterliegen aufgrund der besonderen Gewichtigkeit des von der Verfassung ausdrücklich als „unverletzlich“ bezeichneten Grundrechts besonderen Voraussetzungen. Sie sind nur „aus besonders gewichtigen Gründen“ unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.

Vgl. zu der entsprechenden Situation hinsichtlich des Art. 104 GG BVerfGE 90, 145 (172); 58, 208 (224); 70, 297 (307); 128, 326 (372 f.).

Dabei müssen die materiellen Voraussetzungen hinreichend detailliert und (gemäß dem allgemeinen Gedanken des Zusammenhangs von Bestimmtheitsgebot und Verhältnismäßigkeitsprinzip) umso genauer geregelt sein, je gewichtiger der Eingriff ist.

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

Gemäß der Bedeutung der betroffenen Grundrechts sind schließlich auch die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Freiheitsbeschränkung von Personen, die als Nicht-Störer in Anspruch genommen werden, noch einmal enger zu fassen als bei Eingriffen in die Art. 101 und 109 BV.

Vgl. BVerfG, EuGRZ 2008, 621.

All diese Voraussetzungen finden sich in der Neuregelung des Art. 16 Abs. 1 und 2 PAG n.F. nicht. Sie kennt keine Begrenzung der Voraussetzung auf „besonders gewichtige Gründe“, sondern ermöglicht ein Einschreiten der Polizeibehörden bereits zur Abwehr auch von Straftaten jedweder Schwere. Ebenso wenig enthält sie gesonderte Schutzbestimmungen zugunsten von Personen, die nicht ursächlich an der Gefahrentstehung beteiligt waren. Stattdessen senkt die Norm die Eingriffsvoraussetzungen bezüglich der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch die Verwendung der Kategorie „drohenden Gefahr“ sogar noch weiter ab, als dies nach der herkömmlichen Dogmatik zulässig war. Damit wird sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.

Vgl. ebenso Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (149).

ee) Der vergleichende Blick auf parallele Befugnisnormen, namentlich die Regelungen des BKA-Gesetzes, macht schließlich ein weiteres Defizit der vorliegend streitgegenständlichen Regelung deutlich, die deren Unverhältnismäßigkeit begründet. Trotz der dargelegten hohen Eingriffsintensität der Maßnahmen fehlen zusätzliche Anforderungen, die den materiellen Grundrechtsschutz durch flankierende Verfahrens- und Formerfordernisse unterstützen und absichern.

Anders als § 55 Abs. 3 S. 1 BKAG enthält die Regelung des Art. 16 PAG n.F. keinen Richtervorbehalt. Die Polizeibehörden sind vielmehr ermächtigt, die entsprechenden Eingriffsmaßnahmen bis zu einer Dauer von sechs Monaten selbst anzuordnen. Mangels entsprechenden Richtervorbehalts sieht die Regelung auch keine qualifizierten Form- und Begründungserfordernisse vor, die regelhaft dazu dienen, der RichterIn oder dem Richter die angemessene Überprüfung des Behördenhandelns zu ermöglichen.

Vgl. zu dieser Funktion BVerfGE 141, 220 (275 f.). Zur Parallelisierung mit § 55 Abs. 3 BKAG auch die Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Markus Möstl v. 10. Mai 2017 (Anlage 6), S. 7, der allerdings dennoch für die – im Vergleich zur Bundesebene eher weitergehenden – landespolizeilichen Befugnisse einen Richtervorbehalt für nicht erforderlich hält.

Das wird dem allgemeinen Gedanken des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren bei besonders gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht gerecht.

Vgl. zu diesem allgemeinen Gedenken näher BVerfGE 125, 260 (337 f.); 141, 220 (275, 293 f.).

Stellt man in Rechnung, dass es sich bei den möglichen Anordnungen um sehr eingriffsintensive Maßnahmen handelt, wäre jedenfalls ab einer bestimmten Anordnungsdauer, namentlich bei Maßnahmen, die mehr als 24 Stunden dauern sollen, eine richterliche Anordnung unabdingbar.

Vgl. Löffelmann, BayVBl. 5/2017, 145 (149).

Das gilt wiederum insbesondere dann, wenn die entsprechenden Anordnungen von Aufenthaltsgeboten zumindest in die Nähe von am Gewährleistungsgehalt des Art. 102 BV zu messenden echten Freiheitsentziehungen gelangen. Art. 102 Abs. 2 BV enthält einen verfassungsrechtlich zwingenden Richtervorbehalt.

Vgl. entsprechend mit Bezug auf den Präventivgewahrsam gemäß Art. 17 PAG n.F. auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 12.

Der in dieser Norm manifestierte Gedanke prozeduralen Grundrechtsschutzes muss auch auf Maßnahmen übertragen werden, die sich im engsten Sinne zwar noch nicht als Freiheitsentziehungen qualifizieren lassen, aber sich doch hinsichtlich der Intensität der Freiheitsbeeinträchtigung nur wenig von diesen unterscheiden. Das ist bei langandauernden, auf einen engeren Raum bezogenen Aufenthaltsgeboten der Fall.

Vgl. entsprechend bereits die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Hartmut Wächtler v. 16. Mai 2017 (Anlage 6), S. 4.

3. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK

Bei der Auslegung der Bayerischen Verfassung sind Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu berücksichtigen, sofern damit keine Einschränkung oder Minderung des bayerischen Grundrechtsschutzes verbunden ist. Die Grundrechte der Bayerischen Verfassung sind im Lichte der EMRK auszulegen.

Vgl. grundsätzlich BVerfGE 111, 307 (316 f.); 138, 296 (355 f.); entsprechend für den Bereich des sächsischen Verfassungsrechts SächsVerfGH, LKV 1996, 273.

Die Normen der EMRK bilden vor diesem Hintergrund zwar keinen unmittelbaren Prüfungsmaßstab für den Bayerischen Verfassungsgerichtshof. Sie müssen je-

doch als mittelbarer Prüfungsmaßstab im Sinne einer Auslegungshilfe für die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen Eingang in die Prüfung finden.

Ein Verstoß gegen eine Vorschrift der EMRK ist jedenfalls dann als Verstoß gegen die von Art. 3 Abs. 1 BV geforderte Gesetzesbindung anzusehen, wenn die Verletzung der EMRK offen zutage tritt und darüber hinaus auch inhaltlich nach ihrem Gewicht als schwerwiegender Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist.

Vgl. VerfGHE 57, 144 (150); zum Problem mit Bezug auf das Völkerrecht allg. auch VerfGH, BayVBl. 2009, 593 (594); mit Bezug auf die Verletzung einfachen Bundesrechts VerfGHE 61, 130 (138); 63, 220 (226 f.); 64, 20 (25).

Das ist hier der Fall. Die Neuregelung des Art. 16 Abs. 1 und 2 PAG n.F. wird den von der Rechtsprechung des EGMR wiederholt und deutlich gerade mit Bezug auf die Frage der deutschen Regelungen zum Präventiv- oder Sicherungsgewahrsam statuierten Anforderungen nicht gerecht. Sowohl die Möglichkeit einer Anordnung von Aufenthaltsgeboten aufgrund einer lediglich „drohenden Gefahr“ (a) wie die zeitlich unbegrenzte Anordnung entsprechender Gebote (b) verstoßen gegen die besonderen Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 EMRK.

a) Verstoß aufgrund des Tatbestandsmerkmals „drohende Gefahr“

Aufenthaltsgebote, die aufgrund einer lediglich „drohenden Gefahr“ angeordnet werden und die Eingriffsintensität von Freiheitsentziehungen erreichen, verstoßen gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK.

Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 5 Abs. 1 EMRK sind gegenüber denjenigen des Art. 102 BV und des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG noch einmal enger gefasst. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK enthält einen abschließenden Katalog möglicher legitimer Zwecke, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen können. Nach der ausdrücklich auf die deutsche Rechtslage bezogenen Rechtsprechung des EGMR lässt sich der polizeiliche Präventivgewahrsam allenfalls auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b 2. Alt. EMRK stützen.

Vgl. EGMR, Urteil v. 24. März.2005 – 77909/01 – Epple/Deutschland; Urteil v. 7. März 2013 – 15598/08 – Ostendorf/Deutschland; Urteil v. 1. Dezember 2011 – 8080/08, Slg 11-VI – Schwabe u.a./Deutschland. Zur ganzen Problematik näher auch Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage 2017, Art. 5 Rn. 37.

In Frage kommt demnach nur die Voraussetzung „Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“. Was das für die Möglichkeit eines zur Gefahrenabwehr eingesetzten Präventivgewahrsams bedeutet, hat der EGMR insbesondere in einer Entscheidung im Jahr 2013 klargestellt. Danach muss das Merkmal der „Verpflichtung“ gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. b EMRK „sehr eng eingegrenzt sein“. Eine allgemeine Verpflichtung, „friedlich zu bleiben und eine Straftat nicht zu begehen“, genügt dieser Anforderung nicht. Die Verpflichtung muss „spezifisch und konkret“ sein. Das ist nur dann der Fall,

„wenn Ort und Zeitpunkt der bevorstehenden Begehung der Straftat sowie ihr potenzielles Opfer/ihre potenziellen Opfer hinreichend konkretisiert wurden. [...] Zusätzlich muss der Beschwerdeführer im Vorfeld seiner Ingewahrsamnahme die Erfüllung seiner Verpflichtung, den Frieden durch die Nichtbegehung einer spezifischen und konkreten Straftat zu wahren, versäumt haben. In Fällen, in denen es um eine derartige Pflicht geht, reicht es aus, wenn der Beschwerdeführer eindeutige und aktive Schritte unternommen hat, die darauf hindeuten, dass er seine Verpflichtung nicht erfüllen wird.“

EGMR, Urteil v. 7. März 2013 – 15598/08 – Ostendorf/Deutschland, Rn. 93 f. (nichtamtliche Übersetzung des Bundesjustizministeriums).

Diese Konkretisierungen der Anforderungen der EMRK durch den EGMR müssen gemäß der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur von allen deutschen staatlichen Stellen berücksichtigt werden.

Vgl. BVerfGE 111, 307 (316 f.).

Das ist durch die Novellierung des PAG nicht hinreichend geschehen. Die Definition der „drohenden Gefahr“ im neuen Art. 11 Abs. 3 PAG erfüllt die genannten Anforderungen des EGMR nicht. Denn im Fall einer derartigen Gefahr sind weder der Ort noch der Zeitpunkt noch die potentiellen Opfer einer bevorstehenden Straftat hinreichend konkretisiert.

So zu Recht Heidebach, BayRVR v. 17. März 2017; ebenso die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Markus Löffelmann v. 17. Mai 2017 (Anlage 6), S. 22 f.

Da den EGMR diese Frage der Zulässigkeit der deutschen Bestimmungen zum Präventiv- und Sicherheitsgewahrsam wiederholt beschäftigt hat und er in einer Reihe von Entscheidungen die von der Konvention gebotenen Grenzen aufgezeigt hat, ist der Verstoß gegen diese Rechtsprechungslinie auch als hinreichend offensichtlich und gewichtig anzusehen, um zugleich als Verletzung des Art. 3 Abs. 1 BV gelten zu können.

b) Verstoß aufgrund der fehlenden zeitlichen Begrenzung

Auch die fehlende zeitliche Begrenzung von Aufenthaltsgeboten, die hinsichtlich der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung freiheitsentziehenden Maßnahmen gleichzustellen sind, verstößt gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK. Der EGMR hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 klargestellt, dass die Vorschrift eine derartige zeitlich unbegrenzte Freiheitsbegrenzung nicht zulässt. Ausdrücklich heißt es mit Bezug auf eine britische Regelung, die die präventive Inhaftierung von Terrorverdächtigen betraf:

„The Court does not accept the Government’s argument that Article 5 § 1 permits a balance to be struck between the individual’s right to liberty and the State’s interest in protecting its population from terrorist threat. This argument is inconsistent not only with the Court’s jurisprudence under sub-paragraph (f) but also with the principle that sub-paragraphs (a) to (f) amount to an exhaustive list of exceptions and that only a narrow

interpretation of these exceptions is compatible with the aims of Article 5.”

EGMR, Urteil v. 19. Februar 2009 – 3455/05 – A. u.a./Vereinigtes Königreich, Rn. 171.

Stellt man in Rechnung, dass für die Anordnung der Aufenthaltsgebote gemäß Art. 16 PAG n.F. bereits sehr viel weniger gravierende Delikte als terroristische Straftaten ausreichen, wird deutlich, dass die fehlende zeitliche Begrenzung dieser Maßnahmen erst recht offensichtlich und schwerwiegend konventionswidrig und damit auch von Verfassungen wegen unzulässig ist.

III. Verfassungswidrigkeit der Neuregelung des Präventivgewahrsams (§ 1 Nr. 8 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)

Durch § 1 Nr. 8 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen werden die bisher im PAG geregelten Möglichkeiten eines sog. Präventivgewahrsams erheblich erweitert (1.). Auch diese Neuregelung verletzt das rechtsstaatliche Gebot der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen (2.).

1. Regelungsinhalt der Vorschrift

a) Die bisherige Regelung

Gemäß Art. 17 PAG a.F. war eine polizeiliche Gewahrsamsnahme in unterschiedlichen Formen zu jeweils unterschiedlichen Zwecken möglich. Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 PAG a.F. gestattete sie als sog. Schutzgewahrsam, um einen Eigenschutz der betroffenen Person zu gewährleisten; Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG a.F. statuierte zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr die Möglichkeit eines sog. Unterbindungsgewahrsams; Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG a.F. erlaubte den Gewahrsam zur Durchsetzung eines Platzverweises. Art. 17 Abs. 2 PAG a.F. ermöglichte einen sog. Personensorgegewahrsam, der dem Schutz Minderjähriger, denen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung drohte, dienen sollte. Art. 17 Abs. 3 PAG a.F. schließlich gestattete einen sog. Wiederaufgreifungsgewahrsam, der sich auf die Rückfüh-

rung entwichener Personen richtete. Gemeinsam war all diesen unterschiedlichen Formen des Gewahrsams die Voraussetzung, dass eine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut von erheblicher Bedeutung vorliegen musste.

b) Die Neuregelung

Diese Bestimmungen werden durch die Neuregelungen ergänzt und dadurch in ihrem Anwendungsbereich erheblich erweitert.

aa) Die Erweiterungen betreffen zum einen die tatsächlichen Eingriffsvoraussetzungen: Die bisherige Nr. 3 wird durch drei neue Nummern ersetzt, von denen sich die erste (Nr. 3) auf die Abwehr einer Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 PAG n.F. genanntes bedeutendes Rechtsgut bezieht, die zweite (Nr. 4) der Durchsetzung von Maßnahmen nach Art. 16 PAG, also Platzverweisen, Kontaktverboten, Aufenthaltsverboten und -geboten, dienen soll, und die dritte (Nr. 5) zum Einsatz kommen kann, wenn einer Anordnung nach Art. 32a Abs. 1 Satz 1 n.F., also einer Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, nicht Folge geleistet wird.

bb) Die Erweiterungen beziehen sich aber auch auf die zeitlichen Grenzen der entsprechenden Maßnahmen. Art. 20 S. 1 Nr. 3 S. 2 Hs. 2 PAG a.F. hatte die Dauer des Präventivgewahrsams auf maximal zwei Wochen begrenzt. Nach Art. 20 S. 1 Nr. 3 S. 3 Hs. 1 PAG n.F. gilt dagegen nun eine maximale Dauer von drei Monaten für die erste Anordnung. Gemäß Art. 20 S. 1 Nr. 3 S. 3 Hs. 2 PAG n.F. kann diese erste Anordnung verlängert werden, um jeweils längstens wiederum drei Monate. Eine absolute Höchstdauer des Präventivgewahrsams enthält das Gesetz nicht mehr.

2. Verstoß gegen das Übermaßverbot

a) Intensität der Belastung

Die Intensität der Belastung ist ersichtlich hoch. Die Maßnahme betrifft das besonders gewichtige Freiheitsrecht des Art. 102 BV.

Vgl. zutreffend die Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 12.

Besonders belastend ist die nach der Neureglung mögliche zeitliche Unbegrenztheit des Präventivgewahrsams. Zu Recht ist darauf verwiesen worden, dass diese zeitliche Ausdehnung keine ausschließlich theoretische Option bildet, für die keine praktischen Anwendungsfälle vorstellbar sind. Vielmehr bestehe

„die weit verbreitete Meinung [...], dass Menschen, die in der Vergangenheit bestimmte Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung begangen haben, dazu neigen, ihre Taten in der Zukunft zu wiederholen. Hier könnte dann die zeitlich unbegrenzte Präventivhaft zur Anwendung kommen.“

Heidebach, BayRVR v. 17. März 2017.

b) Unverhältnismäßigkeit

Dieser besonderen Intensität der Grundrechtsbelastung stehen keine hinreichenden Schutzmechanismen gegenüber, mit denen der Gesetzgeber selbst bereits für eine hinreichend verhältnismäßige Anwendung der Normen im Einzelfall Rechnung trägt.

Besonders deutlich ist erneut die Unverhältnismäßigkeit des zeitlich unbegrenzten Präventivgewahrsams. Das gilt selbst dann, wenn man, entgegen gewichtigen Stimmen aus der Literatur, davon ausgeht, dass sich Art. 102 BV bzw. entsprechend Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht unmittelbar die Anforderung einer derartigen zeitlichen Obergrenze entnehmen lässt.

Vgl. Heidebach, BayRVR v. 17. März 2017, m.w.N.

Insbesondere ein Blick auf die in jüngerer Zeit vieldiskutierten Fälle der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung zeigt, welche hohen materiellen Voraussetzungen hierfür sowohl bezüglich der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage, das heißt der Gefahrprognose, wie bezüglich der Verhältnismäßigkeit

im engeren Sinn, das heißt des staatlicherseits verfolgten Schutzzwecks, erforderlich sind. Entsprechende Maßnahmen sollen nur zulässig sein, wenn eine „Gefahr schwerer Gewalt- und Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist“.

BVerfGE 133, 40 (51).

Daran fehlt es hier.

Vgl. entsprechend bereits die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Markus Löffelmann v. 17. Mai 2017 (Anlage 6), S. 24 f.

Die fehlende Bestimmung einer Höchstdauer des Gewahrsams wird auch durch die Anforderung, dass die Dauer des Gewahrsams und dessen etwaige Verlängerung gemäß Art. 20 Nr. 3 PAG n.F. durch eine richterliche Entscheidung erfolgen muss, nicht hinreichend kompensiert. Zu Recht hat im Rahmen der Sachverständigenanhörung die Sachverständige Barbara Stockinger aus Sicht der richterlichen Praxis darauf hingewiesen, wie problematisch die Einschätzung einer nicht mehr bestehenden Gefährlichkeit ist.

Vgl. die Stellungnahme der Sachverständigen Barbara Stockinger, Wortprotokoll der Sachverständigenanhörung in der 72. Sitzung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport am 17. Mai 2017 (Anlage 5), S. 17: „Wie will ein Richter feststellen, dass eine Gefahr von einer Person, die radikalisiert ist, nun nicht mehr ausgeht? Wie will ein Richter feststellen, dass dann, wenn jemand mehrere Monate im Gefängnis in Präventivgewahrsam war und deshalb keine weiteren Taten unternehmen konnte, die Gefahr, die einmal festgestellt wurde, nun nicht mehr fortbesteht? Darin besteht ein großes Problem. Es wird auch schwierig, es über die Verhältnismäßigkeit zu begrenzen.“

Aufgrund der Intensität des Grundrechtseingriffs sind zudem gesonderte prozedurale Schutzmechanismen notwendig, die auf der Verfahrensebene die besondere Belastung eines potentiell unbegrenzten Präventivgewahrsams kompensie-

ren. Denkbar wäre in diesem Sinne etwa ein in Art. 20 PAG aufzunehmendes qualifiziertes Antragserfordernis, das die mehrfache Verlängerung eines Präventivgewahrsams beispielsweise von einer Bestätigung durch den Staatsminister des Inneren abhängig macht. Auch Berichtspflichten gegenüber dem Landtag sind vorstellbar.

Vgl. Lindner, Publicus 2017-8 (abrufbar unter <https://publicus.boorberg.de/das-neue-bayerische-polizeirecht/>)

An all dem mangelt es der gegenwärtigen Regelung der Art. 17 und 20 PAG n.F.

3. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK

Die fehlende zeitliche Begrenzung von Maßnahmen nach Art. 17 PAG n.F. verstößt offenkundig und in schwerwiegendem Maße gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK. Insofern gilt das oben mit Bezug auf die Aufenthaltsgebote gemäß Art. 16 PAG n.F. Ausgeführte entsprechend.

Vgl. ebenso bereits Heidebach, BayRVR v. 17. März 2017. Die scheinbar entgegenstehende Auffassung von Müller, BayVBl. 4/2018, 109 (116), die die EMRK-Konformität behauptet, geht auf den entscheidenden Punkt der fehlenden zeitlichen Begrenzung überhaupt nicht ein, sondern konzentriert sich auf die Frage der hinreichenden Konkretisierung der Gefahr.

IV. **Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 1 Nr. 12 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)**

Durch § 1 Nr. 12 des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen wird eine dem PAG bislang nicht bekannte Möglichkeit einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung geschaffen (1.). Auch sie verletzt die Verfassung, weil ihre Ausgestaltung dem rechtsstaatlich gebotenen Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht hinreichend gerecht wird (2.).

1. Regelungsinhalt der Vorschrift

Der neu geschaffene Art. 32a PAG sieht die Einführung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung vor. Die Anordnung des Tragens einer sog. „elektronischen Fußfessel“ ist nach Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG zulässig zur Abwehr sowohl einer „Gefahr“, das heißt einer konkreten Gefahr im herkömmlichen dogmatischen Verständnis, als auch einer „drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“. Das Rechtsgut der „erheblichen Eigentumspositionen“ bildet damit keine hinreichende Eingriffsvoraussetzung. Die Anordnung kann, wie Art. 32a Abs. 1 S. 2 PAG klarstellt, mit Maßnahmen gemäß Art. 16 Abs. 2 PAG verbunden werden, also insbesondere gemeinsam mit der Anordnung von Kontaktverboten, Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten erfolgen. Art. 32a Abs. 3 S. 1 PAG stellt die Anordnung unter einen Richtervorbehalt, der bei Gefahr im Verzug durch einen Behördenleitervorbehalt ersetzt werden kann. In diesem Fall muss die richterliche Bestätigung unverzüglich nachgeholt werden. Eine gesonderte richterliche Gestattungspflicht besteht gemäß Art. 32a Abs. 3 S. 3 PAG für die Verbindung der erhobenen Daten zu einem sog. „Bewegungsbild“, die Art. 32a Abs. 3 PAG grundsätzlich für zulässig erklärt. Art. 32a Abs. 3 S. 4 PAG bestimmt eine zeitliche Begrenzung der Anordnung auf maximal drei Monate, sieht zugleich aber auch eine jeweils bis zu dreimonatige Verlängerungsmöglichkeit vor. Eine absolute zeitliche Höchstdauer der elektronischen Aufenthaltsüberwachung enthält die Norm nicht.

2. Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

a) Intensität der Belastung

Die Intensität der Grundrechtsbelastung ist hoch.

Vgl. den Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 14: „eine besonders intensive Maßnahme der Datenerhebung“.

Durch die elektronische Aufenthaltsüberwachung kann, was Art. 32 a Abs. 2 S.3 PAG ausdrücklich für zulässig erklärt, ein lückenloses Bewegungsprofil des Betroffenen gezeichnet werden.

Vgl. zur besonderen Intensität einer solchen „Rundumüberwachung“ BVerfGE 113, 348 (383); 120, 378 (4427 ff.); 125, 260 (301); besonders deutlich den Zusammenhang mit einem möglichen Menschenwürdeverstoß hervorhebend BVerfGE 141, 220 (280 f.).

Diese vollständige Erfassung der Bewegungen des Betroffenen ist weitgehend sogar das Ziel der Maßnahme. Im Kontext der präventiven polizeilichen Aufgaben soll gerade das Bewusstsein der lückenlosen Überwachung auf die potentiellen Straftäter abschreckend wirken.

Vgl. die Erläuterung des Staatsministers Joachim Herrmann während der ersten Lesung des Gesetzentwurfs am 25. April 2017; Plenarprotokoll Nr. 102 v. 25. April 2017 (Anlage 4), S. 4 f.

Art. 32a Abs. 2 S. 2 PAG stellt zudem klar, dass die Maßnahme auch mit Eingriffen in die – schon ausweislich des Wortlauts besonders schutzintensive – Unverletzlichkeit der Wohnung gemäß Art. 106 Abs. 3 BV verbunden sein kann.

Erschwerend hinzu kommt erneut, dass die Neuregelung keine zeitliche Obergrenze für die Maßnahme kennt. Zumindest potentiell kann die Anordnung immer weiter verlängert werden.

b) Unverhältnismäßigkeit

An der so bestimmten Zielsetzung der Maßnahme setzen die verfassungsrechtlichen Zweifel an der Neuregelung ein. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung ist zur Erreichung der vom Gesetzgeber benannten Ziele größtenteils bereits ungeeignet (aa). Dort, wo ihre Geeignetheit nicht in Abrede gestellt werden kann, ist sie unverhältnismäßig im engeren Sinne (bb).

aa) Zu Recht ist im Rahmen der Gesetzesberatungen und der Expertenanhörung darauf verwiesen worden, dass der erklärte Hauptzweck der Vorschrift durch die fragliche Maßnahme nicht erreicht werden kann.

Vgl. die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Hartmut Wächter v. 16. Mai 2017 (Anlage 6), S. 5.

Nach der Gesetzesbegründung und den Erläuterungen des Staatsministers liegt der Zweck des Gesetzes vorwiegend in der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der Bevölkerung. Solche Bedrohungen erschöpften sich nicht in möglichen Terroranschlägen; sie könnten auch in Form sonstiger gravierender Straftaten auftreten, namentlich in Gestalt sog. Amokläufe.

Vgl. zu dieser Zielsetzung die Schilderung des Ausgangsproblems im Gesetzentwurf der Staatsregierung v. 4. April 2017, LT-Drs. 17/16299 (Anlage 3), S. 1.

In beiden Fällen dürfte die abschreckende Wirkung von elektronischen Aufenthaltsbeschränkungen ins Leere laufen. Während sie bei Amoktaten bereits daran scheitert, dass typischerweise ex ante sowohl Tat wie Täter so unvorhersehbar sind, dass jede Voraussetzung für die Anordnung einer entsprechenden Maßnahme fehlt, liegt das Problem bei den terroristischen Anschlägen darin, dass zu allem entschlossene Täter sich durch das Anlegen einer elektronischen Fußfessel von der Durchführung ihrer kriminellen Handlungen kaum abschrecken lassen werden.

Vgl. die Erläuterung des Staatsministers Joachim Herrmann während der ersten Lesung des Gesetzentwurfs am 25. April 2017; Plenarprotokoll Nr. 102 v. 25. April 2017 (Anlage 4), S. 4: Die elektronische Fußfessel „eröffnet lediglich die Kontrolle darüber, wo sich jemand aufhält. Wenn aber jemand die feste Absicht hat, sich und andere mit einem Selbstmordanschlag in die Luft zu sprengen, dann hilft auch eine elektronische Überwachung nicht. Auch sie kann das nicht verhindern.“

bb) Ernst zu nehmen ist das Abschreckungspotential demnach vorwiegend in einem Bereich diesseits jener besonders schwerwiegenden Delikte, das heißt bei weniger gravierenden (Straf-)Taten.

Vgl. ebd.: „Das Instrument der elektronischen Aufenthaltsüberwachung hat sich bei Sexualstraftätern bewährt.“

In diesem Bereich stellt sich jedoch das umgekehrte Problem, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der neuen Vorschrift sich aus der Perspektive des Verhältnismäßigkeitsprinzips als zu weitgehend darstellen. In dem Maße, in dem die besonders eingriffsintensive Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung zur Abwehr jedweder Gefahr und sogar bei Vorliegen einer lediglich drohenden Gefahr im Sinne von Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1–3 und Nr. 5 PAG n.F. zulässig sein soll, ist die materielle Absicherung des Grundrechtseingriffs als zu gering zu erachten.

Besonders deutlich ist das mit Bezug auf die erforderlichen qualifizierten Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 106 Abs. 3 BV, die unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in Entsprechung zu den grundgesetzlichen Anforderungen des Art. 13 Abs. 2–7 GG zu bestimmen sind.

Vgl. VerfGHE 59, 23 (25).

Derartige Qualifizierungen, wie sie insbesondere Art. 13 Abs. 4 GG fordert, fehlen hier vollständig.

Was in dieser Hinsicht als materielle Voraussetzung erforderlich wäre, zeigt ein vergleichender Blick auf die Anforderungen anderer entsprechender Ermächtigungsnormen. So erlaubt etwa auf Bundesebene § 56 Abs. 1 BKAG eine solche Maßnahme nur dann, wenn der Verdacht einer terroristischen Straftat i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 2 BKAG, das heißt einer Straftat gemäß § 129a Abs. 1 und 2 StGB, besteht. § 56a Abs. 1 AufenthG statuiert als Voraussetzung eine „erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter“. Entsprechend grenzt auf der Ebene der Ländergesetzgebung § 27c PolG BW die Möglichkeit der elekt-

ronischen Aufenthaltsüberwachung auf die Zwecksetzung der „Verhütung terroristischer Straftaten“ ein.

Verschärfend hinzu kommt, dass die Regelung keine gesonderten Voraussetzungen für die von Art. 32a Abs. 1 S. 2 PAG ausdrücklich für zulässig erklärte Verknüpfung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung mit Maßnahmen gemäß Art. 16 Abs. 2 PAG enthält. Unbeachtet bleibt damit das besondere Gefährdungspotenzial des sog. „additiven“ Grundrechtseingriffs, das heißt die besondere Belastung aufgrund des Zusammentreffens verschiedener Grundrechtsbeeinträchtigungen bei ein und demselben Grundrechtsträger.

Vgl. dazu BVerfGE 112, 304 (319 f.); 141, 220 (280 f.). Allg. zum Problem kumulativer Belastungen auch G. Kirchhof, NJW 2006, 732.

Überwachungsmaßnahmen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registrieren, bilden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen Verstoß gegen die Menschenwürde.

Vgl. BVerfGE 109, 279 (323); 112, 304 (319); 130, 1 (24); 141, 220 (280 f.).

Das darin liegende Verdikt betrifft nicht nur die Ebene der Normanwendung. Es bezieht sich ebenso vorab bereits auf die Ebene der Normsetzung, die dafür Sorge tragen muss, dass entsprechende Anwendungssituationen gar nicht erst entstehen können.

Das vorliegende Gesetz kennt jedoch keinerlei gesonderte materielle Schutzvorkehrungen, die darauf abzielen, derartige Zustände zu verhindern. Die Möglichkeit der Erstellung eines vollständigen Bewegungsbildes deutet eher in die umgekehrte Richtung.

Dieses grundlegende materielle Defizit kann durch die prozedurale Bestimmung des Richtervorbehalts gemäß Art. 32a Abs. 3 S. 1 PAG nicht kompensiert werden.

Das gilt auch für die gesonderte Anordnungsnotwendigkeit für die Erstellung eines Bewegungsbildes gemäß Art. 32a Abs. 3 S. 3 PAG.

(Prof. Dr. Dr. Ino Augsberg)