



BAYERISCHER LANDTAG

Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport

72. Sitzung

Mittwoch, 17. Mai 2017, 10.44 bis 13.24 Uhr

**Anhörung
zum Thema:**

„Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299)“

Den Vorsitz führt Abg. Dr. **Florian Herrmann** (CSU)

Inhaltsverzeichnis

Sachverständige	3
Fragenkatalog	4
Anlagenverzeichnis	7
Anhörung „Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299)“	8

Sachverständige

Prof. Dr. Josef Franz **Lindner**
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medizinrecht
und Rechtsphilosophie der Universität Augsburg

RiLG Dr. Markus **Löffelmann**
München

Prof. Dr. Markus **Möstl**
Lehrstuhl für Öffentliches Recht II
der Universität Bayreuth

Prof. Dr. Thomas **Petri**
Bayerischer Landesbeauftragter
für den Datenschutz

Prof. Dr. Kyrill-A. **Schwarz**
Professur für Öffentliches Recht Uni Würzburg

RiOLG Barbara **Stockinger**
Bayerischer Richterverein e.V.
München

Rechtsanwalt Hartmut **Wächtler**
Rechtsanwaltskammer München

Fragenkatalog

1. Zur Einführung des Begriff der „drohenden Gefahr“ nach Art. 11 Abs. 3 PAG-E:
 - a) Wie bewerten Sie allgemein die Einführung des Begriffs bzw. der Kategorie einer „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG-E, insbesondere im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit (auch im Hinblick auf das BKAG-Urteil des BVerfG vom 20.04.2016) und die Praxistauglichkeit dieses Gefahrenbegriffs?
 - b) Wie bewerten Sie dabei die Bezugnahme des Art. 11 Abs. 3 PAG-E auf Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung, insbesondere gemessen an den im Verhältnis zum Bundeskriminalamt deutlich weitergehenden, nicht auf die Terrorismusabwehr beschränkten präventivpolizeilichen Aufgaben der Bayer. Polizei?
 - c) Inwieweit ist der in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E aufzufindende Rechtsgüterkatalog geeignet, „bedeutende“ Rechtsgüter im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederzugeben?
 - d) Wie bewerten Sie die Aufnahme der Begrifflichkeit der „drohenden Gefahr für bedeutende Rechtsgüter“ in die Standardbefugnisse der Art. 13 ff. PAG?

2. Zur Anordnung von Kontaktverboten, Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten nach Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Nr. 4, Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E:
 - a) Wie bewerten Sie die spezielle polizeiliche Regelung für orts- und gebietsbezogene Aufenthaltsge- und -verbote sowie für Kontaktverbote nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit, insbesondere im Hinblick auf die Abwehr von drohenden Gefahren nach Art. 11 Abs. 3, und wie beurteilen Sie die Erforderlichkeit der polizeilichen Maßnahmen des Art. 16 Abs. 2 PAG-E im Hinblick auf die polizeiliche Praxis?
 - b) Halten Sie die Normierung eines Richtervorbehalts bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E wie in § 55 Abs. 3 Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes BT-Drucksachen 18/11163, 18/11326 (BKAG Entwurf) für erforderlich? Wenn ja, wie begründen Sie den Richtervorbehalt? Wenn nein, halten Sie die gesetzliche Normierung eines qualifizierten Anordnungsvorbehalts für erforderlich?
 - c) Halten Sie (weitere) maßnahmenspezifische Regelungen wie in § 55 Abs. 4 und 5 BKAG Entwurf bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E für erforderlich und wenn ja, warum?
 - d) Wie bewerten Sie die Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E in Verbindung mit der Möglichkeit einer Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E?
 - e) Wie bewerten Sie die Verbindung der Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E mit der Möglichkeit einer EAÜ-Anordnung nach Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E?

3. Zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ):
 - a) Wie bewerten Sie allgemein die Einführung einer derartigen Befugnis (auch) im Landespolizeirecht, insbesondere im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit, die Praxistauglichkeit und im Verhältnis zu weiteren bundesrechtlichen Regelungen der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung?
 - b) Wie bewerten Sie – wiederum unter Berücksichtigung der weitergehenden landespolizeilichen Zuständigkeit – die in Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E erfolgte Bezugnahme auf den Schutz von Rechtsgütern im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG-E?
 - c) Wie beurteilen Sie die einer ausdrücklichen, richterlichen Anordnung oder Bestätigung bedürftige, unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Befugnis zur Erstellung eines Bewegungsbildes?
 - d) Wie bewerten Sie die Regelungen zu Umfang, Verarbeitung und Löschung der durch Art. 32a Abs. 1 PAG-E erhobenen Daten der von der Maßnahme betroffenen Person?
 - e) Halten Sie eine gesetzliche Konkretisierung im Hinblick auf die Antragsbefugnis der Maßnahme bei Gericht und die an den Antrag zu stellenden Anforderungen für erforderlich?

4. Zur Sanktionierung von Verstößen gegen die EAÜ:
 - a) Halten Sie die hier vorgesehene Einführung eines zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E für verfassungsmäßig und geeignet zur Zweckerreichung (auch aus praktischer Sicht)?
 - b) Wäre, ggf. auch zusätzlich, die Einführung eines landesrechtlichen Straftatbestands (auf Grund Art. 3 Abs. 1 EGStGB beschränkt auf maximal 2 Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe) oder zumindest eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes erforderlich?
 - c) Wie beurteilen Sie im Falle eines an Stelle des zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E tretenden landesrechtlichen Straftatbestandes dessen etwaige Effektivität zur Abwehr greifbarer Gefahrenlagen in Anbetracht des in Ziff. 4b) genannten möglichen Strafrahmens und der gerade bei Ersttätern zu erwartenden Strafen, aber auch der strengen materiellen Voraussetzungen der strafprozessualen Untersuchungshaft?

5. Zu den Ergänzungen und Änderungen bei der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 sowie Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E:
 - a) Wie beurteilen Sie die Einfügung eines zusätzlichen Gewahrsamnahmetatbestandes für Fälle der konkreten Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E, insbesondere hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit (auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR) und die Praktikabilität? Wäre auch ein Gewahrsamnahmetatbestand für Fälle einer drohenden Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter verfassungsgemäß?
 - b) Wie bewerten Sie die an Stelle einer absoluten gesetzlichen Obergrenze für eine Gewahrsamnahme tretende Begrenzung auf drei Monate mit jeweils entsprechender Verlängerungsmöglichkeit in Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E?

Bayerischer Landtag

Hier Text evtl. anpassen

6. Zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung für die präventivpolizeiliche Maßnahmen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) nach Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. Art. 34c PAG-E:
- a) Erfüllt die Regelung des Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. den Regelungen des Art. 34c PAG-E die verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere die das BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.4.2016 (Rn. 228 ff., 234) aufgestellt hat? Wenn nein, wo sehen Sie die verfassungsrechtlichen Defizite?
 - b) Halten Sie es für geboten, dass der Gesetzgeber - obwohl die Quellen-TKÜ nach Art. 34a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 PAG-E nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung und Aufzeichnung auf die laufende Telekommunikation erlaubt ist - wegen des für die Quellen-TKÜ erforderlichen Zugriffs auf das informationstechnische System der betroffenen Person, eine Unterrichtungspflicht der Staatsregierung an den Landtag vergleichbar der Unterrichtung über die Datenerhebung aus dem verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme nach Art. 34d Abs. 8 PAG normiert?
7. Zur Wiedereinführung einer zweimonatigen Höchstspeicherfrist bei offenen Bild- und Tonaufzeichnungen in Art. 32 PAG sowie Art. 21a BayDSG:
- a) Wie beurteilen Sie die Ausweitung der Speicherfristen für die offene Videografie im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Gefahrenabwehr, Straftatenverhütung und im Einzelfall auch -verfolgung?
 - b) Ist das gewählte Modell einer Höchstspeicherfrist (gegenüber beispielsweise dem Modell einer verpflichtenden Regelspeicherfrist) für diese Zwecke geeignet und die gewählte Höchstspeicherfrist von zwei Monaten hierfür auch ausreichend?

Anlagenverzeichnis

Anlage 1	
Stellungnahme Dr. Markus Löffelmann	
Landgericht München I	35
Anlage 2	
Stellungnahme Prof. Dr. Josef Franz Lindner	
Universität Augsburg	65
Anlage 3	
Stellungnahme Prof. Dr. Markus Möstl	
Universität Bayreuth	89
Anlage 4	
Stellungnahme Prof. Dr. Thomas Petri	
Landesbeauftragter für den Datenschutz	100
Anlage 5	
Stellungnahme Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz	
Julius-Maximilians-Universität Bayreuth	110
Anlage 6	
Stellungnahme Andrea Titz	
Bayer. Richterverein e.V.	115
Anlage 7	
Stellungnahme Rechtsanwalt Hartmut Wächtler	
Rechtsanwaltskammer München	120

(Beginn: 10.44 Uhr)

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Meine sehr verehrten Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich begrüße Sie ganz herzlich zu unserer heutigen Sachverständigenanhörung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen. Ich begrüße zunächst neben den Kolleginnen und Kollegen eine von der Kollegin Celina eingeladene Besuchergruppe aus Würzburg. Ich begrüße dann ganz herzlich den Vorsitzenden des Rechtsausschusses, den Kollegen Schindler, der mit weiteren Kolleginnen und Kollegen teilnimmt. Ursprünglich war daran gedacht, eine gemeinsame Anhörung abzuhalten. Sie findet nun nicht in gemeinsamer Form statt; aber niemand ist daran gehindert teilzunehmen.

Ganz besonders herzlich begrüße ich Sie, die Expertinnen und Experten. Ich bedanke mich schon an dieser Stelle sehr herzlich erstens für die kurzfristige Ermöglichung Ihrer Teilnahme und zweitens für die schriftlichen Stellungnahmen, die Sie uns vorab geschickt haben; sie helfen nämlich sehr bei der Vorbereitung.

Ich weise darauf hin, dass wir die schriftlichen Stellungnahmen und das Protokoll der heutigen Sitzung in einem Dokument zusammenfassen werden. Es wird ein kleines Kompendium zu Spezialthemen des Polizeirechts bilden. Darum wird übrigens auch ein Tonband mitlaufen, das aber gelöscht wird, wenn die Erstellung des Protokolls abgeschlossen ist.

Ich bedanke mich dafür, dass Sie uns hier unterstützen, weil wir ein sehr wichtiges Thema beraten: eine Änderung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes. Wir tun das unter dem Eindruck der sich verändernden Sicherheitslage und unter dem Eindruck von Bedrohungen durch den internationalen Terrorismus und andere Konstellationen, die Veränderungen im Aufgabenspektrum und in den Kompetenzen der Sicherheitsbehörden, in diesem Fall der bayerischen Polizeibehörden, mit sich bringen.

Wir wollen zwei Dinge erreichen: einerseits wirksame Gesetze, keine Gesetzesattrappen oder Gesetzes-Fata-Morganen, die von Beamten in der Praxis sinnvoll angewandt werden können; und wir wollen andererseits verfassungsgemäße Gesetze. Darum haben wir Sie eingeladen, um über die Königsdisziplin, nämlich das Verfassungsrecht, zu sprechen. Das ist auch wirklich spannend und interessant. Entsprechend hochkompetente Damen und Herren haben wir eingeladen. Einige von Ihnen sind bereits Anhö-

rungsprofis, wie zum Beispiel der Herr Petri, der schon ganz häufig da war. Manche sind noch nicht so häufig da gewesen.

Wie immer können die Expertinnen und Experten kurz ihre Statements abgeben. Mit "kurz" meine ich "kurz": einen Zeitraum von etwa 5 bis 7 Minuten, in dem Sie auf die Kernpunkte Ihrer Einschätzung eingehen. Sie können sich darauf verlassen, dass alle die schriftlichen Beiträge tatsächlich gelesen haben. Wir kennen also Ihre Grundrichtung. Nach dem ersten Durchgang würden die Kolleginnen und Kollegen Abgeordnete Fragen stellen und Diskussionsbeiträge machen; dann können wir gemeinsam über dieses Thema nachdenken. Nach unserer zeitlichen Vorstellung ist bis 13.00 Uhr definitiv Ende; wenn wir es schneller schaffen, ist auch niemand böse.

Als Letztes mache ich einen Vorschlag zur Reihenfolge: Ich habe mir gedacht, dass wir Herrn Prof. Petri als Ersten fragen, auch in seiner Stellung als Datenschutzbeauftragter. Dann können wir immer zwischen Professoren und weiteren Experten abwechseln. Ich schlage als Reihenfolge vor: Prof. Petri, Prof. Möstl, Dr. Löffelmann, Prof. Lindner, Frau Richter Dr. Stockinger, Rechtsanwalt Wächter und am Schluss Prof. Schwarz. – Ich würde Sie, lieber Prof. Petri, bitten zu starten.

SV Prof. Dr. Thomas Petri (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz): Ich bedanke mich zunächst einmal für die Gelegenheit zur Stellungnahme und möchte gleich hinzufügen: Meine Stellungnahme wird relativ kurz sein, weil sie sich nicht auf Fragestellungen ohne Datenschutzbezug bezieht. Die Ingewahrsamnahme und die Aufenthaltsverbote werde ich also nicht näher behandeln, es sei denn, es wird großer Wert darauf gelegt, meine Meinung dazu zu hören.

Was die datenschutzrechtlich relevanten Fragestellungen anbelangt, verfolgt dieser Gesetzentwurf das Ziel, besonders gefährliche Personen effektiver überwachen zu können. Dabei nimmt der Gesetzentwurf an verschiedenen Stellen Bezug auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz. Wer dort hineinschaut, wird feststellen, dass der Gegenstand des Bundesverfassungsgerichtsurteils sich nicht unwesentlich von dem unterscheidet, was wir jetzt hier in den Blick nehmen. Zum einen beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht auf die Beurteilung eines Gesetzes, das der Bekämpfung des internationalen Terrorismus dient. Hier geht es um die Bekämpfung von Gewaltkriminalität, die den Terrorismus einbezieht, aber auch

andere Gefährdungslagen wie beispielsweise Amokläufe usw. Das ist der erste Punkt.

Der zweite Punkt ist: Das Bundesverfassungsgerichtsurteil beschränkt sich auf die Beurteilung von verdeckten Überwachungsmaßnahmen. Solche Überwachungsmaßnahmen sind dadurch gekennzeichnet, dass die betroffene Person nicht in der Lage ist, die Überwachungsmaßnahme als solche zu erkennen und ihr Verhalten danach auszurichten. Hier geht es um Standardmaßnahmen, die im Grundsatz offen erfolgen, wobei also der Betroffene von den Maßnahmen, die gegen ihn gerichtet sind, Kenntnis erhält. Gleichzeitig geht es nicht nur um Informationserhebungen, sondern auch um andere Grundrechte, die beeinträchtigt werden. Es geht einmal um die körperliche Fortbewegungsfreiheit; es geht möglicherweise aber auch um körperliche Unversehrtheit etc. Mit anderen Worten: Es ist nicht ganz eins zu eins zu übertragen, was wir hier haben. Hinzu kommt, dass die begrifflichen Kategorien, die das Bundeskriminalamtgesetz wählt, sich von dem unterscheiden, was der Gesetzgeber hier tut. – Das vorweggeschickt.

Ich würde zum ersten Fragenkomplex Folgendes sagen: Es geht hier um die Einführung einer neuen Kategorie von Wahrscheinlichkeitsanforderungen, nämlich um den Begriff der "drohenden Gefahr". Der Gesetzgeber grenzt hier den Anwendungsbereich dieser "drohenden Gefahr" auf Wahrscheinlichkeitsanforderungen ein, die sich auf bedeutende Rechtsgüter beziehen; er qualifiziert diese bedeutenden Rechtsgüter. Die Begriffswahl – das habe ich schon angedeutet – unterscheidet sich von der des BKA-Gesetzes; aber ich meine, dass sie im Wesentlichen schon vergleichbare Kategorien haben und vergleichbare Qualifizierungen vornehmen.

Ich möchte auf eine kleine Passage im BKA-Gesetz-Urteil hinweisen, die meines Erachtens verallgemeinerungsfähig ist. In Randnummer 112 der amtlichen Entscheidungssammlung, also im 141. Band, Seite 220 ff., konkret auf Seite 272, ist dieses Zitat zu finden. Dort sagt das Bundesverfassungsgericht – ich zitiere –:

Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber 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. 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.

Wenn ich mir die erste Fragestellung anschau und einen Bezug zu dem herstelle, was ich schriftlich niedergelegt habe, glaube ich, dass der Gesetzentwurf zumindest im Wesentlichen diese Anforderungen erfüllt. Das wäre meine Einschätzung zum ersten Komplex. Wenn es Zweifelsfälle gibt, kann man es verfassungskonform auslegen. Man kann das unter diese Passage subsumieren. – Das wäre der erste Fragenkomplex.

Den zweiten Fragenkomplex würde ich überspringen.

Der dritte Fragenkomplex betrifft die elektronische Aufenthaltsüberwachung. Hier war auch nach dem praktischen Vollzug gefragt. Ich persönlich habe eine gewisse Prüferfahrung, was den Einsatz dieser elektronischen Aufenthaltsüberwachung angeht. In Bezug auf Fragestellungen, die den Strafvollzug oder die Lockerung des Vollzugs betreffen, kann man sagen: In Einzelfällen hat es unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr nicht so gut funktioniert; aber solche Einzelfälle stellen die Eignung dieses Instruments nicht generell infrage. Die Tauglichkeit des Instruments ist auf der Ebene der Gesetzgebung nicht dadurch infrage gestellt, dass es Einzelfälle wie in Paris oder auch in Deutschland gegeben hat, die sozusagen zurückfallen. Man kann das Instrument also einsetzen. Die Frage der Tauglichkeit haben die Sicherheitsbehörden im Einzelfall zu beurteilen, und daran wird man zu messen haben, ob das Instrument greift oder nicht greift.

Es gibt einen Unterschied, den man herausarbeiten muss; er besteht zwischen den bisherigen Aufenthaltsüberwachungen hier in Bayern oder auch in Deutschland und der jetzt zu regelnden Frage: Der Unterschied zwischen den Sexualstraftätern und den hier zu regelnden Fällen besteht darin, dass man in der Regel bei Sexualstraftätern, die im Rahmen einer Vollzugslockerung aus der Haft entlassen werden – für sie gibt es dann eine elektronische Aufenthaltsüberwachung –, relativ klar definierte Aufenthaltsverbote aussprechen und Auflagen erteilen kann und das auch relativ einfach überwachen kann. Bei den jetzt hier zu regelnden Fällen ist das möglicherweise schwieriger, weil wir eben nicht genau wissen, aufgrund von Verurteilungen etc., in welchen räumlichen Bereichen sich der mutmaßli-

che gefährliche Täter bewegen wird. Das ist eine Schwierigkeit; aber die stellt die Eignung auf Gesetzebene nicht infrage, sondern das ist eher eine Vollzugsfrage, die man dann eben besonders sorgfältig prüfen muss.

Zur Quellen-TKÜ: Ich selber habe ausdrücklich immer wieder gefordert, dass die Quellen-TKÜ künftig auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestellt wird. Ich habe das schon 2011 getan. Sie erinnern sich, dass wir damals die Quellen-TKÜ flächendeckend überprüft haben und gewisse Defizite festgestellt haben. Unter anderem habe ich eine hinreichend normenklare Regelung vermisst. Der Gesetzgeber hat möglicherweise auch deshalb nachgebessert, was ich schon länger gefordert habe. Insofern habe ich einige Punkte, die ich da empfehlen würde; aber im Grundsatz kann ich diese Regelung begrüßen, dass der Gesetzgeber das nachholt.

Was die Höchstspeicherfristen bei Bild- und Tonaufzeichnungen anbelangt, möchte ich ausdrücklich darauf hinweisen, dass ich keine verfassungsrechtlichen Zweifel an dieser Norm habe, weil und soweit sie als Höchstspeicherfristen ausgestaltet sind. Hätte der Gesetzgeber gesagt, das ist eine fixe Zweimonatsfrist, würde ich sagen, das verstößt gegen das Erforderlichkeitsprinzip. Da er das aber flexibel ausgestaltet hat und am Erforderlichkeitskriterium misst, habe ich diese Zweifel nicht.

Allerdings möchte ich auch hinzufügen: Ich prüfe Videoüberwachung, auch polizeiliche Videoüberwachung, schon seit Jahren, seit fast einem Jahrzehnt. Mir ist kein einziger Fall in meiner Prüfpraxis vorgekommen, in dem wir diese Drei-Wochen-Frist, die wir als Höchstspeicherfrist enthalten haben, wirklich wesentlich überschritten haben. Mir ist kein einziger solcher Fall bekannt. Wenn es denn einen Einzelfall geben mag – okay; aber, wie gesagt, die Höchstspeicherfrist fängt das ja auf; aber die Notwendigkeit dieser Regelung in rein praktischer Hinsicht erschließt sich mir nicht. – Bei diesen Bemerkungen möchte ich es bewenden lassen, Herr Vorsitzender.

SV Prof. Dr. Markus Möstl (Universität Bayreuth): Gestatten Sie mir zunächst eine Vorbemerkung zum politischen und zum rechtlichen Hintergrund des vorliegenden Gesetzentwurfs. Dem Entwurf liegt die politische Einschätzung zugrunde, dass die Überwachung gefährlicher Personen verbessert werden muss. Die Ereignisse des Jahres 2016 – terroristische Anschläge, Amokläufe –, haben zu dieser gesetzgeberischen Einschätzung geführt. Mit ihr steht der bayerische Gesetzgeber nicht allein. Auch der

Bundesgesetzgeber sieht Handlungsbedarf und hat im Zuge der aktuellen Novellierung des BKA-Gesetzes zum Teil ähnliche Befugnisse geschaffen, wie sie nun im PAG statuiert werden sollen, Beispiel elektronische Fußfessel. In der Grundlinie der Einschätzung herrscht also Einigkeit.

Wenn der bayerische Gesetzgeber hingegen im Detail auch zu anderen Lösungen greift als der Bundesgesetzgeber oder über ihn hinausgeht, so entspricht dies dem guten Sinn föderalistischer Rechtsetzung, bei der der Landesgesetzgeber auch klüger sein darf als der Bundesgesetzgeber. Das politische Ziel, im Bereich der Gewährleistung innerer Sicherheit Schutzlücken zu schließen, ist jedenfalls legitim und hat sogar Verfassungsrang. Die Sicherheit des Staates und der Schutz seiner Bevölkerung – so hat es das Bundesverfassungsgericht einmal gesagt – sind Ziele, von denen der Staat seine eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet. Nicht anders sieht es die Bayerische Verfassung, Artikel 99.

Freilich muss der Gesetzgeber, wenn er Schutzlücken schließt, die Grenzen der Verfassung beachten. Ich komme damit zu meiner rechtlichen Vorbemerkung. Die Überwachung gefährlicher Personen bewegt sich auf einem Feld, zu dem eine intensive Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu beachten ist. Namentlich das Urteil zum BKA-Gesetz des Jahres 2016 setzt den vorläufigen Schlusspunkt einer langen Rechtsprechungsreihe, in der das Bundesverfassungsgericht dem Polizeirechtsgesetzgeber ungewöhnlich dichte und bis in das Detail der einfachgesetzlichen Dogmatik hinabsteigende Vorgaben gemacht hat, die bisweilen geradezu ersatzgesetzgeberische Züge tragen. Der Gesetzgeber, der diese dichten Vorgaben umzusetzen hat, ist nicht zu beneiden. Übernimmt er, wie dies häufig geschieht, geradezu wörtlich die Aussagen aus den Urteilsgründen, wirft man ihm mangelnde Eigenständigkeit und Systematisierungsleistung vor oder sagt, die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts seien nicht technisch oder nicht wörtlich zu verstehen. Setzt er hingegen eigene dogmatische Akzente, steht leicht der Vorwurf im Raum, er entferne sich von den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.

Hinzu kommt eine spezifische Schwierigkeit im Umgang mit dem BKA-Urteil, das soeben auch Herr Petri angesprochen hat. Das Bundesverfassungsgericht entwickelt seine polizeirechtsdogmatischen Leitlinien dort vor dem Hintergrund eines sehr speziellen Kontexts, nämlich allein in Bezug auf den Schutz vor Terrorismus durch Überwachungsmaßnahmen von hoher Eingriffsintensität. Zugleich aber

versteht es seine Aussagen als Summe einer langen Rechtsprechungsreihe, die über den speziellen Verfahrensgegenstand hinaus offenbar von allgemeiner Bedeutung auch für den Landesgesetzgeber sein soll, obwohl die Landespolizei freilich nicht nur für Terrorismus zuständig ist und keineswegs auf solche Befugnisse beschränkt ist, wie sie im BKA-Gesetz geregelt sind. Auch das macht die Umsetzung nicht leichter, weil eben immer gefragt werden muss, was übertragen werden kann und was nicht.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund den vorliegenden Gesetzentwurf, so kann aus meiner Sicht konstatiert werden, dass er die angedeuteten Schwierigkeiten insgesamt gut bewältigt. Er ist einerseits durchaus mutig, geht zum Teil neue Wege und scheut nicht vor eigener dogmatischer Systembildung zurück. Er schafft es andererseits aber auch, die Grenzen der Verfassung einzuhalten und die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu beachten bzw. in folgerichtiger oder jedenfalls gut vertretbarer Weise fortzuentwickeln.

Vor diesem Hintergrund komme ich zunächst auf den Fragenkomplex 1 zu sprechen. Vor allem dazu möchte ich etwas sagen; denn dieser Aspekt der "drohenden Gefahr", Ergänzung der Generalklausel, ist natürlich derjenige, der vielleicht nicht politisch der allerwichtigste zu sein scheint, aber der in der juristischen Fachwelt jedenfalls am meisten Aufsehen erregen wird und über den am meisten diskutiert werden wird.

Dazu möchte ich zunächst betonen, dass ich es gut finde, dass der Gesetzgeber versucht, das, was das Bundesverfassungsgericht hier zu dem Thema Vorfeldschwelle formuliert hat, in eine neue Begrifflichkeit zu gießen, nämlich in die der "drohenden Gefahr". Das Hin und Her zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber in den letzten Jahren mit vielen Detailvorgaben und wörtlichen Übernahmen hat nicht gerade dazu geführt, dass das Polizeirecht einfacher und übersichtlicher geworden ist. So gesehen ist es gut, wenn neue Begriffe eingeführt werden.

Was die nähere Konkretisierung des Begriffes angeht, greift der Gesetzentwurf sodann auf die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zurück, auch in den Randnummern, die Sie zitiert haben. Das kann natürlich an sich nicht beanstandet werden. Dadurch kommt sozusagen eine eher sperrige Tatbestandsfassung zustande; aber das Bundesverfassungsgericht wird sich bei seiner wichtigen Passage etwas überlegt haben. Insofern ist es konsequent, hieran anzuknüpfen.

Ich würde im Ergebnis der Entwurfsbegründung zustimmen, dass es bei dieser Vorfeldschwelle eher um eine moderate, eng begrenzte Ausweitung im Verhältnis zum früheren Begriff der "konkreten Gefahr" geht. Ich möchte sogar so weit gehen, zu sagen, dass man früher vermutlich viele der Fälle, die darunter fallen, als "konkrete Gefahr" bezeichnet hätte. Es geht um Fälle, in denen aufgrund konkreter Vorbereitungshandlungen oder individuellen Vorverhaltens durchaus mit Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass der Art nach konkretisiert etwas Bestimmtes passieren wird, zum Beispiel ein Anschlag; aber man weiß noch nicht, wann, wo und wie; man kann den genauen Kausalverlauf nicht vorhersehen. Ich glaube, solche Fälle, in denen von einer individuellen Gefahrenquelle aus mit Wahrscheinlichkeit auf einen der Art nach vorhersehbaren Ablauf geschlossen werden kann, hätte man – man macht es heutzutage noch im Sicherheitsrecht – als "konkrete Gefahr" ansehen können.

Ich habe mir in meiner Stellungnahme den vielleicht etwas eigenartigen Vergleich mit dem "gefährlichen Hund" im Sicherheitsrecht erlaubt, von dem man ja auch nur weiß, dass es vielleicht zu einem Beißvorfall kommt, aber nicht, wann, wo und wie. Da würde man überhaupt nicht zögern, das als "konkrete Gefahr" zu bezeichnen. Das Bundesverfassungsgericht allerdings ist hier enger im polizeirechtlichen Kontext. Es verlangt schon eine Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs. Deswegen entstehen natürlich, wenn man es so eng zieht, Schutzlücken, und die, glaube ich, hat das Bundesverfassungsgericht selbst erkannt und in seiner neuen Rechtsprechung eben eine moderate Vorfeldschwelle ermöglicht. Dass die nunmehr aufgegriffen wird, ist richtig.

Es ist auch notwendig und richtig, dass diese Schwelle im Artikel 11 Absatz 3 neuer Fassung auf bestimmte Rechtsgüter bezogen wird und nicht sozusagen generell gilt. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat sich auf den Terrorismus konzentriert. Darauf kann sich der Landesgesetzgeber natürlich nicht ausschließlich konzentrieren. Er muss auch andere Fälle im Blick haben. Ich verstehe diese Rechtsgüterklausel und die Gewalttaten, die hier angesprochen sind, als Versuch, eine Entsprechung zu dem zu formulieren, was das Bundesverfassungsgericht hier vor Augen hatte.

Was die Rechtsfolgen angeht, muss man sagen, dass die "konkrete Gefahr" als Regelschwelle für die Generalklausel schon ein gewisses verfassungsrechtliches Gewicht hat, und man kann nicht ohne Grund von ihr in der Generalklausel abweichen. So gesehen muss man bei dieser Erweiterung der Generalklausel durchaus darüber nachdenken, ob sie

gerechtfertigt ist. Im Ergebnis, glaube ich, ist es der Fall, und zwar, weil der Gesetzentwurf ja nicht einfach zu den gleichen Maßnahmen jetzt schon im Gefahrenvorfeld ermächtigt, sondern differenziert davon spricht, dass die Sachverhaltsaufklärung sowie Maßnahmen der Entstehung der Gefahr, also etwas anderes als normale Gefahrenabwehrmaßnahmen, ermöglicht werden sollen.

Dass Gefahraufklärung im Gefahrenvorfeld ermöglicht werden soll, ist nun nichts Außergewöhnliches. Es ist ja geradezu eine Selbstverständlichkeit, dass man erst vom Auftreten der Gefahr an einschreiten darf und man im Vorfeld wenigstens klären können muss, ob es eine Gefahr ist oder nicht. Es ist eigentlich zu begrüßen, dass dieser Gefahrerforschungseingriff jetzt normiert ist.

Ungewöhnlicher ist, dass auch kausalverlaufsrelevante Maßnahmen der Verhinderung der Gefahrentstehung erlaubt werden. Das ist tatsächlich eine Abweichung vom verfassungsrechtlichen Normalfall, die rechtfertigungsbedürftig ist, aber gerechtfertigt werden kann, nämlich in Konstellationen, in denen begründet werden kann, dass die bloße Beschränkung auf Sachverhaltserforschung zu riskant ist, weil vielleicht der Schaden dann zu plötzlich eintritt, sodass also schon im Vorfeld ein Kausalverlaufseingriff nötig ist.

Ich glaube, es liegt auf der Hand, dass gerade im Bereich Terrorismus und schwere Gewalttaten, wovon hier die Rede ist, so etwas zu befürchten steht. Es muss aber auch besonders begründet werden. Ich hätte vielleicht befürwortet, dass man hier zur Verdeutlichung einen weiteren Einschub "soweit erforderlich" bei diesen kausalverlaufsrelevanten Maßnahmen macht; man muss es aber nicht, weil es natürlich schon aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt, dass man hier eine gesonderte Erforderlichkeitsprüfung diesbezüglich vornimmt, warum abweichend vom Normalfall nicht nur der Sachverhalt aufgeklärt wird, sondern bereits in den Kausalverlauf eingegriffen werden soll. Aber sofern diese Begründung geführt werden kann, ist kein verfassungsrechtlicher Einwand gegen diese Fassung zu erheben. – Ich möchte mich zunächst darauf beschränken; denn das ist sozusagen der dogmatische Kernpunkt. Auf alles Weitere gehe ich gern in der Diskussion ein.

SV Dr. Markus Löffelmann (Landgericht München I): Der gegenständliche Gesetzentwurf stellt in meinen Augen ein durchaus ambitioniertes Vorhaben dar, das Polizeirecht in seinen dogmatischen Strukturen neu zu definieren. Ich finde das auch anerken-

nenswert; denn darüber, dass das Polizeirecht der Weiterentwicklung bedarf, dürfte übergreifend, auch in der Rechtswissenschaft, ein Konsens bestehen.

Ich sehe allerdings ein gewisses Missverhältnis zwischen der Tragweite dieses Vorhabens und der eher bescheidenen Substanz der beabsichtigten Regelungen und vor allem auch deren Begründung. In jüngerer Zeit haben kluge Köpfe, wie etwa der geschätzte Kollege Möstl, sich Gedanken gemacht, wie eine solche Weiterentwicklung aussehen könnte. Der Gesetzentwurf greift davon nichts auf, sondern er begnügt sich damit, eine in sich schon unklare, verschwurbelte Formulierung des Bundesverfassungsgerichts weitgehend wörtlich in den Rang einfachen Rechts zu erheben. Wenn ich in den beabsichtigten Artikel 11 Absatz 3 des PAG-Entwurfs hineinblicke, finde ich dort Formulierungen wie "das individuelle Verhalten einer Person", als ob es auch ein nichtindividuelles Verhalten einer Person geben könne, oder "die konkrete Wahrscheinlichkeit". Wahrscheinlichkeiten sind mittel, hoch oder niedrig. Was soll denn eine "konkrete Wahrscheinlichkeit" bedeuten? Ein "seiner Art nach konkretisiertes Geschehen": Das sind Formulierungen, die äußerst unbestimmt sind und zu deren Ausdeutung auch die Entwurfsbegründung kaum etwas verlautbaren lässt.

Der Begriff der "drohenden Gefahr" selbst ist, mit Verlaub, ein sprachliches Ungetüm. "Gefahren" sind drohende Verletzungen, und "drohende Gefahren" sind dann drohende drohende Verletzungen. Was soll denn das? – Als Praktiker kann ich mit einer derartigen Formulierung wenig anfangen. Ich bin als Richter auf Gesetze angewiesen, die mir den Rahmen meiner Rechtsanwendung so, wie er vom Gesetzgeber und von der Verfassung erlaubt ist, deutlich eröffnen.

Ich möchte auch durchaus auf das eingehen, was der Kollege Möstl gesagt hat, mit Blick auf seine Kritik an den detaillierten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Ich stimme Ihnen zu, Herr Möstl, diese Entwicklung hat 2004 mit der Entscheidung zur Wohnraumüberwachung ihren Ausgang genommen und sich immer weiter fortgesetzt. Aber, meine Damen und Herren, man sollte nicht zu viel Angst vor dem Bundesverfassungsgericht haben, sondern das ist eine Einladung, dass man mit einer gewissen juristischen Kreativität selber tätig wird und die Spielräume, die das Bundesverfassungsgericht lässt, auch ausfüllt.

In den Entscheidungen zum AWG, im 110. Band, und zum Niedersächsischen Sicherheits- und Ord-

nungsgesetz, im 113. Band, hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt – ich zitiere –: Im Gefahrenvorfeld – darin bewegen wir uns mit dem Begriff der "drohenden Gefahr" – hat der Gesetzgeber die den Anlass des Eingreifens bildenden Tatsachen, die auf die künftige Begehung deuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das in diesem Bereich besonders hohe Risiko einer Fehlprognose noch hinnehmbar ist. – Zitatende.

Für mein Dafürhalten erfüllt der Begriff der "drohenden Gefahr" diese Anforderungen nicht. Durchgreifende Bedenken habe ich in verfassungsrechtlicher Hinsicht auch gegen die inhaltliche Ausweitung eingriffsintensiver polizeilicher Befugnisse. Ich möchte hier nur die wichtigsten Einwände stichpunktartig skizzieren.

Erstens nenne ich Aufenthaltsgebote nach Artikel 16 Absatz 2 Nummer 2 b im PAG-Entwurf. Ich betone: Die Gebote, die dort geregelt sind, sind in meinen Augen aus drei Gründen hoch problematisch. Erstens greifen sie, soweit deutsche Staatsbürger betroffen sind, in das Grundrecht der Freizügigkeit nach Artikel 11 des Grundgesetzes ein. Artikel 11 sieht einen qualifizierten Schrankenvorbehalt vor, demzufolge solche Gebote nur zulässig sind, wenn im konkreten Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Begehung von Straftaten zu erwarten ist. Dieser Voraussetzung genügt die Anbindung an den Begriff einer "drohenden Gefahr" mit Sicherheit nicht. – Zweitens eröffnet die Möglichkeit der Anordnung von Aufenthaltsgeboten auch – das sieht der Gesetzentwurf anders – die Möglichkeit von Eingriffen in das Freiheitsgrundrecht, und zwar dann, wenn diese Aufenthaltsgebote sich auf einen hinreichend engen räumlichen Bereich beziehen. Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht sind nur unter besonders gewichtigen Gründen und unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig. Derlei einschränkende Kautelen, die hierfür notwendig wären, enthält der Gesetzentwurf nicht. – Drittens erlaubt Artikel 16 PAG unter denselben Voraussetzungen ein Vorgehen sowohl gegen Störer wie auch gegen Nichtstörer. Das verletzt das Verbot der faktischen Gleichbehandlung von Störern und Nichtstörern. Die Vorschrift würde beispielsweise erlauben, das Opfer eines Stalkers der Anordnung zu unterziehen, seinen Aufenthaltsort nicht mehr zu verlassen, um sich den Einflüssen des Straftäters nicht aussetzen zu müssen. Ich finde, das geht in eine ganz falsche Richtung; das kann nicht sein.

Zweiter Punkt. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung nach Artikel 32a des PAG-Entwurfs ist ein sehr schwerwiegender Grundrechtseingriff, der auch die Erstellung eines umfassenden Bewegungsprofils

ermöglicht und damit in den Bereich hineinragen kann, in dem ein umfassendes Persönlichkeitsprofil erstellt werden kann und damit die Menschenwürde Betroffener gefährdet ist. Die Maßnahme muss im Hinblick auf ihre Eingriffsintensität auch daran gemessen werden, dass die Durchsetzung mittels einer Freiheitsentziehung, nämlich des Präventivgewahrsams, möglich ist. Es handelt sich also um eine sehr schwerwiegende Maßnahme. Die Geeignetheit der Maßnahme – dazu möchte ich jetzt nicht allzu viel sagen – erscheint mir eher gering. Das sehen wohl auch die Polizeipraktiker so. Dieser Eindruck entsteht, wenn man der Verbändeanhörung folgt, in der sich verschiedene Organisationen der Polizei geäußert haben: Sie haben hier auch durchgreifende Zweifel gesehen.

Es liegt auf der Hand: Für die Gefahrenaufklärung, der diese Maßnahme im Vorfeld jedenfalls dienen soll, ist das ein wenig brauchbares Mittel; denn die betroffene Person kennt die Maßnahme ja; es ist keine heimliche Maßnahme. Aufklärungsmaßnahmen sind üblicherweise verdeckte Maßnahmen, mit denen man etwas über die Person herausfinden kann, ohne dass diese davon weiß. Der Gefährder, der seine Fußfessel trägt, kennt das, und er kann sich darauf einstellen. Er kann ohne Weiteres von zu Hause, von seinem Computer aus, ohne sich zu bewegen, indem er andere beauftragt, gefährden. Er kann sogar die Maßnahme für seine Zwecke instrumentalisieren, um gerade die Hilflosigkeit des Staates zu demonstrieren, der eben auch mit einer solchen Maßnahme ihn nicht an seinem Tun hindern kann. Weil die Geeignetheit der Maßnahme eher gering ist, begegnet sie auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten Bedenken.

Hinzu kommt, dass die Vorschriften des Artikels 32a Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht nicht konsequent genug ausschließen. Ich habe dazu in meiner schriftlichen Stellungnahme einiges ausgeführt. Eine Grundrechtsschranke, die den Einsatz in Wohnungen erlauben würde, gibt es nicht.

Letzten Endes erlaubt die EAÜ die langfristige Erhebung eines Bewegungsprofils, ohne dass von den Betroffenen jemals strafwürdiges Verhalten verwirklicht wurde oder zu erwarten ist; denn die Vorschrift ist eben nicht angebunden an die Gefahr der Begehung von Straftaten, anders als die entsprechende Regelung im Bundeskriminalamtgesetz.

Ein Problem besteht auch mit Blick auf die hohen Anforderungen, die das Bundesrecht an den Einsatz einer EAÜ im Rahmen der Führungsaufsicht stellt. Diese Anforderungen können ganz einfach unterlaufen werden. Denken wir zum Beispiel an den Sexu-

alstraftäter, bei dem die Gerichte diese Maßnahme gerade nicht angeordnet haben. Hier könnte man nach Artikel 32a ohne Weiteres die Frage der weiteren Gefährlichkeit wegen niedrigschwelligerer Taten bejahen und damit doch zu einer EAÜ kommen.

Der dritte Punkt betrifft den Präventivgewahrsam. Ich sehe hier gleich in mehrfacher Hinsicht das Freiheitsgrundrecht verletzt.

Erstens erlaubt Artikel 17 mittelbar eine Freiheitsentziehung auch aufgrund einer lediglich "drohenden Gefahr", nämlich dann, wenn der Präventivgewahrsam der Durchsetzung einer Maßnahme nach Artikel 16 – Aufenthaltsgebote und -verbote und Kontaktverbote – oder Artikel 32a dient. Jetzt könnte man natürlich argumentieren: Der Umstand, dass sich eine Person diesen Maßnahmen widersetzt, begründet gerade die besondere Gefährlichkeit und damit den Präventivgewahrsam. – Aber, mit Verlaub, das erscheint mir verquer; denn im Gefahrenvorfeld besteht eben gerade das hohe Risiko einer Fehlprognose. Aus der Sicht des Betroffenen wird er zu Unrecht einer Maßnahme nach Artikel 32a ausgesetzt. Er sagt dann: Nein, die Fußfessel nehme ich nicht. – Und prompt wandert er in den Präventivgewahrsam, um das durchzusetzen, wobei es schon von Grund auf fragwürdig ist, wie überhaupt im Präventivgewahrsam eine solche Maßnahme durchgesetzt werden können soll; denn er befindet sich ja im Gewahrsam, wo er eine Fußfessel überhaupt nicht braucht. Auf der Grundlage lediglich "drohender Gefahren" ist meines Erachtens ein Präventivgewahrsam verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

Zweitens. Auch soweit der Präventivgewahrsam bei Bestehen einer einfachen, konkreten Gefahr angeordnet werden können soll, genügt diese Schwelle nicht den Verhältnismäßigkeitsanforderungen. Bisher ist, ganz im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für ein straf- oder ordnungsrechtlich geschütztes Rechtsgut erforderlich. Diese beiden Einschränkungen – die zeitliche, nämlich das unmittelbare Bevorstehen, und die inhaltliche, nämlich die Qualifizierung des Rechtsgut gefährdenden Tuns in Gestalt einer Straftat oder in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts, der deutschen Gerichte, einer Ordnungswidrigkeit – stellen gerade eine Engführung dar, die hier nicht mehr vorhanden ist. Zugespitzt könnte auf der Grundlage des Artikels 32a künftig, wer zum Beispiel unmäßig Alkohol konsumiert und dadurch seine eigene Gesundheit beschädigt, in Präventivgewahrsam genommen werden. Die Voraussetzungen dafür würden vorliegen. Oder derjenige, von dem eine

fahrlässige, also nicht strafbare Sachbeschädigung an Gütern ausgeht, wie es Artikel 11 Absatz 3 formuliert, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse – was immer das sein soll – liegt, könnte auch in Präventivgewahrsam genommen werden. Ich finde, das geht zu weit.

Drittens. Der Präventivgewahrsam ist seiner Natur nach kurzzeitig angelegt. Die Ausdehnung auf eine beliebig oft verlängerbare dreimonatige Dauer ohne jegliche erhöhte materielle und verfahrensrechtliche Anforderungen verstößt meines Erachtens eindeutig gegen Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes. Sie müssen das nur mal mit den anderen präventiv wirkenden freiheitsentziehenden Maßnahmen der Maßregeln der Besserung und Sicherung vergleichen. Da hat das Bundesverfassungsgericht gerade in den letzten Jahren die Anforderungen immer höher geschraubt. Vergewahren Sie sich, was vorausgehen muss, damit jemand in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann: bereits begangene Straftaten, ein aufwendiges gerichtliches Verfahren vor einer großen Strafkammer mit forensischen Gutachten und dergleichen. All das ist hier für den Präventivgewahrsam überhaupt nicht vorgesehen.

Zusammenfassend geht der Gesetzentwurf trotz einiger nachvollziehbarer Anliegen in zentralen Punkten über den Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen hinaus. Die Entwurfsbegründung lässt dabei die rechtstatsächliche Relevanz der Änderungen nicht deutlich werden. Ich fände es wünschenswert und eigentlich auch erforderlich, dass überhaupt mal die Sachverhalte konkret benannt werden, die zu solchen Änderungen Anlass geben. Da bleibt der Gesetzentwurf sehr im Unklaren.

Soweit die Polizeibehörden im Gefahrenvorfeld über ein gewisses Informationsdefizit verfügen – der Gesetzentwurf geht offenbar davon aus; ich kann das nicht beurteilen, sondern das können natürlich nur die Polizisten –, würde es nach meinem Dafürhalten zunächst einmal naheliegen, auf der operativen Ebene für einen besseren Datenaustausch zwischen der Polizei und den Nachrichtendiensten zu sorgen, deren Aufgabe es ja gerade ist, im Gefahrenvorfeld tätig zu werden. – Ich bedanke mich.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Vielen Dank, Dr. Löffelmann. – Bevor wir weitermachen, möchte ich noch gern die Vertreter des Bundes Deutscher Kriminalbeamter begrüßen, insbesondere den Landesvorsitzenden, Herrn Krieger. Herzlich willkommen! Ich begrüße auch die Vertreter der

Staatsregierung und den Landespolizeipräsidenten, Prof. Schmidbauer. – Dann fahren wir mit dem Beitrag von Prof. Lindner fort. Bitte, Prof. Lindner.

SV Prof. Dr. Josef Franz Lindner (Universität Augsburg): Ich bedanke mich zunächst einmal, hier Stellung nehmen zu dürfen, und verweise vorab, um die Redezeit von fünf bis sieben Minuten einzuhalten, auf meine Stellungnahme. Ich werde nicht alles wiederholen und kann auch leider nicht auf alles eingehen, was vor allen Dingen Herr Dr. Löffelmann vorgebracht hat. Aber ich will versuchen, mich kurz zu fassen.

Das Ergebnis einer Beurteilung des Gesetzentwurfes aus rechtswissenschaftlicher, verfassungsrechtlicher Sicht ist nach meinem Dafürhalten, dass sich der Gesetzentwurf zwar auf ein allerdings nur zum Teil neues Terrain vorwagt, insgesamt jedoch die verfassungsrechtlichen Grenzen nicht überschreitet. Insgesamt ist der Entwurf aus meiner Sicht, auch wenn er in manchen Bereichen durchaus weit zu gehen scheint, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Im Gegenteil, schaut man sich den Gesetzentwurf näher an, lassen sich durchaus sogar einige rechtsstaatliche Fortschritte erkennen. Ich werde dazu bei den einzelnen Punkten noch etwas sagen.

Insgesamt – Herr Möstl hat das angesprochen – verlangen die grundrechtlichen Schutzpflichten, verlangt der Artikel 99 vom Gesetzgeber, dass er auf neuartige Gefährdungslagen für Rechtsgüter reagiert, und das tut der Gesetzgeber mit diesem Gesetzentwurf in aus meiner Sicht verfassungsrechtlich vertretbarer Hinsicht. Man könnte sich sogar die Frage stellen, ob der Gesetzgeber nicht sogar verfassungsrechtlich verpflichtet ist, mit neuen oder weitergehenden Befugnisnormen auf veränderte Sicherheitsszenarien zu reagieren. – Das sei vorausgeschickt.

Zunächst zur "drohenden Gefahr": Der Begriff mag sprachlich missglückt sein oder nicht; aus meiner Sicht ist er nicht missglückt. Wir sind aber hier im Landtag und nicht in einem sprachtheoretischen Oberseminar. Deswegen würde ich hier auf die sprachliche Dimension nicht näher eingehen. Es handelt sich ja auch um eine Definition, die der Gesetzgeber mit dem Sinnbild der "drohenden Gefahr" hier verwendet, die er näher konkretisiert. Der Begriff der "drohenden Gefahr" ist ja nicht ein Begriff, aus dem dann geschöpft werden könnte, sondern er wird gewissermaßen mehrfach flankiert: Es muss eine hinreichende Tatsachenbasis aufgrund individuellen Verhaltens oder Vorbereitungshandlungen vorliegen; die müssen eine zumindest gewisse Wahrscheinlichkeit nahelegen, dass es zu einer

Bedrohung hochrangiger Rechtsgüter kommt; drittens durch die Modalität von Gewalttaten. Durch diese drei Bereiche wird der Begriff der "drohenden Gefahr" flankiert. Sie lassen aus meiner Sicht die sprachlichen und letztlich auch die dogmatischen Bedenken zurücktreten.

Ich möchte das noch mal aufgreifen, was der Kollege Möstl gesagt hat: Aus meiner Sicht ist der Begriff der "drohenden Gefahr" auch nicht wirklich etwas Neues. Die Sachverhalte, die man darunter fasst, kann man zumindest nach einer Dogmatik, die das Polizeirecht lange beherrscht hat, auch unter dem Begriff der "konkreten Gefahr" fassen. Dass der Gesetzgeber jetzt hier aus dem weiten Bereich der "konkreten Gefahr" einen zeitlich etwas vorverlagerten Bereich herausgeschnitten und eigens rechtlich normiert und eingehegt hat, ist meines Erachtens nicht nur verfassungsrechtlich unproblematisch, sondern im Hinblick auf die Weiterentwicklung durchaus auch ein rechtsstaatlicher Fortschritt.

Zum Kontaktverbot, Aufenthaltsverbot und -gebot: Diese Maßnahmen kommen bisher schon aufgrund der polizeirechtlichen Generalklausel in Betracht. Dass der Gesetzgeber hier klare Regelungen in Gestalt einer Standardbefugnis schafft, ist meines Erachtens nicht zu beanstanden, sondern ebenfalls im Grunde eine rechtsstaatlich erfreuliche Konkretisierung dessen, was bisher schon passiert.

Einen Punkt möchte ich aufgreifen, von dem heute in der "SZ" zu lesen war und den auch Herr Dr. Löffelmann vorgetragen hat: dass diese Maßnahmen des Kontaktverbots und Aufenthaltsverbots auch gegen Nichtstörer verhängt werden können. Wenn man das vom reinen Gesetzeswortlaut her ansieht, ist das möglicherweise ein Punkt, weil die Störervorschriften vielleicht nicht direkt dazu passen möchten. Allerdings besteht aus meiner Sicht schon im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und zumindest in einer verfassungskonformen Auslegung überhaupt kein Zweifel daran, dass man den Artikel 10, die Störervorschriften, hier analog anwendet und sagt: Nichtstörer oder nicht beteiligte Personen können eben nur als Ultima Ratio in Anspruch genommen werden. Aber ein verfassungsrechtliches Problem sehe ich in der Formulierung deswegen nicht.

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung stößt aus meiner Sicht nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken. Auch hier sind hochrangige Rechtsgüter tangiert. Die Schutzpflicht des Staates gebietet auch, über neue Maßnahmen nachzudenken, wobei die EAÜ ja so neu nicht ist; das Strafrecht kennt sie ja schon. Wir haben einen Richtervorbehalt und eine

zeitliche Begrenzung. Ob das polizeitaktisch etwas bringt, kann ich nicht beurteilen; ich bin kein Polizeipraktiker. Selbst wenn das nichts bringen sollte, wäre das noch keine Frage der Verfassungsmäßigkeit, sondern allenfalls eine der Zweckmäßigkeit.

Zum Präventivgewahrsam: Die Ausweitung in inhaltlicher Sicht ist auch insofern nicht zu beanstanden, als es hier wieder um höchstrangige Rechtsgüter geht.

Vielleicht darf ich mir erlauben, einen Punkt herauszugreifen, den ich etwas kritischer sehe, aber bei dem ich noch keine Verfassungswidrigkeit annehme; das ist der letzte Punkt, den ich behandle: Das ist das Problem der – verzeihen Sie bitte den Ausdruck – zeitlichen Obergrenze, die jetzt nicht mehr vorhanden ist in dem Sinn, dass der Präventivgewahrsam jeweils um drei Monate verlängert werden kann. Hier wäre zu überlegen, ob man ab einer gewissen Häufigkeit der Wiederholungen oder ab einer gewissen Dauer des Gewahrsams, beispielsweise, wenn der Präventivgewahrsam über sechs Monate dauert oder mehrfach angeordnet wird, über eine zusätzliche verfahrensrechtliche Flankierung nachdenkt, die in verschiedener Weise denkbar wäre: etwa bei einer mehrfachen Wiederholung der Anordnung in Form einer Bestätigung des Antrags durch das Innenministerium oder in Form einer wie auch immer gearteten Berichtspflicht. Es wäre zu überlegen, ob man das verfahrensrechtlich flankiert. Aber auch ohne diese Flankierung habe ich angesichts des Richtervorbehalts, des stets geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der inmitten stehenden Rechtsgüter keine verfassungsrechtlichen Bedenken. – Damit wäre ich am Ende meiner Stellungnahme.

Sve Barbara Stockinger (Bayerischer Richterverein e. V., München): Zunächst möchte ich mich auch im Namen des Bayerischen Richtervereins bedanken, dass wir hier unseren Standpunkt vortragen dürfen. Ich will meine Ausführungen auf die elektronische Aufenthaltsüberwachung und den Gewahrsam beschränken, weil wir mit diesen Aspekten am meisten zu tun haben werden.

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung, die künftig möglicherweise auch bei nur "drohender Gefahr" möglich sein soll, ist nach der Entwurfsbegründung die Regelung vorgesehen, um eine Dauerüberwachung von besonders gefährlichen Personen gewährleisten zu können. Wir haben in der Strafprozessordnung bereits die elektronische Aufenthaltsüberwachung, die sehr streng geregelt ist. Der jetzige Entwurf geht im Polizeirecht weit da-

rüber hinaus. Hier bestehen tatsächlich die Bedenken, die der Herr Dr. Löffelmann schon geäußert hat: Kann ich, darf ich damit die Maßnahmen unterlaufen, die mir die Strafprozessordnung in Bezug auf einen bereits verurteilten und weiter überwachungsbedürftigen Straftäter zur Verfügung stellt, indem ich dann, wenn ich es über die StPO nicht schaffe, es über das Polizeirecht anordne? In der Strafprozessordnung reicht es eben nicht aus, dass eine "drohende Gefahr" ausgeht, sondern in der Strafprozessordnung ist ganz klar geregelt, dass die zur Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder zur Verfolgung einer schweren Straftat gewonnenen Erkenntnisse verwendet werden dürfen. Meines Erachtens hilft dann auch der Richtervorbehalt, der mit ins Gesetz gekommen ist, nicht weiter.

Zur Verwertung der erhobenen Daten: Nach dem Grundsatz in der Strafprozessordnung, dass die erhobenen Daten nur zu dem Zweck verwertet werden dürfen, zu dem sie erhoben wurden, erlaubt der § 463a der Strafprozessordnung eine Verwertung der erhobenen Daten nur zur Feststellung, Ahndung oder zur Ergreifung von Maßnahmen wegen eines Verstoßes gegen die Gebots- und Verbotszonen, die ganz strikt nach der Strafprozessordnung festgelegt werden dürfen, oder wegen eines Verstoßes gegen die Weisung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung. Nur unter ganz strengen, eng begrenzten Voraussetzungen dürfen die Daten weiterverwendet werden, eben zur Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder zur Verfolgung einer schweren Straftat.

Das passiert dann zunächst auch nur automatisiert; denn zur Einhaltung der Zweckbindung der Datenverwendung bestimmt § 463, dass die Verarbeitung der erhobenen Daten automatisiert zu erfolgen hat. Eine unbefugte Verwendung der Daten wird dadurch verhindert, dass die Überwachungsstellen der Länder auf die erhobenen Daten grundsätzlich nicht zugreifen können, sondern erst, wenn automatisch die Ereignismeldung generiert ist. Auf diese Weise ist bei den verurteilten Straftätern gewährleistet, dass eine Echtzeitüberwachung nur bei einer Ereignismeldung möglich ist. Mit dem Gesetzentwurf soll durch eine Änderung des PAG künftig zulässig sein, erhobene und gespeicherte Daten des Betroffenen über seinen Aufenthalt, soweit "dies zur Erfüllung des Überwachungszwecks erforderlich ist", zu einem Bewegungsbild zu verbinden. Im Übrigen ist nach dem Gesetzentwurf auch die sonstige Verwendung der Daten durch Polizeidienststellen zu dem Zweck, zu dem sie erhoben wurden, sowie zur Ab-

wehr einer "drohenden Gefahr" für erhebliche Rechtsgüter zulässig.

Diese Diskrepanz zwischen Strafprozessordnung, dem Umgang mit einem verurteilten Straftäter und einer Person, von der eine "drohende Gefahr" ausgeht, die nicht einmal eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit betreffen würde, sehen wir als so erheblich an, dass wir meinen, dass es nicht angeordnet werden kann. Bei einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung handelt es sich um einen massiven Eingriff in die persönliche Freiheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die deshalb nur angeordnet werden sollte, wenn jemand tatsächlich wegen einer Straftat rechtskräftig verurteilt ist oder zumindest einer Straftat hinreichend verdächtig ist und nicht nur eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

Was den Gewahrsam angeht, sieht es der Bayerische Richterverein in der aktuellen Verfassung als aner kennenswert an, dass die "drohende Gefahr" unmittelbar für den Gewahrsam nicht mehr ausreicht. Aber der Bayerische Richterverein sieht ein Problem darin – Herr Dr. Löffelmann hat das bereits angesprochen –, dass über die Nummern 4 und 5 auch eine "drohende Gefahr" für einen Präventivgewahrsam ausreichen soll, nämlich, um andere Maßnahmen, denen im Fall der betroffenen Person nicht nachgekommen worden ist, durchsetzen zu können. Konventionsrechtlich, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, kenne ich es so, dass der Präventivgewahrsam nur zur Verhinderung von Straftaten zulässig ist: dann, wenn die Straftat hinreichend bestimmt ist und der Betroffene sich unwillig gezeigt hat, sie zu unterlassen.

Ein großes Problem in der Praxis kann und wird auftreten – darüber habe ich mich mit vielen Kollegen unterhalten –, wenn man tatsächlich zu dem Ergebnis kommt, dass eine Gefahr so verdeutlicht ist, dass eine Person in Gewahrsam genommen werden soll, dass die Höchstfrist gemäß Artikel 20 Nummer 3 PAG von zwei Wochen gestrichen und aufgehoben werden soll und nunmehr durch eine Dreimonatsfrist ersetzt werden soll. Allerdings kann diese Dreimonatsfrist jeweils für drei weitere drei Monate verlängert werden. Im Endeffekt läuft es also doch wieder auf einen zeitlich unbegrenzten präventivpolizeilichen Gewahrsam hinaus. Im Gesetzentwurf ist in der Begründung dafür insbesondere die Terrorgefahr genannt. Gerade bei der Terrorgefahr ergibt sich das Problem, dass die Person in Gewahrsam genommen wurde und ein Richter im Überprüfungsfall spätestens nach drei Monaten feststellen können soll, ob tatsächlich diese Gefahr nun beseitigt ist.

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.

Im Strafrecht ist Haft unter ganz schwierigen Voraussetzungen möglich. Wir brauchen nicht nur einen hinreichenden Tatverdacht für einen Haftbefehl; wir brauchen einen dringenden Tatverdacht für einen Haftbefehl. Wir haben Straftaten. Wir brauchen einen Fluchtgrund. Und es gibt in der StPO die Vorschriften, dass die Haft spätestens nach sechs Monaten vom Oberlandesgericht überprüft wird. All diese Voraussetzungen sehe ich hier beim Präventivgewahrsam nicht, sodass wir hier die Verfassungsmäßigkeit nicht so ohne Weiteres sehen. Man wird es sicher verfassungsmäßig auslegen können und müssen. Nur: Der Richter soll's dann richten. Der Gesetzentwurf gibt aber dem Richter sehr wenig Konkretes dafür an die Hand. Es gibt unbestimmte Formulierungen; die Eingriffsgrundlagen sind nicht klar; sodass ich mir hier für uns Richter einen Gesetzentwurf wünsche, bei dem wir wirklich wissen, was der Gesetzgeber will und wann er das will. – Danke.

SV Hartmut Wächtler (Rechtsanwaltskammer, München): Diese Anhörung ist insofern etwas Besonderes, als sie von dem üblichen Schema, jedenfalls soweit ich solche Anhörungen kenne, erheblich abweicht. Ich habe bisher solche Anhörungen erlebt, in denen die Praktiker – ich sage es mal so – für "draufschlagen" sind, und die Professoren kommen dann und machen alle möglichen Bedenken geltend. Hier ist es umgekehrt. Das ist merkwürdig, sollte Ihnen aber auch zu denken geben. Ich habe vielleicht insofern ein Alleinstellungsmerkmal, als ich beruflich mit einigen solchen Fällen zu tun hatte, wo etwas Ähnliches geschehen ist, was jetzt nach dem PAG geschehen soll. Ich beziehe mich auf diese berühmten Aufenthaltsgebote, die ich in meinem Text "Verbannung" genannt habe. Das ist nämlich viel anschaulicher. Bei "Aufenthaltsgebote" versteht kein Mensch, was gemeint ist; aber bei "Verbannung" weiß es jeder. Ich habe in meinem Text versucht, Ihnen zu berichten, wie das in der Praxis läuft. Ich bin für die Anwaltskammer hier. Der Anwalt ist auf der Welt, um die Rechte des Bürgers in rechtsförmigen Verfahren zu wahren. Das ist mein Blickwinkel. Ich bitte, das, was ich hier sage, so zu würdigen.

Als Erstes fällt mir eine große Diskrepanz auf zwischen der Argumentation, warum dieses Gesetz unbedingt nötig ist, und dem, was drin steht. Wir haben jetzt viele Beispiele und Gründe gehört, warum das Gesetz nötig ist. Es wird abgestellt auf Terrorismus, islamistischen Extremismus und auf den Fall hier in München mit dem Amokläufer. Man muss sich aber darüber klar sein – das gehört zur Ehrlichkeit –, dass das Gesetz viel weiter geht. Das Wort "Terrorismus" fällt in dem PAG-Entwurf überhaupt nicht. Es betrifft den ganz normalen Alltagsstörer. Der Herr Meier kann davon betroffen sein. Er muss deswegen kein Extremist oder Islamist sein. Dieser Aspekt ist wichtig, wenn man darüber redet.

Ich will mich auf zwei Punkte beschränken. Das eine sind die sogenannten Aufenthaltsgebote bzw. -verbote. Ich sage "Verbannung", soweit es sich um Gebote handelt. Da habe ich Ihnen in meinem Text einige Fälle referiert. Darin kann man etwas Besonderes erkennen, nämlich, dass sich auch die Experten jahrelang über einzelne Kriterien, die eine Gefährdung ausmachen, gestritten haben. Das heißt, da sind Leute verpflichtet worden, ihre Familie und ihren Beruf zu verlassen und irgendwo an der tschechischen Grenze Wohnsitz zu nehmen. Die Familien sind zerbrochen, der Beruf war natürlich weg. Die Gerichte und die Behörden haben sich sieben Jahre lang gestritten, ob diese Person nun für eine terroristische, islamistische oder terroraffine Vereinigung tätig ist oder nicht. Auch das war alles unklar. Es gab Gutachten über Gutachten des Verfassungsschutzes und aller möglichen Sicherheitsbehörden. Am Ende hat das Bundesverwaltungsgericht gesagt: Nein, es handelt sich zwar um eine islamistische Vereinigung, der diese Person angehört oder ihr zugearbeitet hat, aber sie war eigentlich friedlich. – Da hat man sich mit den einzelnen Praktiken dieses Vereins beschäftigen müssen. Man hat gefragt: Was machen Sie? Welche religiösen Prinzipien haben Sie? Wie üben Sie diese aus? Wie spielt sich das ab, was wir Gottesdienst nennen würden? Das ging tief in die religiösen Riten dieses Klubs hinein. Am Ende hat man nach sieben Jahren gesagt: Nein, das ist ein harmloser Klub. – Das zeigt, wie schwammig die anscheinend so klaren Kriterien sind, mit denen wir es hier zu tun haben. Das war eine Vorschrift, die es auch jetzt noch im Aufenthaltsgesetz gibt. Diese ist ganz ähnlich aufgebaut wie das, was Sie hier machen wollen. Bedenken Sie das.

Es ist über den Richtervorbehalt in Artikel 16 bei der Aufenthaltsbestimmung gesprochen worden. Ich bin der Meinung, dass das sein muss, weil es den Artikel 17 gibt. Der Artikel 17 setzt, wenn eine Person die Aufenthaltsbestimmung verletzt, als Ungehör-

samsfolge fest, dass diese Person in Gewahrsam genommen werden kann. Dann ist zwar ein Richter tätig, aber dieser prüft aufgrund des Gesetzestextes nur, ob der Mann oder die Frau ungehorsam gewesen ist oder nicht. Er prüft nicht mehr, ob das rechtmäßig war. Das heißt, die Polizei setzt durch ihre Gebote und Verbote in Artikel 16 eigenverantwortlich die Voraussetzung dafür, dass der Richter später bei Verletzung dieser Auflagen Haft anordnet. Das ist meiner Ansicht nach nicht zumutbar. Das ist nicht in Ordnung, weil es die Entscheidung über eine Freiheitsentziehung – darum geht es letztlich in Artikel 17 unstrittig – letztlich vom Richter wegnimmt und auf die Polizei verlagert. Die Problematik, dass auch eine Freiheitsbeschränkung, wie sie zum Beispiel eine solche Verbannung darstellt, eine Freiheitsentziehung sein kann, ist schon 1996 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abgehandelt worden. Der Kollege Löffelmann hat das in seiner Stellungnahme erwähnt. Da müssen, wenn es sehr eng ist, bestimmte formale Garantien eingebaut sein. Ansonsten verstößt das gegen die Menschenrechte. Diese formalen Garantien fehlen hier.

Wenn man darüber redet, muss man sich immer vor Augen führen, dass es sich hier um Menschen handelt, denen keine strafbare Tat zur Last gelegt wird. Diese Menschen können eine völlig weiße Weste haben. Trotzdem sollen sie womöglich auf unbestimmte Zeit – wir haben es ja gehört – eingesperrt werden. Es geht nur um eine Gefahr, nicht um greifbare Dinge. Das Problem ist auch hier, dass die aus meiner Sicht konkrete Gefahr besteht, dass man auf Gesinnung abstellt, weil man nichts Greifbares hat. Man weiß, dass der Mensch irgendeinem Klub angehört und dass der Klub irgendwelche fanatische religiöse Theorien verfolgt. Das ist letztlich Gesinnung, zum Beispiel Religionsausübung. Daraus werden dann bestimmte sehr einschneidende Folgerungen abgeleitet, nämlich dass der Betreffende auf unbestimmte Zeit in Haft kommt. Das kann von den Sicherheitsorganen mal so und mal so gewertet werden. In diesem Zusammenhang wird immer gesagt, wir müssten verhindern, dass zum Beispiel Leute zum Training nach Syrien fahren, dann zurückkommen und eine Gefahr darstellen. Das ist alles in Ordnung, aber das ist geregelt. Es gibt eine neue Vorschrift im Strafgesetzbuch, den § 89a. Dort wird genau das unter Strafe gestellt. Wenn dieser Mensch zurückkommt, und das ist bekannt, wird er auf der Stelle festgenommen und in Untersuchungshaft genommen. Es gibt die Vorschrift zur Vorbereitung von Straftaten, die eine Vorbereitung von Straftaten noch vor der Versuchsphase bestraft. Das heißt, das Strafrecht hat sich modernisiert und diesen modernen Bedrohungen angepasst. Wenn man

zusätzlich noch etwas machen will, kommt man in den Bereich des Unwägbaren, des Unbestimmten, der Gesinnung, der Religionsausübung und ähnlicher Dinge. Da wäre ich sehr vorsichtig.

Ich habe einen weiteren Punkt. In einem Rechtsstaat muss die rote Linie für den Bürger klar sein. Er muss wissen: Wenn ich diese Linie überschreite, dann laufe ich Gefahr, dass ich zum Beispiel eingesperrt werde. Diese rote Linie gibt es hier nicht. Diese rote Linie ist nicht definiert. Das kann der Verfassungsschutz so sehen, die Polizeibehörde so, und der Bürger sieht es anders. Es gibt keinen klar umrissenen Tatbestand. Das gilt genauso für die Strafe oder in diesem Fall für die Haft. In einem Rechtsstaat muss der Bürger wissen: Wenn ich etwas tue, laufe ich Gefahr, mindestens so und so lange und höchstens so und so lange eingesperrt zu werden. Auch das fehlt hier. Der Bürger weiß es nicht. Das können 14 Tage sein, das können drei Monate sein, das können auch zwei Jahre sein. Das ist in einem Rechtsstaat unzumutbar.

Ich komme zu einem weiteren Punkt. Darauf hat die Kollegin aus der Richterschaft ganz zutreffend hingewiesen, weil wir wissen, wie so etwas in der Verhandlung läuft. Da wird ein Delinquent vorgeführt. Der Richter sagt: Sie sollen gefährlich sein, ich habe hier ein Gutachten. Sperrt ihn ein. – Nach drei Monaten wird er wieder vorgeführt. Dann sagt der Richter: Sie sind immer noch gefährlich. – Was soll denn der Delinquent machen? Wie stellt man sich vor, dass er seine Ungefährlichkeit unter Beweis stellt? Das ist unmöglich. Dazu kommt ein weiterer gravierender Nachteil. Jeder Verdächtige, der in Haft kommt, bekommt in dem Moment, in dem der Haftbefehl gegen ihn ergeht, einen Pflichtverteidiger. Dieser kann sich darum kümmern, dass wenigstens das, was an Beweisen beschafft werden kann, beschafft wird und dem Richter bei der Haftprüfung vorgelegt wird. Nichts davon steht in Ihrem Gesetz. Das heißt, der Mensch sitzt alleingelassen in Haft und muss zusehen, wie er den Richter aufgrund seiner blauen oder in diesem Fall wahrscheinlich überwiegend braunen Augen überzeugt, dass er eigentlich ein unschuldiger, harmloser Kerl ist. Sie bringen den Bürger in eine aussichtslose Lage. Das ist ein Punkt, der meiner Ansicht nach ins Auge springt. Ich kann unter diesem Gesichtspunkt nur davor warnen, so etwas Gesetz werden zu lassen. Falls es doch Gesetz wird, hoffe ich, dass es Ihnen irgendwann um die Ohren fliegt.

SV Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz (Julius-Maximilians-Universität Würzburg): Es ist schwer, sich als Letzter zu positionieren, nachdem man schon viel gehört hat. Aber das, was ich gerade miterlebt

und mitgehört habe, gibt mir vielleicht die Gelegenheit, eine gewisse Gegenposition aufzubauen. Man hat ein bisschen den Eindruck, die Vorwürfe, die hier dem Gesetzgeber gemacht werden, lauteten, er habe sich ungefähr Kafkas Prozess als Leitmotiv genommen. Deswegen könne man als Bürger überhaupt nicht mehr wissen, was auf einen zukommt.

Die ersten publizistischen Stellungnahmen in den Medien zu dem hier vorgelegten Gesetzentwurf, damals noch zum Regierungsentwurf, lauteten: Ab jetzt ist Guantánamo in Bayern möglich. – Ich möchte zeigen, dass das mitnichten der Fall ist. Dieses Bild sollte man dringend korrigieren, dass der Staat nichts anderes machen würde, als Unschuldige verfolgen zu wollen. Ich möchte vor diesem Hintergrund zunächst relativ kurz einige allgemeine Aussagen treffen und mich dann auf drei Punkte konzentrieren, nämlich auf die Problematik des Begriffs der "drohenden Gefahr", zum Thema "Elektronische Aufenthaltsüberwachung" und hier insbesondere zu der Frage, ob die Möglichkeit der Anordnung einer EAÜ tatsächlich eine Gefahr für die Menschenwürde darstellen würde, sowie letzten Endes auf die Frage des Gewahrsams und ob dabei nicht die Gefahr besteht, es mit einer Art Gesinnungsgewahrsam zu tun zu haben, wo nicht mehr in irgendeiner Weise an bestimmte Gegebenheiten, sondern nur noch an innere Überzeugungen angeknüpft wird.

Ich bin in der Tat der Auffassung, dass wir es mit einem aktuellen, mutigen Gesetzentwurf zu tun haben. Ich habe vor einigen Wochen – Kollege Möstl war auch dabei – in Berlin im Rahmen der Anhörung zur Novelle zum BKA-Gesetz gesagt, es handle sich um einen Akt experimenteller Gesetzgebung. Ich glaube, das trifft hier noch viel mehr zu; denn Sie haben hier als Gesetzgeber den Weg gewählt, dass Sie die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht etwa sklavisch 1 : 1 in einem Akt von bloßem Vollzugsgehorsam umgesetzt haben, sondern Sie sind tatsächlich innovativ weitergegangen und haben hier die Möglichkeit, die das Bundesverfassungsgericht aufgezeigt hat, genutzt und umgesetzt und haben das aus dem engen Bereich, den das Bundesverfassungsgericht im BKA-Urteil gesetzt hat, losgelöst und damit neue begriffliche und dogmatische Klarheiten im Polizeirecht geschaffen. Ich glaube, das entspricht der Tatsache, dass Bayern ein selbstbewusstes Mitglied einer föderalen Familie ist und hier Vorreiter für eine Präzisierung im Polizeirecht sein kann. Vor diesem Hintergrund ist das, was wir in der jetzigen Regelung zur Drohnengefahr haben, zum einen die Übernahme dessen, was wir schon in der Vergangenheit immer dogmatisch herausgearbeitet hatten, nämlich die Möglichkeit, Gefahrerforschungseingriffe zu treffen, bei

denen man sich vorher immer überlegt hat, wie man diese unter Umständen anders normativ abstützen könnte. Hier haben wir jetzt eine ausdrückliche Regelung.

Auch auf den nächsten Punkt ist hingewiesen worden. Es geht um die Frage, ob jenseits der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich Eingriffe in Kausalverläufe möglich sind oder ob es nur die Gefahrerforschungseingriffe sind. Auch hier hat Kollege Möstl völlig zu Recht gesagt: Das ist rechtfertigungsbedürftig, aber das ist im Einzelfall auch rechtfertigungsfähig, wenn man nicht bis zum Umschlagen in die konkrete Gefahrensituation warten möchte. Natürlich liegt genau darin das Problem. Aber auch da kann man argumentieren, dass es um eine Fortentwicklung und Arrondierung des herkömmlichen polizeilichen Instrumentariums geht. Wir haben es mit Prognoseentscheidungen zu tun. Wir haben es mit Unsicherheitsfaktoren zu tun. Aber je häufiger wir die Situation haben, dass die Person, die wir in den Blick zu nehmen versuchen, sich vielleicht immer weiter von den herkömmlichen Verhaltensweisen entfernt, desto mehr muss man überlegen, ob man die Person im Nebel des Diffusen lässt oder ob man trotzdem mit den Mitteln des Polizeirechts versucht, der Gefahren noch Herr werden zu können.

Zu der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung und den heute im Raum bereits benannten Gefahren für die Menschenwürde möchte ich mich relativ kurz fassen. Die Elektronische Aufenthaltsüberwachung ist kein Sammelinstrument zur Gewinnung von Informationen. Das, was der Gesetzgeber ermöglicht hat, nämlich unter bestimmten Voraussetzungen die Schaffung und Aufzeichnung eines Bewegungsprofils, ist immer noch deutlich weniger als das, was man beispielsweise durch eine langanhaltende Observation an Informationen gewinnen könnte; denn dabei gewinne ich viel mehr Informationen darüber, mit wem der Betreffende in Kontakt ist, nicht nur bezüglich der Frage, wo er sich aufhält. Wenn die Observation zum Teil mit weiteren Überwachungsmethoden kombiniert wird, kann ich mit Lichtbildüberwachung, Videoüberwachung und Ähnlichem viel mehr Informationen über jemanden gewinnen und kann damit tatsächlich ein Persönlichkeitsbild zeichnen. Aber das bloße Bewegungsprofil als solches bringt deutlich weniger als das, was beispielsweise in der fachlichen Diskussion über die Vorratsdatenspeicherung thematisiert wurde. Hier geht es tatsächlich um das Speichern von Aufenthaltsorten, an denen sich eine Person aufgehalten hat. Das ist ein deutlich geringfügiger Eingriff. Ich

halte es für sehr fragwürdig, ob man gegen diesen Eingriff die Menschenwürde ins Feld führen sollte.

Der letzte Punkt betrifft die Frage des Gewahrsams und die Voraussetzungen des Gewahrsams. Ich glaube, es ist eine vollständige Verkennung der gesetzgeberischen Intention, jemanden, der nur, um bei dem Beispiel zu bleiben, Mitglied eines religiösen Vereines ist, unter Hinweis auf den religiösen Verein in Gewahrsam nehmen zu wollen. Artikel 17 enthält klare gesetzgeberische Kautelen, die den Anforderungen an die Grundsätze der Normenklarheit und Normenbestimmtheit hinreichend gerecht werden. Schauen wir uns nur die neuen Nummern 3, 4 und 5 an. Dort geht es letzten Endes darum, dass dies zur Abwehr einer Gefahr erforderlich ist. Das stellt also mitnichten in irgendeiner Weise nur auf die Gesinnung ab. Darüber hinaus geht es darum, dass Maßnahmen nach Artikel 16 durchgesetzt werden sollen oder darum, dass sich der Betreffende nicht als rechtsgehorsam erwiesen hat und er einer Anordnung nach Artikel 32a nicht Folge geleistet hat. Bei dem Hinweis darauf, dass eine solche präventive Ingewahrsamnahme vielleicht gar nicht erforderlich ist, weil wir beispielsweise den Straftatbestand des § 89a des Strafgesetzbuches haben, stellt sich die Frage, ob man zuwarten soll, bis der Betreffende erst ins Ausland gegangen und dann zurückgekommen ist, oder ob man bei Vorliegen bestimmter Anhaltspunkte, die ich in jedem Fall brauche, handeln soll. Nicht jeder, der ein Flugticket nach Syrien löst, ist deswegen bereits gefährdet, dass er hier nach Artikel 17 in Gewahrsam genommen werden kann, sondern es muss weitere Informationen geben. Aber wenn ich diese habe, kann ich nicht nur mit den repressiven Mitteln des Strafrechts reagieren, sondern dann muss ich mit den präventiven Mitteln des Polizeirechts im Vorfeld agieren können.

Ich will hier einen letzten Punkt zum Ausdruck bringen. Der Gesetzgeber hat abgestufte Instrumentarien im Sinne von prozeduralen Kautelen geschaffen, was beispielsweise für die Anordnung bestimmter Maßnahmen erforderlich ist. Diese Anordnungen unterliegen natürlich alle der strikten Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das heißt, wir haben hier ein extremes Vertrauen des Gesetzgebers in die handelnden und verantwortlichen Personen, die hier bei strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die gesetzlichen Regelungen in durchaus verfassungskonformer Weise umsetzen können.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Das war die Eingangsrunde. Wir würden jetzt in die Diskussion einsteigen.

Abg. Katharina Schulze (GRÜNE): Ich glaube, es ist sehr wichtig und gut, dass wir heute diese Anhörung durchführen; denn dieser noch sehr junge Gesetzentwurf der CSU-Regierung hat schon einiges hinter sich. Er kam erst in die Verbandsanhörung. Dabei kam von sehr vielen Seiten sehr deutliche Kritik. Dann wurde ein bisschen nachgebessert. Aber trotzdem hat man heute viele Mängel deutlich aufgezeigt bekommen. Das finde ich gut, weil es für uns als Innenausschuss wichtig ist, anhand dieser Anregungen und Maßnahmen weiterhin darüber zu diskutieren. Wir GRÜNE sehen diesen Gesetzentwurf auch nach der Expertenanhörung weiterhin sehr kritisch, zum einen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, zum anderen aber auch unter polizeipraktischen Gesichtspunkten. Ich möchte kurz skizzieren, wo wir noch große Bauchschmerzen haben. Dann habe ich noch ein paar Fragen.

Eines der Hauptprobleme ist die Diskrepanz, mit der dieser Gesetzentwurf eingeführt wird nach dem Motto "Damit schützen wir die Bevölkerung vor Terror und machen die aktive Terrorismusbekämpfung besser". Wenn man dann den Wortlaut und die Umsetzung dieses Gesetzentwurfs anschaut, sieht man, dass alle diese polizeilichen Aktionen jenseits einer Terrorismusbekämpfung auch gegen Bürgerinnen und Bürger gerichtet werden können. Da sage ich: Ja, natürlich müssen wir Terrorismus und terroristische Bestrebungen bekämpfen. Ich glaube, dass es aber viel zielführender wäre, die Sicherheitsbehörden gut auszustatten, Gefährder engmaschig zu überwachen, einen besseren Informationsaustausch durchzusetzen und vor allem eine zielgerichtete Gefahrenabwehr vorzunehmen.

Ich habe zu diesem Gesetzentwurf drei Hauptpunkte, die ich sehr kritisch sehe. Der eine Punkt ist das Thema der "drohenden Gefahr". Dadurch wird ein neuer Polizeibegriff eingeführt. Dadurch werden die polizeilichen Befugnisse im so genannten Gefahrenvorfeld weiter ausgedehnt. Herr Löffelmann hat in seiner Stellungnahme sehr passend von einer "Ver-nachrichtendienstlichung" der Polizei geschrieben. Die Kompetenzen der Polizei im Gefahrenvorfeld werden so ausgeweitet. Da muss man sich auch verfassungsrechtlich sehr gut überlegen, ob man da mitgehen kann und will. Ich finde auch, dass dieser Begriff noch sehr unklar ist, vor allem dahingehend, wie man ihn rechtstaatlich sauber anwenden kann. Der Bund Deutscher Kriminalbeamter hat dazu in seiner Stellungnahme in der Verbandsanhörung sehr passend formuliert, man könne gespannt sein,

wie das in den ersten Gerichtsurteilen gefasst und ausgelegt wird.

Der andere große Kritikpunkt, der mir auch durch die Expertenanhörung noch nicht klarer geworden ist, betrifft die elektronische Fußfessel. Alle Praktikerinnen und Praktiker, mit denen ich gesprochen habe, und selbst die CSU-Staatsregierung haben auf meine Anfrage hin geantwortet, dass eine elektronische Fußfessel einen bis zum Letzten überzeugten terroristischen Selbstmordattentäter nicht davon abhalten würde, seine schlimme Tat durchzuführen. Da muss ich dem Herrn Prof. Schwarz kurz widersprechen. Sie sagen, eine Fußfessel sei doch weniger wild, weil ich nur weiß, wo die Person ist, aber nicht weiß, was sie redet oder mit wem sie sich trifft. Das würde ich umdrehen. Wenn ich eine Sicherheitsbehörde wäre, einen Gefährder habe und wissen möchte, was er oder sie tut, und wissen möchte, mit wem er oder sie sich trifft und worüber sie reden, will ich nicht nur wissen, wo sich die Person eventuell aufhält. Dieses Argument leuchtet mir nicht ganz ein, ganz abgesehen davon, dass ich es, wenn ich jemanden heimlich observieren möchte, nicht für zielführend halte, ihm zu sagen, dass man ihn im Blick hat. Die elektronische Fußfessel könnte nach diesem Gesetzentwurf Menschen umgelegt werden, die am Ende vielleicht doch kein strafwürdiges Verhalten verwirklichen würden. Trotzdem kann von diesen dann ein Bewegungsbild erstellt werden. Das ist höchstproblematisch, wie Prof. Petri in seiner Stellungnahme schon formuliert hat.

Ich komme zum letzten Punkt. Dazu fand ich die Ausführungen von Frau Stockinger zum Thema Präventivgewahrsam sehr erhellend. Wir dürfen nicht vergessen: Da werden Menschen, die bisher noch nichts gemacht haben, in Präventivgewahrsam genommen. Das ist ein massiver Grundrechtseingriff. Auch wenn Sie das im Vergleich zu dem allerersten Entwurf dahingehend ein bisschen verbessert haben, dass es nicht mehr auf unbegrenzte Zeit geht, sondern immer auf drei Monate, kann man trotzdem immer wieder um drei Monate verlängern, mit allen praktischen Problemen, die Frau Stockinger und Herr Wächtler angesprochen haben. Der Richter oder die Richterin hat die Entscheidung zu fällen, ob diese Person noch gefährlich ist.

Das waren in aller Kürze die Punkte, bei denen ich finde, dass der Gesetzentwurf nicht klar und eindeutig ist und nicht zur besseren Terrorismusabwehr geeignet ist. Jetzt habe ich noch drei Fragen. – Die erste Frage hat Herr Wächtler formuliert. Mich würde interessieren, wie das die anderen Expertinnen und Experten sehen. Im BKA-Gesetz steht, dass ein Richter zum Beispiel ein Kontaktgebot oder Kontakt-

verbot anordnen muss. In diesem Gesetzentwurf kann das die Polizei alleine machen. Die Polizei kann demnach auch allein die Verlängerung aussprechen. Ist das überhaupt rechtlich zulässig? Wie stehen die anderen dazu?

Der nächste Punkt, der mich interessieren würde, betrifft die Quellen-TKÜ. Laut Artikel 34a Absatz 1a sollte Quellen-TKÜ nur dann erlaubt sein, wenn durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird. Dazu hat Herr Petri gesagt, dass das gut ist. Das wurde schon mal ein bisschen konkretisiert. – Aber ich stelle mir die Frage, ob eine solche Beschränkung technisch überhaupt möglich ist und ob ein solcher aufgespielter Trojaner nicht die totale Überwachung erst möglich macht. Ich würde mir als Sicherheitsbehörde vorstellen, um welche Kommunikationsmaßnahmen es sich dabei handeln könnte, wenn ich wissen möchte, ob jemand etwas plant. Außerdem kann es sein, dass diese Kommunikation immer leicht zeitversetzt erfolgt, wenn nicht klassischerweise telefoniert wird, sondern vielleicht Nachrichten verschickt oder Datenpakete übermittelt werden. Ist das dann noch laufende Kommunikation? Das ist vielleicht eine Frage für den Herrn Petri. Ich finde, das ist nicht klar genug gefasst.

Ich habe noch eine Frage an Prof. Schmidbauer. Mich würde ihre praktische Erfahrung in Sachen elektronische Fußfessel interessieren. Wie schätzen Sie es als polizeitaktische Maßnahme ein, einem Gefährder, von dem man wissen möchte, was er eigentlich macht, eine Fußfessel anzuziehen? Eine weitere Frage diesbezüglich: Ist der Polizeiaufwand dafür nicht fast genauso hoch? Nehmen wir dafür ein Beispiel: Diese Person trägt in München oder einer anderen großen Stadt eine elektronische Fußfessel. Dann geht diese Person zum Sendlinger Tor zum Einkaufen. Dort sind immer Menschenmassen. Inwiefern muss dann die Polizei trotzdem in irgendeiner Form dieser Person mit der Fußfessel hinterherrennen, weil er oder sie sich ständig dorthin bewegen könnte, wo etwas Schlimmes passieren könnte? Nochmal klarer formuliert: Brauchen Sie die elektronische Fußfessel für Gefährder für ihre polizeiliche Arbeit oder wäre eine bessere Sach- und Personalausstattung bei der Polizei für eine engmaschige Überwachung zielführender?

Abg. Franz Schindler (SPD): Ich glaube, wir brauchen hier nicht darüber rasonieren, ob man terroristische Gefahren oder Gefahren des Islamismus mit allen einem Rechtsstaat zu Gebote stehenden Mitteln abwehren muss. Das ist unstrittig. Das wollen

alle. Folgende Frage stellt sich: Was sind die geeigneten Mittel, und welche Mittel kann der Rechtsstaat auf der Basis unserer Bayerischen Verfassung und des Grundgesetzes verwenden oder nicht verwenden? Das ist nicht die erste Anhörung, die ich in diesem Haus miterlebe. Ich kann mich an Anhörungen erinnern, in denen es vor mittlerweile 20 Jahren um die Einführung von Wohnraumüberwachung und Telekommunikationsüberwachung bei Polizei und Verfassungsschutz gegangen ist und zuletzt um die Ausweitung der Befugnisse des Verfassungsschutzes in Bayern bis hin zum Abgriff von auf Vorrat gespeicherten Daten. Ich kann mich an viele andere Anhörungen erinnern, die immer das gleiche Thema behandelten.

Heute haben wir eine Anhörung zu einem kleinen Gesetzentwurf, in dessen Einführungen es ausdrücklich heißt: Wir bereiten eine große Novelle des PAG vor. Jetzt machen wir eigentlich nur das, was zur Terrorismusabwehr dringend erforderlich ist. – Aber wenn man genau hinschaut, geht es nicht um Terrorismusabwehr. Das heißt, nebenbei geht es auch darum, aber es trifft auch alle anderen, bei denen man vermutet, dass sie in irgendeiner Weise "bedeutende" Rechtsgüter konkret, abstrakt oder drohend gefährden. Weil das so ist, vermissem ich eine Gesamtschau darüber, was dieser heutige Gesetzentwurf mit all den anderen Maßnahmen, die in den letzten Jahren schon beschlossen worden sind, bewirkt hat und was das aus diesem Rechtsstaat gemacht hat. Ich bin nicht sonderlich ängstlich. Gleichwohl ist mir dabei unwohl, dass das hier als maßvolle Arrondierung uralter Polizeirechtsdogmatik bezeichnet wird. Früher hätte man "konkrete Gefahr" gesagt. Jetzt sagen wir "drohende Gefahr". Irgendwie ist mir nicht ganz wohl, wenn man es nicht nur bei diesen Begrifflichkeiten belässt, sondern daran auch repressive Möglichkeiten anschließt, wie zum Beispiel das, was Kollege Wächtler als "Verbanung" bezeichnet hat. Ich meine, da wäre es erforderlich, eine Gesamtschau vorzunehmen. Da kann man sich meines Erachtens nicht damit begnügen zu sagen, dass sei eine maßvolle Arrondierung und experimentelle Gesetzgebung. Man schreibt nicht ab, was das Bundesverfassungsgericht in einem ganz anderen Zusammenhang vorgegeben hat, sondern entwickelt daraus eine neue Dogmatik. Die Frage richtet sich eigentlich an Herrn Dr. Löffelmann und an Herrn Wächtler und lautet, ob sie auch Anzeichen dafür sehen, dass wir es eben nicht mit einer maßvollen Arrondierung zu tun haben, sondern mit einer ganz expansiven Ausweitung polizeirechtlicher Befugnisse, die wir vor 10 oder 15 Jahren alle noch abgelehnt hätten. Jetzt sind sie da und

werden als maßvoll bezeichnet. Teilen Sie diese Einschätzung, oder liege ich da völlig daneben?

Abg. Prof. Dr. Peter Paul Gantzer (SPD): Ich möchte die Frage, die der Kollege Schinder gerade gestellt hat, ausweiten und auch an die Kollegen Lindner, Möstl und Schwarz richten. Ich möchte gerne, dass auch sie dazu Stellung nehmen, vor allem zu dem, was Rechtsanwalt Wächtler im Vergleich zur Untersuchungshaft vorgetragen hat. Das ist ein schwerwiegendes Instrument; denn es ist Freiheitsentziehung. Das ist fast wie eine Gefängnisstrafe, wenn ich drei Monate oder länger eingesperrt werde. Da sollten bestimmte rechtsstaatliche Absicherungen vorliegen. Dazu hätte ich gerne konkret eine Stellungnahme von den drei Professorenkollegen zu den Aussagen vom Kollegen Wächtler. Dann hätte ich noch eine Frage an Herrn Petri. Es geht um die Kontaktverbote und Kontaktgebote. Sie haben in Ihrer Stellungnahme dazu geschrieben, dass Sie das zwar grundsätzlich nicht angreifen, aber grundrechtssichere Verfahrensvorschriften haben möchten. Könnten Sie dazu noch etwas sagen?

Abg. Claudia Stamm (fraktionslos): Anknüpfend an die Worte des Kollegen Schindler, der eine Gesamtschau gefordert hat, möchte ich an die Prämissen anknüpfen, die bei verschiedenen Stellungnahmen enthalten sind, wonach der Terrorismus zugenommen habe und die Zahl der Toten durch Terrorismus zugenommen habe. Was ich an Zahlen sowohl von der Universität von Maryland als auch aus einem Gespräch mit dem Landespolizeipräsidenten kenne, zeigt das genaue Gegenteil, dass nämlich die Sicherheitslage nach unten geht, aber das Gefühl, also eine wachsende Angst, da ist. Dazu gibt es verschiedene Datenlagen und Fakten. Deswegen würde mich interessieren, wie Sie überhaupt auf diese Prämisse kommen und an welche Fakten Sie also anknüpfen. Ich glaube, wir sind uns hier im Raum alle einig, was das Gefühlte ist. Es ist auch klar, dass es immer schwierig ist, Gewalttaten zu relativieren. Aber die Fakten und Zahlen sprechen eine ganz andere Sprache. Wir haben von Prof. Schwarz mehrfach gehört, dass die Verhältnismäßigkeit unsere Richtschnur sein muss. Da frage ich mich, wo die Verhältnismäßigkeit ist, wenn ich nicht mal mit den Voraussetzungen einverstanden sein kann, die Sie benannt haben.

Dann möchte ich an den von Rechtsanwalt Wächtler geschilderten Fall anknüpfen. Da ist jemand, der als Gefährder benannt wird und in eine ländliche Region verbannt wird. Wie sollen wir uns das vorstellen? Werden dann die ländlichen Regionen massenhaft mit Menschen besiedelt, die in Präventivhaft

genommen werden,? Da wäre meine Frage an den Richterverein, ob es überhaupt einen anderen Prüfungshorizont gäbe und welchen Stellenwert dabei das Vorbringen des Gefährders hätte.

Außerdem hätte ich gerne ein Beispiel für die "drohende Gefahr" benannt, nicht eine vollendete Tat außerhalb des terroristischen Bereichs. In der Ersten Lesung ist der Amoklauf genannt worden. Das ist genau das falsche Beispiel. Da war keinerlei Anlass, aufgrund einer "drohenden Gefahr" einzugreifen. Daher frage ich die Staatsregierung, welches Beispiel einer "drohenden Gefahr" es gibt, das diesen Änderungsgesetzentwurf rechtfertigt.

In dem Gesetzentwurf ist der Aspekt mit enthalten, sexuelle Straftaten zu verhindern. Da hätte ich auch gern einen konstruierten Fall, wo dies überhaupt der Fall sein könnte. Bevor man mir ein Beispiel nennt, möchte ich vorweg nehmen, dass eine Verabredung über Facebook, sexuelle Straftaten zu begehen, keine "drohende Gefahr" ist, sondern ein konkreter Hinweis. Ich glaube, dieses Beispiel ist hinfällig. Daher hätte ich gern einen Fall konstruiert.

Das ist eine massive Ausweitung der Polizeibefugnisse. Dr. Löffelmann hat von einer "omnipotenten Polizei" gesprochen, weil sie ihre Rechte, die nicht genuin Polizeirechte sind, in verschiedenen Bereichen ausweite. Das ist eine massive Ausweitung der Polizeirechte zu Ungunsten der Judikative, also auch eine Verschiebung der Gewaltenteilung. Dazu möchte ich ernsthaft die Frage diskutieren, wenn auch wahrscheinlich nicht heute im Rahmen der Anhörung, ob wir eine solche Verschiebung der Gewaltenteilung in unserer Demokratie wollen können.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Ich würde gerne auf den für mich zentralen Punkt eingehen, nämlich den Begriff der "drohenden Gefahr", dieses dogmatische Neuland, wie das immer genannt wird. Der erste Punkt betrifft die Frage, ob das tatsächlich so dogmatisch neu ist, wie getan wird. Mein Eindruck ist, dass wir immer von der "konkreten Gefahr" und von der "abstrakten Gefahr" sprechen und dass sich der Begriff der "konkreten Gefahr" in der Polizeirechtsdogmatik der letzten Jahrzehnte immer stärker verengt hat, und zwar auf eine Gefahr, die schon realisiert ist. Ich meine damit den Aspekt des "Das Kind ist schon in den Brunnen gefallen", also eine Verengung, die in dem Begriff der "konkreten Gefahr" eigentlich nicht enthalten ist. Man könnte es nämlich wahrscheinlich so verstehen, dass auch eine "drohende Gefahr" bereits die Schwelle von der "abstrakten" in Richtung der "konkreten Gefahr" überschritten hat, weil ich – so ist das Gesetz formuliert – bestimmte konkrete Anknüp-

fungspunkte habe, von denen aus ich das Drohen der Gefahr ableite. Es geht also keineswegs um Gesinnung, wie unterstellt wurde. In diesem Artikel 11 Absatz 3 steht nichts von Gesinnung, sondern dort steht "individuelles Verhalten", "Vorbereitungshandlungen" usw. Darum kann ich die Aussage nicht nachvollziehen, dass derjenige, um den es geht, noch nichts getan hat. Natürlich müssen es Anknüpfungstatsachen sein. Gedanken genügen nicht. So verstehe jedenfalls ich die Formulierung. Es müssen konkrete Tatsachen sein. Es ist ein Unterschied, ob ich zum Jogurlaub nach Indien oder zu einer Schulung in Sachen Kriegshandwerk nach Afghanistan fahre. Das sind unterschiedliche Anknüpfungspunkte, die aus meiner Sicht diese Konkretisierung verdeutlichen.

Die zweite Frage in diesem Zusammenhang geht auch in Richtung der Neuartigkeit der "drohenden Gefahr". Wenn ich andere Bereiche der deutschen Rechtsdogmatik nehme, dann sehe ich dort durchaus Regelungen über die "drohende Gefahr", zum Beispiel im Zivilrecht beim Gewaltschutzgesetz, wo es die Möglichkeit gibt, einem anderen, häufig dem ehemaligen Ehepartner oder ähnlichem, die Kontaktaufnahme verbieten zu lassen oder ihm im Sinne der Verbannung bestimmte Bereiche räumlich zu verbieten. Auch dort muss noch nicht der Schaden, also die Rechtsgutverletzung, eingetreten sein, sondern es genügen hinreichende Anknüpfungsfakten, um das auf Antrag einer Privatperson, nicht vonseiten der rechtsstaatlich verpflichteten öffentlichen Hand, von einem Zivilgericht entscheiden zu lassen. Der zweite Bereich umfasst § 34 des Strafgesetzbuches, der die Dauergefahr im Blick hat, gegen die sich der Private robust wehren darf. Auch dort ist nicht die Verwirklichung der Rechtsgutverletzung die Voraussetzung, sondern das Drohen mit der Rechtsgutverletzung. Deshalb stelle ich die Frage, wie neu dieser Gedanke der "drohenden Gefahr" wirklich ist und ob das nicht in der Diskussion bewusst so aufgebauscht und dämonisiert wird, als ob es etwas völlig Neues wäre, was es in Wahrheit aber nicht ist. Insofern ist auch der Fortschritt durch das Gesetz zu beurteilen, das unter anderen Voraussetzungen eine höhere Schwelle aufbaut als die normalen Eingriffsmöglichkeiten nach dem bisherigen Artikel 11 Absatz 2.

Meine letzte Frage geht in Richtung der konkreten Formulierung in Artikel 11 Absatz 3 des Entwurfs, wo steht: "Die Polizei kann unbeschadet..., wenn ... erstens ... zweitens ... in absehbarer Zeit Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind ...". Meine konkrete Frage ist, ob man das Wort "Gewalttaten" nicht durch "Straftaten" er-

setzen kann. Der Hintergrund ist folgender: Gewalttaten beinhalten eine physische Einwirkung, also ein Treten, ein Stoßen usw., eine physische Tatsache. Wir haben aber auch, zuletzt am Wochenende, das Phänomen der Cyberangriffe oder des Cybercrime, wo nicht eine Gewalttat droht, sondern eine IT-Straftat, die aber im Ergebnis trotzdem die Rechtsgüter, die besonders geschützt sind, nämlich die Bestandsicherheit des Bundeslandes, Leben, Gesundheit, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung etc., beeinträchtigen können. Dies gilt beispielsweise, wenn die Versorgung eines Krankenhauses lahmgelegt wird, wenn es also um die Störung kritischer Infrastruktur geht. Dort würde der Begriff "Gewalttaten" wahrscheinlich nicht genügen, weil es an der physischen Manipulation fehlt. Deshalb meine Frage, wie Sie das verfassungsrechtlich einschätzen würden, wenn dieses Wort durch das Wort "Straftaten" ersetzt würde.

Abg. Joachim Hanisch (FREIE WÄHLER): Da wird noch eine Menge diskutiert werden müssen. Die Bürger, für die wir verantwortlich sind, haben Angst, weil Terrorismus und Cyberkriminalität zunehmen. Wir sind als Gesetzgeber verpflichtet, auf veränderte Rahmenbedingungen zu reagieren und unsere Gesetze anzupassen. Es sind ein paar Begriffe genannt worden, die im Wesentlichen mit der handwerklichen Fertigung eines Gesetzes zu tun haben, die ich aber gerne von den Befürwortern des Gesetzes erläutert hätte. Es gab den Hinweis auf eine rote Linie – das erscheint mir sinnvoll –, ab deren Überschreiten Strafe droht. Die Frage des Pflichtverteidigers müsste auch hier, ohne dass es im Gesetz erwähnt wird, zu realisieren sein. Mich würde interessieren, wie Sie das sehen und ob Sie der Auffassung sind, dass man an dem Gesetz noch handwerkliche Änderungen vornehmen müsste. Noch etwas steht unbeantwortet im Raum: Herr Löffelmann hat konkret gesagt, das Gesetz enthalte zu viele unbestimmte Rechtsbegriffe, die bei der Auslegung zu großen Problemen führen oder letztlich die Gerichte beschäftigen würden.

Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz (Julius-Maximilians-Universität Würzburg): Ich würde gerne, soweit ich direkt angesprochen worden bin, noch einmal Stellung beziehen. Frau Schulze, ich komme zuerst zu dem Aspekt, den Sie bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung und dem Verhältnis zu heimlichen Maßnahmen angesprochen haben. Mir ging es gar nicht so sehr darum, sondern ich wollte nur darauf hinweisen, dass sich die elektronische Aufenthaltsüberwachung als milderer Mittel im Vergleich zu anderen Maßnahmen darstellt, die eine deutlich eingriffsintensivere Überwachung ermöglichen. Das

bezog sich letzten Endes nur auf den Hinweis, dass es hier nicht um eine Verletzung der Menschenwürde geht.

Was Herrn Abgeordneten Schindler anbelangt: Eine Gesamtschau im Rahmen einer Evaluation wäre zum gegenwärtigen Zeitpunkt natürlich überaus schwierig. Sie haben mir hier mehrfach das Wort von der maßvollen Arrondierung, das ich geprägt habe, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgehalten. Der Gesetzentwurf versucht mit Blick auf die gegebenen rechtsstaatlichen Kautelen durchaus maßvoll, einer neuen Situation Rechnung zu tragen. Das Ganze ist ja nicht anlasslos geschehen, sondern wir haben tatsächlich ein gewandeltes Gefahrenpotenzial. Wir haben eine veränderte Gefahrenlage. Es wäre eine schlichte Ausblendung der Realität zu glauben, dass wir uns in Deutschland oder Europa auf einer Insel der Seligen bewegen, wo es so etwas wie Gefährder nicht gibt. Das bezieht sich nicht nur auf den terroristischen Bereich, sondern wir haben auch ein subkutanes Potenzial von anderen Gewalttaten, auch aus dem Bereich der organisierten Kriminalität, wo der Staat präventiv und bis ins Vorfeld tätig werden muss.

Ich komme zu der Frage, die auch von Herrn Gantzer angesprochen worden ist. Wie halten wir es mit dem Verhältnis zur Untersuchungshaft? Welche Anforderungen wären mit Blick auf den präventivpolizeilichen Gewahrsam eigentlich erforderlich? – Man kann eine relativ einfache Antwort geben: Hier haben wir eine richterliche Kontrolle, die in Artikel 20 zwingend vorgeschrieben ist. Das ist so zutreffend. Wir haben bei der Untersuchungshaft die entsprechenden periodischen Überprüfungen nach Maßgabe der Strafprozessordnung mit der Möglichkeit, Beschwerde einzulegen und das Ganze einer weiteren gerichtlichen Kontrolle zuzuführen.

Ich komme zu der letzten Frage, zu der Sie, Herr Herrmann, mir Anlass zum Nachdenken gegeben haben. Von einer Dämonisierung des Begriffs "drohende Gefahr" würde ich überhaupt nicht ausgehen wollen, sondern ich halte das für die Bildung einer neuen Kategorie, die vielleicht auch deshalb angemessen ist, weil sie versucht, in normenklarer Art und Weise auch das in den Blick zu nehmen, was das Bundesverfassungsgericht mit einer jetzt über 13 oder 14 Jahre andauernden Kette von Rechtsprechungen versucht hat, als allgemeines Polizeirecht verfassungsrechtlich geprägt in den Blick zu nehmen. Ich teile Ihre Einschätzung, dass es in der Vergangenheit durchaus eine Verengung der "konkreten Gefahr" gegeben hat und man daher bei diesem neuen Begriff versucht, in diese Lücke zu sto-

ßen. Aber ich glaube, das tatsächliche Novitätspotenzial, das der Gesetzgeber, der damit wirklich Neuland betreten hat, hier geschaffen hat, besteht darin, dass er die Befugnisse dahingehend erweitert hat, dass im Vorfeld bestimmter Gefahren aus Gründen der Prävention trotzdem nicht nur die Erforschung der Gefahr im Raum steht, sondern tatsächlich die Eingriffe im Kausalverlauf möglich sind. Das ist sicherlich etwas, was auch mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Neuland ist. Man wird sehen, welche Antwort ein damit unter Umständen befasstes Gericht später geben wird. Das ist der Bereich, bei dem – ich will nicht sagen, dass man sich auf unsicherem Boden begeben hat – zumindest der rechtfertigungsbedürftige Eingriff in den Kausalverlauf im Einzelfall rechtfertigungsfähig ist. Mit Blick auf eine notwendige Präzisierung hätte ich keine Bedenken, den Begriff der "Gewalttaten" gerade in den von Ihnen genannten Fällen durch den Begriff der "Straftaten" noch weiter zu präzisieren, weil er geeignet wäre, genau diejenigen Phänomene zu erfassen, die Sie hier genannt haben.

SV Hartmut Wächtler (Rechtsanwaltskammer, München): Ich werde mich nur soweit äußern, als ich direkt angesprochen worden bin. Das eine war Herr Schindler, der fragte, ob das ein einmaliges Phänomen ist, mit dem wir es hier zu tun haben, nämlich der expansiven Ausweitung polizeilicher Befugnisse. Das ist eine sehr spannende Frage. Ich muss mit allem Ernst darauf hinweisen: Soweit mir bekannt ist, gab es in Bayern seit 1945 keine Möglichkeit, Menschen, die keine messbaren Straftaten begangen haben, auf unbegrenzte Zeit einzusperren. Es gab die Möglichkeit, diese, wenn sie im Zustand der Krankheit irgendetwas gemacht hatten, psychiatrisch zu belangen – das klammere ich aus –, aber Menschen im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte ohne Vorliegen einer Straftat auf lange Zeit einzusperren – 14 Tage Vorbeugehaft mal ausgeklammert – gab es seit 1945 nicht. Das muss man einfach sehen. Das ist eine enorme Ausweitung.

Ich stimme mit meinem Vorredner jedenfalls darin überein, dass es natürlich in Ordnung ist, den Begriff der "Gewalttat" durch den Begriff der "Straftat" zu ersetzen, weil wir bei der Straftat wissen, womit wir es zu tun haben. Das wäre meiner Ansicht nach eine Verbesserung, weil es größere Klarheit schafft. Bei "Gewalttat" streitet man sich. Ist Sitzen auf der Straße Gewalt oder ist es nicht Gewalt? Da sind sich die Gelehrten bis hoch zum Verfassungsgericht uneinig. Aber es ist klar, was eine Straftat ist. Das wäre in seiner Klarheit zu begrüßen.

Herr Vorsitzender, dann haben Sie noch das interessante Argument gebracht, dass es im Gewaltschutzgesetz etc. ähnliche Möglichkeiten gibt. Das stimmt zwar; aber die Situation ist eine ganz andere. Das muss man sich genau überlegen. Im Gewaltschutzgesetz und in ähnlichen Vorschriften geht es um einen privaten Vorfall. Da sagt die Frau: Der Mann hat mich geschlagen. – Die Polizei spricht dann einen Platzverweis und ein Kontaktverbot aus. Dann geht die Frau zum Zivilrichter, und dieser verhängt ein länger andauerndes Kontaktverbot. Das heißt, dabei liegt ein konkreter privater Vorfall vor. Die Betroffene – meist sind es ja die Frauen – schildert das.

In dem Fall, mit dem wir es hier zu tun haben, steht der einzelne Bürger der gesammelten Macht des Staates gegenüber. Das heißt, der Staat sammelt mit Hilfe seiner Geheimdienste und seiner Polizei Fakten oder eher Vermutungen. Er sagt, nach unserer Einschätzung ist die Vereinigung XY zwar nicht auf der Liste der terroristischen Vereinigungen, aber sie ist irgendwie gewaltbereit, und da gibt es bestimmte Personen, die – das wissen wir – ausgestiegen und dauernd dahin gegangen sind und Straftaten begangen haben. Deswegen ist auch die ursprüngliche Vereinigung gefährlich. – Das ist ein Beispiel. Das hat der Staat aufgrund seiner überlegenen Forschungsmittel herausbekommen. Dem kann der Einzelne nichts entgegensetzen. Er weiß das nicht. In einem Fall, den wir hatten, hatte ein Betroffener Leute, die einer solchen Gruppierung angehört hatten, mit dem Auto gefahren. In einem anderen Fall war der Betroffene als Dolmetscher beim Ausländeramt aufgetreten. Das sind alles Dinge, die für sich genommen nicht strafbar sind; aber wenn man sie in einen bestimmten Kontext stellt, dann kann es diesen Menschen aus Sicht der Behörde zum Gefährder machen. Das ist der Betroffene hilflos. Dagegen kann er sich nicht wehren. Wenn er "Das wusste ich nicht" oder "Gewalttaten habe ich nicht gewollt" sagt, dann kann man ihm glauben oder nicht. Das ist der Unterschied im Vergleich zu den Vorschriften des Gewaltschutzgesetzes für private Konflikte.

Es nimmt keiner Stellung zur Frage der Pflichtverteidigung. Natürlich ist der Mensch, der dort sitzt, hilflos, weil es sich keiner Mittel bedienen kann. Warum wird nicht wenigstens reingeschrieben: In dem Moment, in dem er in Haft kommt, muss ihm ein Anwalt gestellt werden, der dann versuchen kann, für ihn Informationen zu sammeln und zu argumentieren. Das ist aus meiner Sicht eine Minimalanforderung des Rechtsstaats.

SV Prof. Dr. Thomas Petri (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz): Zur Frage der In-gewahrsamnahme möchte ich mich enthalten. Zum Thema der "drohenden Gefahr" möchte ich feststellen: Das Gewaltschutzgesetz geht von einem ganz klaren Szenario aus, während bei diesem Gesetzentwurf die Szenarien so vielfältig sind, dass eine nähere Konturierung nicht möglich ist. Deswegen muss auf unbestimmte Rechtsbegriffe ausgewichen werden. Das ist ein Unterschied zum Gewaltschutzgesetz. Beim Gewaltschutzgesetz haben wir ein ganz konkretes Szenario. Dieser Gesetzentwurf sieht jedoch verschiedene Szenarien vor, sodass die Abstraktionsebene erhöht ist.

Ich würde davon abraten, den Begriff "Gewalttat" durch den Begriff "Straftat" zu ersetzen. Bei einer Gewalttat steht für mich außer Frage, dass damit eine Straftat, also strafbares Verhalten, gemeint ist. Der Begriff "Gewalttat" hat aber gegenüber dem Begriff "Straftat" den Vorzug, dass damit das bedrohte Rechtsgut definiert wird. Der Begriff "Gewalttat" impliziert eine physische Einwirkung. Dieser Begriff sagt etwas über die Art und Weise aus, wie die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes erfolgt. Wenn Sie den Begriff "Gewalttat" zugunsten des Begriffs "Straftat" aufgeben, wird das Feld so weit gefasst, dass nicht mehr spezifiziert wird, in welcher Weise die Bedrohung bedeutender Rechtsgüter erfolgt. Deshalb würde ich davon abraten.

Wenn Sie Cyber-Attacken in den Katalog aufnehmen wollen, würde ich dafür plädieren, dies in einem gesonderten Satz noch einmal zu formulieren. Die Formulierung könnte lauten: Entsprechend gilt für – – Das wäre sinnvoller als eine pauschale Ausdehnung auf den Begriff "Straftat".

Damit komme ich zu dem Begriff der "drohenden Gefahr". Dieser Begriff ist eine neue dogmatische Figur. Es gab immer wieder einmal eine Rechtsprechung, teilweise auch bei Obergerichten, bei der der tradierte Begriff der konkreten Gefahr variiert wurde. Letztlich ist dieser Begriff aber seit den Sechzigerjahren festgelegt. Meiner Erinnerung nach gibt es im 45. Band eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, mit der dieser Begriff "festgenagelt" wurde. Seither ist dieser Begriff, mit geringen Variationen, festgelegt. Was ist hier passiert? – Man wollte eine Kategorie einführen, die den Begriff der "konkreten Gefahr" eben nicht einengt. Dieser Begriff soll bleiben. Man wollte vielmehr etwas Zusätzliches schaffen. Zumindest habe ich den Gesetzestext so verstanden. Sollte das nicht so gemeint sein, müsste das in der Begründung des Gesetzes noch einmal klargestellt werden. Ich habe es so verstanden, dass

ein Add-on eingeführt werden soll. Das ist ein Unterschied zum Gefahrerforschungseingriff. Vor diesem Hintergrund sind kausalitätsunterbrechende Maßnahmen Gegenstand dieser Regelungen.

Damit komme ich zum Kontaktverbot und zum Richtervorbehalt. Frau Stockinger, es tut mir leid. Ich habe empfohlen, die Regelungen des § 55 des BKA-Gesetzes anzusehen. Hier geht es konkret um den Richtervorbehalt und um die Fragen, wer den Antrag für eine Maßnahme stellt, und wie der Richter in die Lage versetzt wird, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu beurteilen. Sprich: Die Antragsbegründung muss qualifiziert werden. Der Richter muss etwas an die Hand bekommen, um zu wissen, in welche Richtung eine Maßnahme gehen soll. Er muss wissen, ob er Auflagen für die Durchführung der Maßnahme erteilen muss. Der § 55 des BKA-Gesetzes wäre dafür eine Blaupause.

Nun zur Quellen-TKÜ: Ich möchte hier nicht den Eindruck erwecken, dass der Landesbeauftragte für den Datenschutz die Quellen-TKÜ befürworte. Ich stelle fest: Als Datenschutzbeauftragter befürworte ich überhaupt keine zusätzlichen Überwachungsmaßnahmen; ich habe sie zu beurteilen. Ich habe damals gesagt: Wenn die Quellen-TKÜ weiter betrieben werden soll, sollte dies bitte auf einer rechtsstaatlichen Grundlage erfolgen. Ich komme hier noch einmal auf das BKA-Gesetz zu sprechen und verweise auf ein paar Randnummern des BKA-Urteils. Wenn Sie sich die Randnummern 228 und 234 des BKA-Urteils ansehen, werden Sie feststellen, dass das Bundesverfassungsgericht gesagt hat, dass die Begrenzung auf die laufende Telekommunikationsüberwachung zuverlässig sichergestellt werden müsse.

Sollte diese Begrenzung auf die laufende Telekommunikationsüberwachung gegenwärtig nicht möglich sein, läuft diese Norm heute leer. Das macht diese Norm aber nicht verfassungswidrig. Der Gesetzgeber darf das. Der Gesetzgeber darf eine Quellen-TKÜ mit Maßgaben erlauben, die technisch nicht realisierbare Maßnahmen erfordern. Wenn die Polizei diese Maßgaben nicht erfüllen kann, darf sie diese TKÜ eben nicht durchführen. Das hat das Bundesverfassungsgericht explizit festgestellt. Wir werden das kontrollieren, Herr Prof. Dr. Schmidbauer. Wir werden dann wieder vorbeischaun. Wenn die Polizei die Maßgaben erfüllen kann, ist die TKÜ möglich, wenn nicht, muss die TKÜ solange unterlassen werden, bis die Maßgaben erfüllt werden. Das ist der Tenor dessen, was das Bundesverfassungsgericht gesagt hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Entscheidung sehr sorgfältig abgewogen; denn ein Landesverfassungsgericht hat ebenfalls eine Entscheidung getroffen und dabei genau in der Richtung des Bundesverfassungsgerichts argumentiert. Diese Fragestellung ist sinnvoll, da es perspektivisch gesehen in ein bis zwei Jahren technisch möglich sein kann, die genannten Maßgaben zu erfüllen. Deshalb ist es völlig in Ordnung, wenn der Gesetzgeber schon jetzt die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine solche Maßnahme festsetzt.

Ich möchte etwas zu Herrn Abg. Hanisch sagen, der über "rote Linien" und unbestimmte Rechtsbegriffe gesprochen hat. An bestimmten Punkten brauchen wir unbestimmte Rechtsbegriffe. Selbstverständlich kann man Formulierungen wie "das individuelle Verhalten einer Person" oder "die konkrete Wahrscheinlichkeit" als verschwurbelt bezeichnen. Diese Formulierungen zielen nicht darauf ab, die Wahrscheinlichkeitsanforderungen abzuschwächen. Vielmehr handelt es sich hier um Qualifizierungen. Würden diese Begriffe herausgenommen, würde damit auch die Qualifizierung wegfallen. Sie müssen sich überlegen, ob Sie das tatsächlich wollen. In diesem Fall müssten andere Formulierungen eingeführt werden, die eine entsprechende Qualifizierung leisten müssten.

Die Formulierung "individuelles Verhalten einer Person" bezeichnet ein ganz konkretes Verhalten. Man hätte auch die Formulierung "das konkrete Verhalten einer verdächtigen Person" wählen können. Das ist damit gemeint. Hier handelt es sich um einen Anknüpfungspunkt für eine Qualifizierung, der nicht aufgegeben werden sollte.

Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, vielgestaltige Sachverhalte zu regeln. Er hat nicht die Aufgabe, Einzelmaßnahmen zu regeln. Das ist die Aufgabe der Exekutiven. Der Gesetzgeber ist nicht daran gehindert, unbestimmte Rechtsbegriffe einzuführen, solange sie durch Rechtsauslegung, gerichtliche Entscheidungen und Rechtsfortbildungen konkretisierbar sind.

Sve Barbara Stockinger (Bayerischer Richterverein e. V., München): Herr Prof. Dr. Petri hat bereits einiges zu der an mich gerichteten Frage bezüglich Artikel 16 des Polizeiaufgabengesetzes gesagt, wo es um die Aufenthaltsge- und -verbote geht. Mit dem jetzigen Gesetzentwurf wird den Richtern so gut wie nichts an die Hand gegeben. Wir können allenfalls aus der vorliegenden Gesetzesbegründung "etwas Honig saugen". Dort ist von einem Erlaubnisvorbehalt die Rede. So muss es der betroffenen Person möglich sein, Arzt, Rechtsanwalt, soziale Einrichtun-

gen und Behörden aufzusuchen oder Gerichtstermine wahrzunehmen. In solchen Fällen soll die Person eine Ausnahme von dem Aufenthaltsge- und -verbot bekommen.

Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf wäre es durchaus möglich, zu begründen, dass eine Person in Hof besser als in München aufgehoben ist. Für die Richter ist diese Situation nicht wünschenswert. Ein Richter wird Probleme bekommen, wenn er das alles überprüfen muss. Wir haben nichts. Unter Umständen wird es nur eine mündliche Ansage an einen Probanden geben, dieses oder jenes zu tun oder zu unterlassen. Dann muss der Richter von vorne anfangen. Als Standard müsste zumindest das formuliert werden, was im BKA-Gesetz vorgesehen ist.

Das Gewaltschutzgesetz normiert noch keine "drohende Gefahr"; denn das Gewaltschutzgesetz setzt eine vorsätzliche, widerrechtliche Tat voraus, die Maßnahmen erfordert, um weitere Verletzungen abzuwenden.

SV Dr. Markus Löffelmann (Landgericht München I): Zunächst zur Frage von Frau Schulze: Der Richtervorbehalt hat die Funktion des präventiven Grundrechtsschutzes durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Bei besonders schweren Grundrechtseingriffen ist er im Artikel 13 Absatz 3 der Verfassung verankert. Das Bundesverfassungsgericht leitet ihn bei schweren Grundrechtseingriffen als absichernde Maßnahme aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab. Ich denke, dass das Kontaktverbot und die Aufenthaltsge- und -verbote eine solche Eingriffsintensität darstellen, dass ein Richtervorbehalt unverzichtbar ist.

Soweit sich Aufenthaltsgebote zu Freiheitsentziehungen zuspitzen, ist der Richtervorbehalt nach Artikel 104 des Grundgesetzes unmittelbar verfassungsrechtlich geboten. Aus der Natur dieser Maßnahme ergeben sich im Einzelfall schwierige Abgrenzungen, ob es sich um eine Freiheitsentziehung, eine Freiheitsbeschränkung, lediglich um einen Eingriff nach Artikel 11 des Grundgesetzes oder um einen intensiven Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit handelt. Gerade um solche schwierige Abgrenzungsfragen im Sinne des Grundrechtsschutzes qualifiziert beantworten zu können, ist die Einbindung eines Richters geboten.

Sie müssen sich vergegenwärtigen, dass Artikel 16 die Anordnung einer solchen Maßnahme nicht einmal im Rahmen des Polizeirechts an irgendwelche qualifizierten Anforderungen bindet. Es könnte zum

Beispiel ein Behördenleitervorbehalt vorgesehen werden. Das ist aber nicht der Fall. Somit können durch jeden einfachen Polizeibeamten solche Anordnungen bis zu einem Zeitraum von sechs Monaten erlassen werden. Ich denke, das geht zu weit.

Kurzfristige Observationsmaßnahmen können aufgrund von Generalklauseln angeordnet werden. Bei längerfristigen Maßnahmen – die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung meint damit einen Zeitraum von mehr als 24 Stunden – ist ein Richtervorbehalt erforderlich. Ein Aufenthaltsge- und -verbot ist nicht weniger eingriffsintensiv als eine Observation. Wenn eine solche Maßnahme länger als 24 Stunden dauern soll, glaube ich, dass ein Richter eingebunden werden muss.

Herr Schindler, ich teile Ihre Bedenken uneingeschränkt. Wir können seit etwa der Mitte der Neunzigerjahre feststellen, dass die Grenzen zwischen den verschiedenen Bereichen des Sicherheitsrechts zunehmend verschwimmen. Nichtsdestotrotz gibt es doch zentrale dogmatische Elemente, mit denen diese verschiedenen Bereiche gegeneinander abgegrenzt werden können. Im repressiven Bereich ist es am einfachsten; denn da muss eine Straftat begangen worden sein. Für die Abgrenzung zwischen dem Gefahrenvorfeld und der Gefahrenabwehr ist dieses zentrale, die polizeilichen Befugnisse limitierende Element gerade die konkrete Gefahr. Sollte dieser Begriff aufgegeben werden, würde das Polizeirecht grundlegend verändert.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Antiterrordatei erstmals, aber dafür sehr deutlich, die unterschiedlichen Aufgabenbereiche von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden definiert. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei ausdrücklich gesagt, die Polizei habe Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass. Hier taucht der Begriff der "konkreten Gefahr" wieder auf. Das ist der Grundsatz. Jede Ausnahme bedarf der Rechtfertigung. Das Verfassungsgericht hat nun sogenannte informationelle Eingriffe im Gefahrenvorfeld mehrfach zugelassen, dies aber auf die drohende Verletzung überragend wichtiger Rechtsgüter begrenzt. Solche Rechtsgüter seien Leib, Leben, der Schutz und der Bestand des Bundes oder eines Landes. Damit wird der Aufgabenbereich umschrieben, der typischerweise von den Nachrichtendiensten wahrgenommen wird.

Die Nachrichtendienste verwenden den Begriff der "drohenden Gefahr". Dieser Begriff ist Eingangsmerkmal im G 10 und dort in dienstespezifischer Weise eng auszulegen. Indem dieser Begriff in das

Polizeirecht überführt wird, wird das Polizeirecht ganz grundlegend verändert, vor allem deshalb, weil nicht nur informationelle Eingriffe legitimiert werden, sondern auch aktionelle Eingriffe, auch Eingriffe in den Kausalverlauf und Eingriffe mit einem repressiven Charakter. In meinen Augen handelt es sich hier um einen Paradigmenwechsel.

Herr Prof. Dr. Petri meinte, wenn man diese unbestimmten Rechtsbegriffe nicht möchte, müsste man dafür andere Begriffe einführen. Das ist genau der Punkt. Man müsste andere Formulierungen einführen und sich dabei an der Systematik orientieren, die sich aus den Entscheidungen des Verfassungsgerichts zum Verfahrensvorfeld deduzieren lässt. An manchen Stellen hat dies der Gesetzgeber getan, zum Beispiel bei den §§ 3 und 5 des G 10, wo bestimmte Straftatenkataloge aufscheinen. Auch bei den freiheitsentziehenden Maßnahmen der Besserung und der Sicherung ist dies geschehen. Hier gibt es Anhaltspunkte, allerdings ist das schwierig.

Herr Dr. Herrmann, Sie haben das Gewaltschutzgesetz angesprochen. Ich schließe mich hier meinen Vorrednern an. Der § 34 des StGB, der den rechtfertigenden Notstand regelt, liegt als Entschuldigungsgrund auf einer ganz anderen Ebene. Tatbestandlich geht es hier um ein strafbares Verhalten. Im Übrigen ist hier der Bereich der objektiven Drittwirkung von Grundrechten betroffen und nicht die hoheitliche Tätigkeit.

Nun zur Frage, ob der Begriff "Gewalttat" durch den Begriff "Straftat" ersetzt werden kann. Ich würde darin eine gewisse Konkretisierung sehen, allerdings würde dadurch an der maßgeblichen Stelle nichts geändert. Das wäre eine relativ klare Anbindung an den Begriff der "Straftaten von erheblicher Bedeutung", der mittlerweile ausjudiziert ist. Damit wird das Feld der mittleren Kriminalität bezeichnet. Hier zeigt sich, dass dieses Feld weit von terroristischen Bedrohungen und einer drohenden Verletzung überragend wichtiger Rechtsgüter entfernt ist.

SV Prof. Dr. Markus Möstl (Universität Bayreuth): Ich bündle meine Antworten. Zu den Aufenthaltsanordnungen möchte ich zwei Punkte anführen: Ich halte einen Richtervorbehalt nicht für erforderlich, weil und soweit durch diese Maßnahmen keine Eingriffe in die Freiheit der Person erlaubt werden. Es ist ganz einfach: Alles, was in die Freiheit der Person eingreift, ist auf der Basis dieser Norm nicht erlaubt. Ein Hausarrest kann damit nicht verhängt werden. Deshalb bedarf es auch keines Richtervorbehalts, wenn die Auflage erteilt wird, dass sich eine Person nicht aus einem bestimmten

Landkreis herausbewegen darf. Das verdichtet sich nicht zu einem Eingriff in die Freiheit der Person.

(SV Hartmut Wächtler (Rechtsanwaltskammer München): Und wenn er sich aus dem Ort oder aus einem Gebäude entfernt?)

Ich habe gerade gesagt, bei einem Gebäude ist die Schwelle überschritten. Ein Hausarrest kann mit dieser Regelung nicht verhängt werden. Wir kennen aber auch an anderen Stellen unserer Rechtsordnung ortsbezogene Auflagen. Diese sind möglich.

Heute war von einer "Verbannung in irgendwelche dünn besiedelten Orte" die Rede. Ich halte das für so fernliegend, dass ich mich wundere, warum diese Äußerung einen so großen Raum eingenommen hat. Wer sich die Fassung des Gesetzentwurfs ansieht, stellt fest, dass in erster Linie auf den Wohn- und den Aufenthaltsort abgehoben wird, aus dem sich eine gewisse Person nicht wegbewegen soll. Diese Norm kann nicht als Grundlage für die Verbannung von Personen in irgendwelche dünn besiedelten Gebiete angesehen werden.

Bei solchen Äußerungen schwingt immer mit, dass das Leben an bestimmten Orten an sich bereits ein Verstoß gegen die Menschenwürde sei. Glauben Sie, dass eine Regelung vor dem Verwaltungsgericht Bestand haben würde, mit der irgendwelche verdächtigen Personen weggeschafft werden sollen? Das ist alles richterlich überprüfbar. Diese Maßnahme ist offensichtlich so nicht gedacht.

Damit komme ich zum Präventivgewahrsam. Heute wurde mehrfach gesagt, mit dem Gesetzentwurf wäre eine Inhaftierung von Leuten möglich, die eine weiße Weste hätten und bei denen noch nie etwas vorgefallen ist. Hier ist ein völlig falscher Eindruck entstanden. Mit dieser Regelung ist es möglich, Störer in Gewahrsam zu nehmen, die für eine Gefahr nach dem Polizeirecht verantwortlich sind. Bei diesen Leuten muss vom Kausalverlauf her absehbar sein, was möglicherweise passieren könnte. Bei diesen Leuten ist also nicht von einer "weißen Weste" auszugehen. Dass diese Leute bereits eine Straftat begangen haben, ist nicht notwendig. Wir befinden uns hier nicht im Strafrecht, sondern im Polizeirecht, wo es um die Abwendung künftiger Straftaten und Rechtsgutverletzungen geht. Hier geht es nicht um die Strafverfolgung. Wir befinden uns hier nicht auf dem Gebiet der StPO, sondern in einem anderen Rechtsgebiet.

Die StPO wird auch nicht dadurch umgangen, wenn eine Person aus Gründen der Gefahrenabwehr inhaftiert wird. Ich glaube, dass für diese Maßnahme genügend rechtsstaatliche Sicherungen verankert

wurden. In der Nummer 3 geht es um Lagen, die sich bereits im Kausalverlauf abzeichnen. Ich halte es für sehr unwahrscheinlich, dass aus dieser Regelung sehr lange Inhaftierungen resultieren werden. Soweit die "drohende Gefahr" festgestellt wird, weil sich jemand einer Anordnung widersetzt hat, kommt ein zusätzlicher Umstand hinzu, nämlich dass durch die Widersetzung gegen eine Anordnung eine Gefahr gerechtfertigt wird. Der Richter muss in solchen Fällen eine Verhältnismäßigkeitsbeurteilung durchführen, ob angesichts der Gesamtmaßnahme eine Ingewahrsamnahme gerechtfertigt ist. Der Richter sieht dann, dass mildere Mittel, zum Beispiel ein Aufenthaltsge- oder -verbot oder eine Überwachung mit einer elektronischen Fußfessel, nicht gereicht haben. Diese milderen Mittel fallen dann weg. Dennoch muss die Maßnahme, die der Richter verhängt, zumutbar sein. Hier wird es keinen Vollzugsautomatismus geben.

Beim Begriff der "drohenden Gefahr" kommt nicht viel Neues hinzu, weil viele der bisherigen konkreten Fälle mit einer gewissen Großzügigkeit als konkrete Gefahr hätten bezeichnet werden können. Ich habe dargelegt, dass das Bundesverfassungsgericht diesen Begriff ziemlich eng sieht. Deshalb war es nötig, diese Lücke im Vorfeld zu schließen. Bei den Rechtsfolgen gibt es etwas Neues, vor allem im Hinblick auf die Kausalverlaufseingriffe. Diese Neuerungen sind jedoch zu rechtfertigen.

Soll der Begriff "Gewalttat" durch den Begriff "Straftat" ersetzt werden? – Der Begriff "Straftat" wäre im Gegensatz zu dem Begriff "Gewalttat" eher eine Ausweitung. Damit stellt sich die Frage, ob der Begriff "Straftat" in dieser Regelung in jeder Hinsicht verfassungskonform wäre. Ich habe den Begriff "Gewalttat" so verstanden, dass mit dieser Regelung eine auf die Landespolizei zugeschnittene Entsprechung zu dem geschaffen werden soll, was das Bundesverfassungsgericht zur Terrorabwehr gesagt hat. Ob diese Regelung tatsächlich auf alle Straftaten ausgeweitet werden sollte, müsste ich mir noch einmal durch den Kopf gehen lassen. Das ist nicht völlig unbedenklich.

Für richtig halte ich es, dass die Cyber-Kriminalität nicht vergessen worden ist. Eine Regelung nur für Gewalttaten zu erlassen, würde meiner Ansicht nach zu kurz greifen. Bei der Cyber-Kriminalität haben wir das gleiche Problem wie bei den Gewalttaten: Hier kann sehr schnell ein großer Schaden entstehen. Deshalb wäre es zu rechtfertigen, die Cyber-Kriminalität unter diese Regelung zu fassen. Ich würde dann aber empfehlen, eine eigene Fallgruppe anzu-

führen und die Cyber-Kriminalität nicht unter den Begriff "Straftaten" zu fassen.

In dem Gesetzentwurf sind unbestimmte Rechtsbegriffe vorhanden, aber nicht in einem ungewöhnlichen oder nicht handhabbaren Maße. Die unbestimmten Rechtsbegriffe sind von den Polizeibeamten und von den Richtern mit den üblichen Methoden auslegbar und handhabbar.

In § 19 haben wir Regelungen zur Pflichtverteidigung. Man kann darüber streiten, ob diese Regelungen ausreichen. Hier kommen wir aber wieder in den Bereich der StPO. Bei diesem Gesetzentwurf geht es noch nicht um Verteidigung. Noch wird niemand einer Straftat beschuldigt. Man könnte darüber nachdenken, ob es bei einer bestimmten Dauer der Inhaftierung sinnvoll wäre, die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts verpflichtend vorzuschreiben. Ich würde aber keine vorschnelle Analogie zur StPO ziehen.

SV Prof. Dr. Josef Franz Lindner (Universität Augsburg): Ich wundere mich über das Bild der Richterschaft, das hier gezeichnet wurde. Heute wurde vorgetragen, dass derjenige, dessen Gewahrsam verlängert werden soll, beweisen müsste, dass er nicht gefährlich sei. Die Darlegungs- und Beweislast liegt selbstverständlich nicht bei demjenigen, dessen Gewahrsam verlängert werden soll. Wenn die Polizei nichts vorträgt und der Richter der Meinung ist, dass das, was vorgetragen wurde, nicht ausreicht, dann muss der Richter eben nachfragen. Heute wurde behauptet, da der Richter nichts beurteilen könne, müsse er den Gewahrsam verlängern. Dieser Vorwurf hat mich nachhaltig irritiert. Der Richter ist auch Anwalt der Person, deren Gewahrsam verlängert werden soll. Der Richter muss objektiv sein. Der Richter hat nicht die Funktion, den Gewahrsam einer Person zu verlängern, wenn die Polizei sagt, dass dieser Gewahrsam verlängert werden sollte. Das Bild, das heute gezeichnet wurde, halte ich für grotesk.

SV Hartmut Wächtler (Rechtsanwaltskammer, München): Was Sie sagen, ist praxisfern. Nehmen wir einmal an, eine Person hat in der Vergangenheit die Organisation XY unterstützt und ihr durch strafrechtlich nicht relevante Maßnahmen geholfen. Daraufhin wurde diese Person in Haft genommen. Der Verfassungsschutz erklärt, dass er die Organisation, der diese Person geholfen hat, für terroraffin hält. Nach drei Monaten kommt die Person vor den Richter. Der Verfassungsschutz wird dann immer noch sagen, dass er diese Organisation für terroraffin hält. Was soll darauf der Beschuldigte sagen? Man hat

ihm doch schon vor drei Monaten nicht geglaubt. Er hat keine realistische Chance, sich gegen diesen Vorwurf zu wehren.

SV Dr. Markus Löffelmann (Landgericht München I): Ich möchte etwas zur Ehrenrettung der Richter sagen: Als Richter ist man an Recht und Gesetz gebunden. Den Richtern ist ein gewisser Anwendungsrahmen vorgegeben. Ich halte es für grotesk, dass Sie die Aufgabe des Gesetzgebers, diesen Rahmen so präzise wie möglich zu bestimmen, herunterspielen. Ich habe bereits auf die bestehenden Regelungen zu präventiven freiheitsentziehenden Maßnahmen hingewiesen und die bereits ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dargestellt. Diese Rechtsprechung ist ergangen. Bei den zuständigen Fachgerichten sitzen Richterinnen und Richter, die ihre Aufgabe sehr sorgfältig wahrnehmen.

SV Prof. Dr. Thomas Petri (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz): Ich möchte zunächst auf die Frage eingehen, inwieweit die "konkrete Gefahr im Vorfeld" durch einen "intensiveren Austausch" ersetzt werden kann. Das ist heute mehrfach angesprochen worden. Ich möchte darauf hinweisen, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Antiterrordatei darauf hingewiesen hat, dass es das Prinzip der informationellen Gewaltentrennung gebe. Danach ist es nicht uneingeschränkt möglich, dass Sicherheitsbehörden, die Informationen zu unterschiedlichen Zwecken sammeln, ihre Daten austauschen. Hier gibt es verfassungsrechtliche Grenzen, die auch gewünscht sind. Deshalb kann es durchaus sinnvoll sein, bei bestimmten Fallkonstellationen anders vorzugehen.

Ich würde davon abraten, Straftatenkataloge in das Gefahrenabwehrrecht einzuführen. Das gab es schon ein paar Mal. Das Bundesverfassungsgericht hat in diversen Entscheidungen anklingen lassen, dass es bei der Polizei eher um den Rechtsgüterschutz und weniger um die Strafbarkeit von möglichen Straftätern geht. Das Polizeirecht und das Strafverfahrensrecht verfolgen unterschiedliche Schutzrichtungen. Ich bitte Sie, das zu berücksichtigen. Hier sollte sehr vorsichtig vorgegangen werden.

Ich möchte noch einmal zu dem Begriff der "drohenden Gefahr" zurückkehren: Der Begriff der "drohenden Gefahr" ist konturiert. In dem vorliegenden Entwurf werden Merkmale und Voraussetzungen genannt, die erfüllt sein müssen. Die Maßgaben, die das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der akustischen und der optischen Wohnraumüberwachung und im Zusammenhang mit der Online-Durchsuchung ausgesprochen hat, sind nicht in

Bezug auf das überragend wichtige Rechtsgut generalisierbar. Im Bereich der informationellen Grundrechtseingriffe werden wir diese Konturierung hinnehmen können. Ob das jedoch bei der Ingewahrsamnahme, dem Kontaktverbot und den Aufenthaltsge- und -verboten möglich sein wird, maße ich mir nicht an zu beurteilen.

Abg. Dr. Hans Reichhart (CSU): Wir haben in Deutschland das Trennungsgebot. Wir müssen in Deutschland zwischen der nachrichtendienstlichen Tätigkeit und der Polizeitätigkeit unterscheiden. Die Feststellung, bei der Durchbrechung dieses Gebotes handle es sich um ein milderes Mittel, ist hanebüchen und zeigt, welche Intention hinter mancher Wortmeldung steckt.

Wir müssen außerdem zwischen dem Strafrecht und dem Gefahrenabwehrrecht trennen. Ich habe selbst in meiner beruflichen Tätigkeit als Richter im Rahmen der §§ 63 und 64 des Strafgesetzbuchs Gefahrenprognosen abgeben müssen. Die Richter haben unter anderem die Aufgabe, festzulegen, ob eine Person gefährlich ist oder nicht. Mir ist unklar, warum ein Richter im Strafrecht eine Gefahrenprognose abgeben darf, beim Gefahrenabwehrrecht aber nicht. Es gehört zu den ureigensten Aufgaben eines Richters, zu entscheiden, ob ein Beschuldigter, ein Angeklagter oder ein Gefährder in Haft genommen werden muss oder nicht. Wenn der Richter bei dieser Entscheidung Zweifel hat, ist er gehalten, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Die Richter in Bayern leisten eine hervorragende Arbeit. Ich kenne keinen Richter und keine Richterin, die eine Person in Haft lassen, weil sie ein schlechtes Gefühl haben. Ein Richter beschäftigt sich eher mit der Frage, wann eine Person wieder freigelassen werden kann. Wir sollten der Richterschaft Vertrauen entgegenbringen und sagen: Das sind keine Leute, die irgendjemanden wegsperren wollen. Die Richter wollen vielmehr dem Recht zur Durchsetzung verhelfen.

Bei der Überwachung mit einer Fußfessel müssen wir uns immer den konkreten Einzelfall vor Augen halten. Die Alternative zu dieser Maßnahme besteht darin, dass 12 oder 13 Polizeibeamte eine Person rund um die Uhr überwachen. Wir sollten ernsthaft darüber nachdenken, ob eine Fußfessel nicht das mildere Mittel ist. Mit dieser Maßnahme wird eine Regelungslücke geschlossen. Bis jetzt waren nur Gefährderansprachen möglich. Künftig können auch andere Maßnahmen ergriffen werden. Das ist gut so.

Landespolizeipräsident Prof. Dr. Wilhelm Schmidbauer (Innenministerium): Meine erste Anmerkung geht in Richtung von Frau Abg. Schulze,

die gefragt hat, ob der Begriff der "drohenden Gefahr" und die Regelung zur Fußfessel überhaupt nötig seien. So vielfältig, wie die Störer agieren, so vielfältig müssen auch die polizeilichen Abwehrmaßnahmen sein. Wir zielen nicht auf die Eigenschaften einer Person ab. Wir klassifizieren eine Person nicht als Gefährder und legen ihr dann eine Fußfessel an. Wir beziehen uns auf konkrete Verhaltensweisen einer Person. Hier müssen Tatsachen zugrunde liegen. Wir wollen, dass in dem Absatz 3 auf ein individuelles Vorverhalten oder Vorbereitungshandlungen abgestellt wird. Das ist dann ein wirklicher rechtsstaatlicher Fortschritt.

Solange die Polizei nicht weiß, was ein Störer plant, sind Observationen und verdeckte Maßnahmen das richtige Mittel der Wahl. Wenn Tatsachen vorliegen, die beweisen, dass eine Person Gewalttaten plant, wie sie im Absatz 3 genannt sind, können wir den Begriff der "drohenden Gefahr" und die Fußfessel anwenden.

Frau Abg. Stamm hat gefragt, inwieweit unsere Zahlen objektiv seien. Hier haben Sie mich missverstanden. Das subjektive Sicherheitsgefühl der Bevölkerung hat gelitten. In einzelnen Teilbereichen hat sich jedoch auch die objektive Lage verschlechtert. Ich erinnere nur an die Verletzten von Würzburg und Ansbach. Wir müssen nicht die Universität von Maryland zurate ziehen, um die Frage zu beantworten, ob in Deutschland Menschen bei Terroranschlägen verletzt worden sind.

Frau Abg. Schulze hat mich gebeten, den Begriff der "drohenden Gefahr" durch Beispiele zu untermauern. Ich nenne hier zunächst einmal die Terrorismusabwehr. Wenn eine Person Dateien zum Bombenbau herunterlädt, aber noch keine Vorbereitungshandlungen begangen hat, wissen wir nicht, wann und wo diese Bombe hochgehen soll. Im Rahmen der Gefahrenabwehr ist es aber sinnvoll und richtig, in diesem Fall die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen und nicht zu warten, bis die Bombe tickt.

Ich nenne noch ein weiteres Beispiel der Gefahrenabwehr außerhalb des Terrorismus, nämlich die Ereignisse auf der Kölner Domplatte. Die Kölner Polizei hatte bei der letzten Silvesternacht Erkenntnisse, dass sich wiederum junge Männer verabreden haben, Sexualdelikte zu begehen. Das ist ein typisches Beispiel dafür, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKA-Gesetz die "drohende Gefahr" definiert hat.

Ich möchte noch eine kurze Anmerkung zur Verschiebung der Gewaltenteilung machen, die hier beklagt worden ist. Die Polizei hat nicht den Wunsch, dass alle Entscheidungen auf die Richter übergehen; das ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht schöpft wohl ein gewisses Misstrauen aus der Weisungsabhängigkeit der Polizei von einem Politiker, nämlich dem Innenminister, das, so scheint es mir, nur ein unabhängiger Richter allein beseitigen kann. Mit dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird die Sicht der Freiheit in die Hand des Politikers gelegt. Herr Prof. Dr. Petri hat bereits gesagt, dass dies ein präventiver Grundrechtsschutz durch den Richter sei.

Damit komme ich zu meiner letzten Anmerkung. Heute wurde ein Bild an die Wand gemalt, wonach Betroffene von polizeilichen Maßnahmen völlig rechtlos seien. Zunächst möchte ich feststellen, dass der Richter Konturen hat, nach denen er entscheiden kann. Herr Prof. Dr. Petri hat zurecht darauf hingewiesen, dass wir in diesem Gesetzentwurf einen konturierten Rechtsgüterschutz sehen können. Das Verfahren vor Gericht läuft nach dem Gesetz über die Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) ab. Im § 417 Absatz 2 dieses Gesetzes ist geregelt, dass die Polizei diesen Antrag stellen muss. Dieser Antrag muss mit Tatsachen zur Erforderlichkeit der Maßnahme begründet werden. Wenn der Richter diese Angaben prüft, glaube ich, dass er die entsprechenden Konturen finden wird, die ihm das FamFG und das PAG an die Hand geben.

Ich stelle fest, dass es keines Strafverteidigers bedarf. Hier geht es nicht um ein Strafverfahren. Deshalb bedarf es keines Strafverteidigers, sondern eines Verfahrenspflegers. Dieser ist in § 419 des FamFG vorgesehen. Nach § 419 Absatz 1 soll der Richter einen Verfahrenspfleger bestellen. Die einzige Ausnahme, die vorgesehen ist, ist der Fall, dass ein Betroffener bereits einen Rechtsanwalt hat.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Diese Anhörung war sehr wichtig, da sich der Gesetzentwurf bereits in der parlamentarischen Beratung befindet. Der Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport wird diesen Gesetzentwurf am 31. Mai auf die Tagesordnung nehmen. Wir werden dann intensiv darüber diskutieren. Eine Grundlage für diese Diskussion werden die heutige Anhörung und die schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen sein. Ich bedanke mich namens des Ausschusses bei Ihnen für die Mühe, die Sie

sich gemacht haben und für die Zeit, die Sie sich genommen haben, um heute bei uns zu sein.

(Schluss: 13.24 Uhr)

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

Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen RiLG Dr. Markus Löffelmann zur

Anhörung

des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport

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

am 17. Mai 2017

I. Vorbemerkung

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

¹ BayLT-Drs. 17/16299, S. 1, 9.

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

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

II. Antworten zum Fragenkatalog

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

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

Antwort:

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

- (1) Schon in sprachlich-grammatischer Hinsicht ist der Begriff der „drohenden Gefahr“ wenig geeignet, eine neue Kategorie einer polizeirechtlichen Gefahr zu beschreiben. Der Begriff ist zum einen tautologisch. Gefahren sind drohende Verletzungen. Der Eigenschaft des Drohens kommt kein über den Begriffsumfang der „Gefahr“ hinausgehender Bedeutungsgehalt zu. Anders als bei den anderen anerkannten Begriffen der polizeirechtlichen Gefahrendogmatik beschreibt der Begriff der „drohenden Gefahr“ auch keine Qualität einer Gefahr. Während den gebräuchlichen Beifügungen („allgemein“, „abstrakt“, „konkret“, „dringend“, „gemein“, „gegenwärtig“, etc.) aufgrund ihrer semantischen Funktion als Attribute eine die Qualität des Substantivs verändernde und bestimmende Funktion zukommt, handelt es sich bei „drohend“ um ein aus einem Verb abgeleitetes Partizip, das keine Qualität, sondern einen Zustand kennzeichnet. In der Rechtsprechung des BVerfG, aus der die Entwurfsverfasser die Formulierung „drohende Gefahr“ übernehmen, wird diese nicht als zusammengesetzter Begriff gebraucht, sondern als Prädikat und Subjekt.⁴ Die Verwendung als zusammengesetzter Eigenbegriff führt zu unsinnigen Doppelungen (z. B. „eine im Einzelfall drohende drohende Gefahr“). Bereits unter sprachlichen Aspekten wäre daher eine andere Begriffsbildung vorzugswürdig.⁵
- (2) Der Gesetzentwurf übernimmt in Teilen wörtlich die Formulierung des BVerfG aus dem Urteil zum BKA-Gesetz⁶ in den Gesetztext, ohne die einzelnen Tatbestandsmerkmale systematisch zu ordnen und ihren Gehalt und Bezug zueinander zu klären.⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ BVerfGE 141, 220, 273.

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

¹⁵ BVerfGE 141, 220, 290 f.

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

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

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

¹⁷ BayLT-Drs. 17/16299, S. 9.

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

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

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

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

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

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

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

²³ Möstl, (Fn. 8), S. 180, der in der Folge (S. 181) zutreffend fordert, der Gefahrbegriff dürfe „nicht in der Weise ausgedünnt werden, daß er von seinem notwendigen Pendant, der Gefahrenabwehr entkoppelt und auf diese Weise der Weg freigemacht wird für eine beliebige Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwellen, wenn es nicht um die Abwehr, sondern ‚nur‘ um die Ermittlung der Gefahr geht.“

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

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

²⁶ Vgl. BVerfGE 120, 274, 328.

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

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

²⁷ BT-Drs. V/1879, S. 13 f.

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

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

³⁰ BVerfGE 133, 277, 327.

³¹ A. a. O.

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

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

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

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

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

Antwort:

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

³⁵ BVerfGE 141, 220, 272 f., 305.

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

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

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

Antwort:

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

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

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

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

³⁹ BVerfGE 120, 274, 328.

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

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

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

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

Antwort:

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

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

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

⁴² Vgl. BVerfGE 141, 220, 269 a. E.

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ BayLT-Drs. 17/16299, S. 11 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵¹ Vgl. BVerfG StV 2008, 421 ff.

⁵² BVerfGE 104, 220, 234.

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

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

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

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

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

Antwort:

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

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

Antwort:

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

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

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

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

Antwort:

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

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

Antwort:

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

3. Zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung:

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

Antwort:

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 9, 62.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ BVerfGE 120, 274, 310.

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

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

Antwort:

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

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

Antwort:

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

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

Antwort:

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

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

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

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

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

Antwort:

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

4. Zur Sanktionierung von Verstößen gegen die EAÜ:

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

Antwort:

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

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

⁷³ BVerfGE NJW 1999, 2231 ff.

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

Antwort:

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

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

Antwort:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antwort:

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

⁸¹ EGMR, NVwZ 2014, 43, 44 m. w. N.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antwort:

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁹ BVerfGE 129, 37, 47; 133, 40, 51.

⁹⁰ BGBl. I, S. 1838.

⁹¹ BGBl. I, S. 160.

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

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

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

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

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

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

Antwort:

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

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

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

⁹⁶ GVBl. S. 79.

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

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

Antwort:

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

7. Zur Wiedereinführung einer zweimonatigen Höchstspeicherfrist bei offenen Bild- und Tonaufzeichnungen in Art. 32 PAG sowie Art. 21a BayDSG:

- a. Wie beurteilen Sie die Ausweitung der Speicherfristen für die offene Videografie im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Gefahrenabwehr, Straftatenverhütung und im Einzelfall auch -verfolgung?**

Antwort:

Welchem „praktischen Bedürfnis¹⁰¹“ eine Ausweitung der Speicherfristen diene, wird in der Entwurfsbegründung nicht näher dargelegt. Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung von personenbezogenen Daten – um die es sich bei entsprechenden Videoaufzeichnungen zweifellos handelt – ist die Datenverwendung grundsätzlich auf den Zweck beschränkt, dem ihre Erhebung dient.¹⁰² Gelegenheit, Zweck, Art und Ausmaß der Informationserhebung und -verwendung müssen gesetzlich präzise festgelegt werden.¹⁰³ Maßnahmen nach Art. 32 PAG dienen unter anderem dem Schutz vor Begehung von Straftaten. Potenzielle Straftäter sollen durch die sichtbare Videoüberwachung davon abgeschreckt werden, Straftaten zu begehen, weil sie aufgrund der Aufzeichnung ein höheres Entdeckungs- und Überführungsrisko befürchten müssen. Durch die Aufzeichnung wird zugleich Vorsorge für

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

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

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

¹⁰¹ BayLT-Drs. 17/16299, S. 13.

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

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

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

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

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

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

Antwort:

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

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

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

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

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

III. Schlussbemerkung

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

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

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

¹⁰⁹ *BayLT-Drs. 17/16299*, S. 9.

¹¹⁰ *BayLT-Drs. 17/16299*, S. 1, 9.

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

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

München, den 12. Mai 2017

Dr. Markus Löffelmann

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

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

Universität Augsburg – Lehrstuhl Prof. Dr. Josef Franz Lindner – 86159 Augsburg

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

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

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

Universitätsstraße 24
86159 Augsburg

Telefon +49 (0) 821 598 – 4970

Telefax +49 (0) 821 598 – 14 4970

Josef.Lindner@jura.uni-augsburg.de

www.jura.uni-augsburg.de

Augsburg, den 11. Mai 2017

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

hier: schriftliche Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

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

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

1. Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ (Art. 11 Abs. 3 PAG-E)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ BVerfG, aaO, Rn. 112.

¹² BVerfG, aaO, Rn. 112.

¹³ BVerfG, aaO, Rn. 112.

schehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird¹⁴.

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

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

¹⁴ BVerfG, aaO, Rn. 112.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

—

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

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

4. Zur Sanktionierung von Verstößen gegen die EAÜ:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Zur Wiedereinführung einer zweimonatigen Höchstspeicherfrist bei offenen Bild- und Tonaufzeichnungen in Art. 32 PAG sowie Art. 21a BayDSG:

a) Wie beurteilen Sie die Ausweitung der Speicherfristen für die offene Videografie im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Gefahrenabwehr, Straftatenverhütung und im Einzelfall auch -verfolgung?

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

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

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

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

—

—



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zu Fragenkomplex 2 (Aufenthaltsverbote u.Ä.):

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

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

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

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

Zu Fragenkomplex 3 (EAÜ):

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

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

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

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

Zu Fragenkomplex 4 (Sanktionierung EAÜ):

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

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

Zu Fragenkomplex 5 (Gewahrsamnahme):

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

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

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

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

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

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

Zu Fragenkomplex 6 (Quellen-TKÜ):

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

Zu Fragenkomplex 7 (Speicherfrist bei offener Videografie):

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

Bayreuth, den 10.5.2017

Prof. Dr. Markus Möstl



Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz

Bayer. Datenschutzbeauftragter • PF 22 12 19 • 80502 München

Bayerischen Landtag
Ausschuss für Kommunale Fragen,
Innere Sicherheit und Sport

franz.segl@bayern.landtag.de

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
27.04.2017

Unser Zeichen
DSB/1-622/2-272-2

München, den 08.05.2017
Durchwahl: 089 212672 - 14

Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtags am 17. Mai um 10:30 Uhr zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299)

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

ich bedanke mich für die Einladung zur o.g. Anhörung und die damit einhergehende Gelegenheit zur Stellungnahme. Gleichzeitig möchte ich darauf hinweisen, dass ich mich im Rahmen meiner Funktion als Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz im Folgenden nur zu datenschutzrechtlichen Fragestellungen äußere. Auch bitte ich Sie um Verständnis, dass ich die Fragen teilweise aufgrund ihrer inhaltlichen Verknüpfung zusammenhängend beantworte. Unter dieser Maßgabe nehme ich zu dem vorliegenden Fragenkatalog wie folgt Stellung:

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

Allgemein möchte ich zur Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ zunächst Folgendes ausführen:

Im Rahmen der Ressortanhörung habe ich gegenüber dem Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr zum ersten Gesetzentwurf

Wagmüllerstraße 18
80538 München
Postfach 22 12 19
80502 München

Telefon: 089 212672-0
Telefax: 089 212672-50
<https://www.datenschutz-bayern.de>
E-Mail: poststelle@datenschutz-bayern.de

Verkehrsverbindungen:
U4/U5, Haltestelle Lehel
Bus Linie 100, Straßenbahn Linie 18
Haltestelle Nationalmuseum / Haus der Kunst

./.

- 2 -

Stellung genommen. Da die dortige Ausgestaltung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ meines Erachtens zu einer erheblichen Herabsenkung der Einschreitschwellen bei polizeilichen Standardmaßnahmen geführt hätte, hatte ich diesen ersten Gesetzentwurf deutlich kritisiert.

In der Folge habe ich mit dem Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr konstruktive Gespräche über die geplanten Änderungen der informationellen Eingriffsbefugnisse geführt. Als Ergebnis dieser Gespräche ist der Begriff der „drohenden Gefahr“ überarbeitet worden, wobei von mir nahegelegte Änderungsvorschläge wie folgt umgesetzt worden sind:

Der Begriff der drohenden Gefahr in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG-E wurde auf den Schutz „bedeutender Rechtsgüter“ (vormals: „öffentliche Sicherheit oder Ordnung“), die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E einzeln aufgeführt werden, begrenzt.

Zudem wurde die drohende Gefahr in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E auf „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“ beschränkt.

Des Weiteren wurde die Qualität der zu schützenden Rechtsgüter angehoben. So ist in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG-E nunmehr der Schutz „erheblicher Eigentumspositionen“ (statt des bloßem „Eigentums“) sowie in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG-E der Schutz von „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (statt: „Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse geboten erscheint“) vorgesehen.

Vor diesem Hintergrund kann ich nunmehr meine ursprünglich geäußerten Bedenken, die Einführung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ führe zu einer erheblichen Herabsenkung der Einschreitschwellen bei polizeilichen Standardmaßnahmen, im Grundsatz zurückstellen.

- 3 -

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

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei der Kategorie der „drohenden Gefahr“ bundesweit um eine neue Gefahrenkategorie handelt, die im Vorfeld der konkreten Gefahr anzusiedeln ist. Aufgrund der oben genannten Einschränkungen und vor dem Hintergrund, dass der Schutz vor massiven Gewalttaten einen legitimen Gesetzeszweck darstellt, ist nach meiner Einschätzung eine verfassungskonforme Auslegung des Begriffes der „drohenden Gefahr“ möglich. Hinsichtlich des Urteils des BVerfG zum BKAG vom 20.04.2016 möchte ich allgemein darauf hinweisen, dass die Überlegungen dieses Urteils nur bedingt auf die vorliegende Thematik übertragbar sind, da sich die Entscheidung auf informationelle Datenerhebungen bei verdeckten Maßnahmen bezieht, während der Gesetzentwurf Standardmaßnahmen betrifft, die neben dem Persönlichkeitsrecht auch andere Grundrechte beeinträchtigen.

Die Praxistauglichkeit des neuen Gefahrenbegriffs muss sich erst noch erweisen.

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

Aufgrund der Bezugnahme des Art. 11 Abs. 3 PAG-E auf Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung wird der Begriff der drohenden Gefahr beschränkt und, wie oben ausgeführt, eine verfassungskonforme Auslegung möglich. Diese Beschränkung wirkt sich zugleich einschränkend auf alle Standardmaßnahmen aus, die auf den Begriff der „drohenden Gefahr“ Bezug nehmen.

./.

- 4 -

Die Begrifflichkeit „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ umfasst beispielhaft auch (nichtterroristische) Amoklagen, deren Abwehr zu den Aufgaben der Bayerischen Polizei gehört. Die Verhinderung von Amoklagen, und hiermit verbunden der Schutz von hochwertigen Rechtsgütern, ist, wie ebenfalls bereits oben ausgeführt, ein legitimer Gesetzeszweck.

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

Meinen einleitenden Ausführungen kann ich diesbezüglich anfügen, dass der Rechtsgüterkatalog in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E grundsätzlich nur hochwertige Rechtsgüter auflistet. Bezüglich Nr. 4 des Katalogs ist anzumerken, dass es sich um „erhebliche Eigentumspositionen“ handeln muss. Durch diese Qualifizierung ist zumindest eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes möglich.

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

Diesbezüglich darf ich auf meine einleitenden Ausführungen sowie meine Antworten zu 1a) und 1b) verweisen.

- 2. Zur Anordnung von Kontaktverboten, Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten nach Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Nr. 4, Art. 32 a Abs. 1 Satz 2 PAG-E und zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ)**

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

./.

- 5 -

ren nach Art. 11 Abs. 3, und wie beurteilen Sie die Erforderlichkeit der polizeilichen Maßnahmen des Art. 16 Abs. 2 PAG-E im Hinblick auf die polizeiliche Praxis?

- b) Halten Sie die Normierung eines Richtervorbehalts bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E wie in § 55 Abs. 3 Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes BT-Drucksachen 18/11163, 18/11326 (BKAG Entwurf) für erforderlich? Wenn ja, wie begründen Sie den Richtervorbehalt? Wenn nein, halten Sie die gesetzliche Normierung eines qualifizierten Anordnungsvorbehalts für erforderlich?**
- c) Halten Sie (weitere) maßnahmenspezifische Regelungen wie in § 55 Abs. 4 und 5 BKAG Entwurf bei den Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E für erforderlich und wenn ja, warum?**
- d) Wie bewerten Sie die Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E in Verbindung mit der Möglichkeit einer Ingewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E?**
- e) Wie bewerten Sie die Verbindung der Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG-E mit der Möglichkeit einer EAÜ-Anordnung nach Art. 32a Abs. 1 Satz 2 PAG-E?**

Auch hier möchte ich zunächst auf meine einleitenden Ausführungen und meine Antworten zu 1a) und 1c) verweisen.

Insbesondere erscheint durch die - im Vergleich zum ersten Entwurf - vorgenommene Anhebung der Qualität der zu schützenden Rechtsgüter eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung möglich.

Art. 16 Abs. 2 PAG-E sieht – mit Ausnahme der Befristungsregelung des Art. 16 Abs. 2 S.2 PAG-E – keine grundrechtssichernden Verfahrensvorschriften vor. Angesichts der Eingriffsintensität der Maßnahmen und der vom BVerfG entwickelten Wesentlichkeitslehre sollten meines Erachtens aber weitere flankierende Schutzmaßnahmen im Gesetz selbst geregelt werden und nicht etwaigen Vollzugsvorschriften vorbehalten bleiben. Im Rahmen der Ressortanhörung habe ich daher entsprechende, insbeson-

./.

- 6 -

dere an § 55 Abs. 3 bis 6 BKAG-E angelehnte Empfehlungen für grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften gegeben, die ich auch weiterhin für sinnvoll erachte.

3. **Zur Einführung einer präventivpolizeilichen Elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ):**
- a) **Wie bewerten Sie allgemein die Einführung einer derartigen Befugnis (auch) im Landespolizeirecht, insbesondere im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit, die Praxistauglichkeit und im Verhältnis zu weiteren bundesrechtlichen Regelungen der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung?**
 - b) **Wie bewerten Sie – wiederum unter Berücksichtigung der weitergehenden landespolizeilichen Zuständigkeit – die in Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG-E erfolgte Bezugnahme auf den Schutz von Rechtsgütern im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 PAG-E?**
 - c) **Wie beurteilen Sie die einer ausdrücklichen, richterlichen Anordnung oder Bestätigung bedürftige, unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Befugnis zur Erstellung eines Bewegungsbildes?**
 - d) **Wie bewerten Sie die Regelungen zu Umfang, Verarbeitung und Löschung der durch Art. 32a Abs. 1 PAG-E erhobenen Daten der von der Maßnahme betroffenen Person?**
 - e) **Halten Sie eine gesetzliche Konkretisierung im Hinblick auf die Antragsbefugnis der Maßnahme bei Gericht und die an den Antrag zu stellenden Anforderungen für erforderlich?**

Grundsätzlich gelten auch hier meine einleitenden Ausführungen und meine Antworten zu 1a),b) und c).

Zur Praxistauglichkeit dieses Überwachungsmittels ist Folgendes anzumerken: Zwar hat sich, etwa im Zusammenhang mit Sexualstraftätern, die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht durchaus als umsetzbar erwiesen. Gleichwohl hat in Bayern trotz entsprechender Überwachung ein aus der Sicherungsverwahrung entlassener

./.

- 7 -

Sexualstraftäter erneut ein Kind missbraucht. Auch sei an den Fall der beiden islamistisch motivierten Mörder eines Priesters im französischen Rouen im August 2016 erinnert, von denen einer ebenfalls eine elektronische „Fußfessel“ trug. Diese Beispiele zeigen, dass eine elektronische Aufenthaltsüberwachung einen überzeugten und entschlossenen Täter nicht von seiner geplanten Tat abhalten wird. Allerdings stellen solche Einzelfälle die Praxistauglichkeit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung nicht generell in Frage. Es ist durchaus vorstellbar, dass eine elektronische Aufenthaltsüberwachung einen Abschreckungseffekt entfaltet und zum Beispiel einen Gefährder, der in seiner Radikalisierung noch nicht gefestigt ist, von einer beabsichtigten Tat abhält. Letztlich wird erst die Praxis die Erforderlichkeit und Geeignetheit dieser Überwachungsmaßnahme, auch im Verhältnis zu weiteren (bundes-) rechtlichen Regelungen der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, zeigen können.

Die in Art. 32a Abs. 2 S. 3 PAG-E enthaltene Möglichkeit, die erhobenen Daten zur Erfüllung des Überwachungszwecks zu einem Bewegungsbild zu verbinden, sehe ich aus datenschutzrechtlicher Sicht grundsätzlich kritisch. Jedoch wurde im Vergleich zum ersten Entwurf Art. 32a PAG-E (neben dem bereits in Art. 32a Abs. 3 S. 1 PAG-E vorgesehenen Richtervorbehalt für die Anordnung der Maßnahme) um einen Richtervorbehalt für die Erstellung eines Bewegungsprofils (Art. 32a Abs. 2 S. 3 PAG-E) ergänzt. Hierdurch ist eine sinnvolle grundrechtssichernde Verfahrensvorschrift eingezogen worden.

Im Rahmen der Ressortanhörung habe ich empfohlen, die Speicherungs- bzw. Lösungsfrist der Daten in Art. 32a Abs. 6 S.1 PAG-E von sechs auf zwei Monate zu verkürzen. Diese Anregung hat das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr in dem vorliegenden Entwurf aufgegriffen. Daneben habe ich weitere Empfehlungen für grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften gegeben, die ich auch weiterhin für sinnvoll erachte. Insbesondere sollte im Gesetz klargestellt werden, dass die Maßnahme unverzüglich zu beenden ist, wenn die Voraussetzungen der

./.

- 8 -

Anordnung nicht mehr vorliegen. Auch sollte im Gesetz eine zweijährige Aufbewahrungsdauer für die in Art. 32a Abs. 6 S. 2 PAG-E vorgesehenen Protokolldaten vorgesehen werden.

- 4. Zur Sanktionierung von Verstößen gegen die EAÜ:**
- a) Halten Sie die hier vorgesehene Einführung eines zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E für verfassungsmäßig und geeignet zur Zweckerreichung (auch aus praktischer Sicht)?**
 - b) Wäre, ggf. auch zusätzlich, die Einführung eines landesrechtlichen Straftatbestands (auf Grund Art.3 Abs. 1 EGStGB beschränkt auf maximal 2 Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe) oder zumindest eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes erforderlich?**
 - c) Wie beurteilen Sie im Falle eines an Stelle des zusätzlichen Tatbestands der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E tretenden landesrechtlichen Straftatbestandes dessen etwaige Effektivität zur Abwehr greifbarer Gefahrenlagen in Anbetracht des in Ziff. 4b) genannten möglichen Strafrahmens und der gerade bei Ersttätern zu erwartenden Strafen, aber auch der strengen materiellen Voraussetzungen der strafprozessualen Untersuchungshaft?**
- 5. Zu den Ergänzungen und Änderungen bei der Gewahrsamnahme in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 sowie Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E:**
- a) Wie beurteilen Sie die Einfügung eines zusätzlichen Gewahrsamnahmetatbestandes für Fälle der konkreten Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E, insbesondere hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit (auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR) und die Praktikabilität? Wäre auch ein Gewahrsamnahmetatbestand für Fälle einer drohenden Gefahr für bestimmte bedeutende Rechtsgüter verfassungsgemäß?**
 - b) Wie bewerten Sie die an Stelle einer absoluten gesetzlichen Obergrenze für eine Gewahrsamnahme tretende Begrenzung auf drei Monate mit jeweils entsprechender Verlängerungsmöglichkeit in Art. 20 Nr. 3 Sätze 2 und 3 PAG-E?**

- 9 -

Zu den Fragen 4 und 5 treffe ich mangels unmittelbarem datenschutzrechtlichem Bezug keine Aussage.

- 6. Zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung für die präventivpolizeiliche Maßnahme der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) nach Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. Art. 34c PAG-E**
- a) Erfüllt die Regelung des Art. 34a Abs. 1a PAG-E i.V.m. den Regelungen des Art. 34c PAG-E die verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere die das BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.4.2016 (Rn. 228 ff., 234) aufgestellt hat? Wenn nein, wo sehen Sie die verfassungsrechtlichen Defizite?**
 - b) Halten Sie es für geboten, dass der Gesetzgeber - obwohl die Quellen-TKÜ nach Art. 34a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 PAG-E nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung und Aufzeichnung auf die laufende Telekommunikation erlaubt ist - wegen des für die Quellen-TKÜ erforderlichen Zugriffs auf das informationstechnische System der betroffenen Person, eine Unterrichtungspflicht der Staatsregierung an den Landtag vergleichbar der Unterrichtung über die Datenerhebung aus dem verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme nach Art. 34d Abs.8 PAG normiert?**

Diesbezüglich möchte ich zunächst darauf hinweisen, dass ich mich bereits 2012 ausführlich mit der Quellen-TKÜ auseinandergesetzt und hierzu einen umfangreichen Prüfbericht (abrufbar über meine Homepage) erstellt habe.

Auch wenn die bestehende Regelung für eine Quellen-TKÜ im BKAG der Prüfung des BVerfG bislang Stand gehalten hat, halte ich an meinen im Prüfbericht ausgesprochenen Verfahrensempfehlungen fest.

Teilweise wurden diese Empfehlungen im vorliegenden Gesetzentwurf auch berücksichtigt (siehe die Benachrichtigungspflicht in Art. 34 c Abs. 2 Satz 2 PAG-E).

Unabhängig davon würde ich eine Unterrichtungspflicht der Staatsregierung an den Bayerischen Landtag begrüßen.

./.

- 10 -

- 7. Zur Wiedereinführung einer zweimonatigen Höchstspeicherfrist bei offenen Bild- und Tonaufzeichnungen in Art. 32 PAG sowie Art. 21a BayDSG:**
- a) Wie beurteilen Sie die Ausweitung der Speicherfristen für die offene Videografie im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Gefahrenabwehr, Straftatenverhütung und im Einzelfall auch -verfolgung?**
 - b) Ist das gewählte Modell einer Höchstspeicherfrist (gegenüber beispielsweise dem Modell einer verpflichtenden Regelspeicherfrist) für diese Zwecke geeignet und die gewählte Höchstspeicherfrist von zwei Monaten hierfür auch ausreichend?**

Da es sich um eine Höchstspeicherfrist handelt, habe ich keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da diese abhängig von der Erforderlichkeit im Einzelfall ist. Eine Regelspeicherfrist könnte dagegen gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit verstoßen; umso mehr als mir aufgrund meiner umfassenden Prüf- erfahrung kein einziger Fall bekannt ist, in dem die Polizei es für erforderlich gehalten hätte, die derzeit geltende Höchstspeicherfrist von drei Wochen zu überschreiten.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Thomas Petri



Fenster

Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

97070 Würzburg
Domerschulstraße 16
Telefon: (0931) 31-8 82335
E-Mail: Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de
Sekretariat: E. Fickenscher

Würzburg, den 10.5.2017

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (LT-Drs. 17/16299)

I. Ausgangssituation

Ausgehend von der zutreffenden Erkenntnis, dass die öffentliche Sicherheit in immer stärkerem Umfang durch terroristische Taten gefährdet ist, bedarf es vor allem rechtlicher Instrumente, um im Vorfeld von Gefahren auch dann bereits tätig zu werden und um auf diese Weise mit präventivpolizeilichen Mitteln auf die unbestreitbare Bedrohungslage reagieren zu können.

Vor diesem Hintergrund hat die Bayerische Staatsregierung einen Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vorgelegt,

- LT-Drs. 17/16299 vom 4.4.2017 -

der die polizeilichen Befugnisse zur Überwachung der von Seiten der Sicherheitsbehörden als gefährlich eingeschätzten Personen, insbesondere sog. „Gefährder“, insbesondere aus dem terroristischen und extremistischen Spektrum, normiert. Dabei stehen – neben der Einführung der sog. „drohenden Gefahr“ als zusätzlicher Gefahrenbegriffskategorie – in Sonderheit die Einführung einer präventivpolizeilichen elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ bzw. „elektronische Fußfessel“) sowie die Aufhebung der bisherigen Höchstfrist von zwei Wochen für die Dauer des Präventivgewahrsams im Zentrum des Interesses.

II. Entscheidungsvorschlag

Der Gesetzentwurf der Staatsregierung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und sollte daher in der vorliegenden Form vom Landtag verabschiedet werden.

III. Begründung

1. Vorbemerkung

Mit dem hier vorliegenden Gesetzentwurf wahrt der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise die Balance von Freiheit und Sicherheit,

- vgl. dazu ausführlich *Isensee*, Freiheit und innere Sicherheit, in: Schwarz (Hrsg.), 10 Jahre 11. September – Die Rechtsordnung im Zeitalter des Ungewissen, 2012, S. 9 ff.; Schwarz, Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat, in: Blaschke/Förster/Lump/Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 29 ff. -

die maßgeblich auch durch die Aussage geprägt wird, dass das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer den vorrangigen Schutz des Staates verdient.

- ausführlich *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (211 f.) -

Der Sache nach geht es bei der Novellierung des BayPAG um Freiheitsgewährleistung durch Freiheitsbeschränkung.

- vgl. grundlegend BVerfGE 49, 23 (56 f.): *„Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlichen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“* -

Vor diesem Hintergrund billigt auch das Bundesverfassungsgericht der zu gewährleistenden Sicherheit der Bevölkerung den gleichen Rang zu wie anderen hochwertigen Verfassungsgütern.

- BVerfGE 49, 24 (46 f.); 115, 320 (346, 357); 120, 274 (319); 133, 277 (333); zuletzt auch BVerfG, Urf. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

Dies gilt umso mehr angesichts einer veränderten Bedrohungslage und einer veränderten Bedrohungsqualität; der Staat ist zur Risikovorsorge und Risikominimierung verpflichtet.

- zum verfassungsrechtlichen „...Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge...“ vgl. nur BVerfGE 49, 89 (139). -

Insoweit ist der Schutz der Bevölkerung im Vorfeld vor der Begehung schwerster Straftaten ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Wer dem Staat präventive Mittel – und dies erfasst auch Vorfeldmaßnahmen – aus der „grundrechtsgebundenen“ Hand nehmen will, läuft Gefahr, den Staat und die Gemeinschaft der rechtstreuen Bürger wehrlos gegenüber Bedrohungen zu machen, die die Werte einer freiheitlich verfassten Gemeinschaft gerade negieren.

Vor diesem Hintergrund begegnet aber auch eine sachgerechte und aus gegebenem Anlass gebotene Änderung polizeilicher Befugnisse keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

- BVerfGE 115, 320 (360): „Die Verfassung hindert den Gesetzgeber nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen (...) auf der Grundlage einer seiner Prärogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln. Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.“ -

2. Der Begriff der „drohenden“ Gefahr

Der Gesetzgeber hat mit der Kategorie der „drohenden“ Gefahr in Art. 11 Abs. 3 BayPAG-E eine – an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelehnte und damit verfassungsrechtlich frei von Bedenken – Vorverlagerung in das Gefahrenvorfeld vorgenommen. Dies trägt dem Gedanken Rechnung, dass regelmäßig bei „Gefährdern“ gerade nicht von einer konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts ausgegangen werden kann, gleichwohl aber auch bei drohenden Gefahren im Vorfeld konkreter Gefahren die Notwendigkeit zu polizeilichen Maßnahmen gegeben sein kann.

Wenngleich präventiv-polizeiliches Handeln auf der Grundlage der Generalklausel bislang an das Vorliegen einer konkreten Gefahr gebunden war und das Gefahrenvorfeld gerade nicht pauschal erfasst wurde, so ändert der Gesetzentwurf dies in grundlegender, aber verfassungskonformer, Weise. Dies folgt vor allem aus dem Umstand, dass Art. 11 Abs. 3 BayPAG-E die Polizei nicht etwa zu den gleichen Maßnahmen ermächtigt, wie dies auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 1 und 2 BayPAG möglich wäre; vielmehr kann die Polizei bei einer drohenden Gefahr die notwendigen Maßnahmen treffen, „um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr (...) zu verhindern.“ Im Ergebnis wird daher die Generalklausel nicht etwa auf das Gefahrenvorfeld erstreckt; vielmehr erfährt die Generalklausel eine Ergänzung für eine bestimmte Fallgestaltung und erweist sich damit für die genannten Anwendungsbereiche als speziellere und zugleich auch engere Vorschrift.

Der Gesetzgeber hat zudem die Anwendung der Eingriffsbefugnis nicht bei allen denkbaren drohenden Gefahren normiert; vielmehr wird nach dem betroffenen Rechtsgut einerseits (bedeutende Rechtsgüter im Sinne von Satz 2) und nach der Begehungsart andererseits (Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung) differenziert. Auch die Auswahl der Rechtsgüter begegnet keinen Bedenken, da anders als bei heimlichen – und eingriffsintensiven – Überwachungsmaßnahmen auch offene Maßnahmen von der Generalklausel erfasst werden.

Mit dem Gesetzentwurf wird zum einen zu Maßnahmen der bloßen „Gefahraufklärung“, also zu informativen Maßnahmen ohne eingriffsintensiven Eingriff in einen Kausalverlauf ermächtigt. Dies

ist rechtsstaatlich nicht zu beanstanden; vielmehr ist eine solche Regelung geboten, da eine effektive Gefahrenabwehr eine entsprechende Gefahrenaufklärung geradezu voraussetzt, um so eine Prognoseentscheidung über eine Gefahrenlage überhaupt erst zu ermöglichen.

Soweit der Gesetzentwurf dagegen auch gestattet, die Entstehung einer Gefahr zu verhindern und damit in einen potentiell schadensträchtigen Kausalverlauf eingegriffen werden kann, ist dies nicht unproblematisch, da grundsätzlich solche Eingriffe erst ab dem Vorliegen einer konkreten Gefahr zulässig sind. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum BKAG eine drohende Gefahr nur bei Maßnahmen der Gefahrenaufklärung als zulässig angesehen hat, nicht aber auch Kausalverlaufseingriffe für zulässig erachtet hat, so betritt der Gesetzgeber hier zumindest Neuland. Indes sind auch diese aktionellen Maßnahmen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da sie von Verfassungs wegen zu rechtfertigen sind. Gerade in Ansehung der in Bezug genommenen Rechtsgüter erscheint es befremdlich – und auch realitätsfern – im Gefahrenvorfeld nur die Gefahrforschung zu gestatten, dann aber bis zur konkreten Gefahr warten zu müssen, um aktionelle Handlungsbefugnisse in Anspruch nehmen zu können. Dementsprechend wird eine Berufung auf die Generalklausel dann zulässig sein, wenn aktionelle Maßnahmen tatsächlich erforderlich sind, um den Schutzauftrag zu erfüllen. Sind also für sich genommen Gefahraufklärungsmaßnahmen im Vorfeld nicht ausreichend, darf subsidiär auch im Vorfeld in Kausalverläufe eingegriffen werden.

3. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung

Die in Art. 32a BayPAG-E geregelte elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) begegnet, auch soweit sie an das Vorliegen einer drohenden Gefahr anknüpft, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, handelt es sich doch um ein prinzipiell geeignetes und verhältnismäßiges Mittel. Dies gilt in Sonderheit im Vergleich zu einer doch deutlich eingriffsintensiveren Dauerobservation. Im Übrigen hat der Gesetzgeber eine Vielzahl flankierender Regelungen getroffen, die einen Grundrechtsschutz durch Verfahren hinlänglich gewährleisten.

Mit der Möglichkeit der EAÜ für „Gefährder“, die eine nicht unerhebliche Gefahr aufgrund ihres „kriminellen Potentials“ darstellen, trägt der Gesetzgeber dem Gedanken Rechnung, dass auch das Polizeirecht ein Seismograph für Veränderungen der politischen Wirklichkeit ist. Vor diesem Hintergrund ist der Einsatz einer EAÜ auch Konsequenz des Umstandes, dass der Gesetzgeber nicht auf die einem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechenden Eingriffsbefugnisse beschränkt ist. Die gesetzliche Regelung erweist sich damit als eine sachgerechte Abwägung zwischen Schutzanspruch und Eingriffsintensität. Sie ist eine Mindermaßnahme gegenüber der im Einzelfall auch zulässigen präventiven Ingewahrsamnahme.

4. Die Dauer des Gewahrsams

Mit der in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayPAG-E geregelten Möglichkeit der Ingewahrsamnahme aus präventiven Gründen als „ultima ratio“ handelt es sich zwar um einen Eingriff von erheblicher Intensität. Indes ist dieser Eingriff auch zur Abwehr einer „drohenden“ Gefahr statthaft. Allerdings erscheint es gerade im Gefahrenvorfeld aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, den Gewahrsam erst dann als Mittel präventivpolizeilichen Handelns einzusetzen, wenn Überwachungsmaßnahmen, Aufenthaltsanordnungen sowie eine EAÜ, bei deren Nichtbeachtung eine Ingewahrsamnahme dann auch möglich ist, sich als nicht ausreichend erweisen, um einen gravierenden Schaden für die in Bezug genommenen Rechtsgüter zu verhindern.

Auch die im Gesetzentwurf (Art. 20 Nr. 3 BayPAG-E) nunmehr vorgesehene Begrenzung der Ingewahrsamnahme auf drei Monate mit der Möglichkeit der wiederholten Anordnung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, bringt der Gesetzgeber damit doch zum Ausdruck, dass auch bei nicht akuten Gefahrenlagen gleichwohl ein entsprechendes Bedürfnis bestehen kann. Im Übrigen ist eine Höchstgrenze verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.

- vgl. nur *Lindner*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., 2017, Art. 102, Rdnr. 33; ausführlich zum Problem staatlicher Schutzpflichten in diesem Kontext auch *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl., 2014, Art. 20 Rdnr. 19 -

Allerdings bedarf es einer strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die mit Fortdauer der Ingewahrsamnahme gesteigerten Anforderungen unterliegt, wie dies aber auch bei der Untersuchungshaft mit periodischen Überprüfungen nach Maßgabe von § 121 StPO vorgeschrieben ist. Vor diesem Hintergrund steht auch keine Präventiv-Haft als Umkehr der Unschuldsvermutung in Rede; es handelt sich um einen auf einen engen Anwendungsbereich bezogene Maßnahme, die auch den Anforderungen der Rechtsprechung an präventive Haft

- *BVerfG*, NVwZ 2016, 1079; *EGMR*, NVwZ 2014, 43 ff. -

genügen dürfte, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen entsprechend restriktiv ausgelegt werden.

- so auch in der Bewertung *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (59) -

gez. Kyrill-A. Schwarz

Bayerischer Richterverein e.V.



Stellungnahme des Bayerischen Richtervereins e.V.

zum Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen

Extremistische Gewalttaten und Terrorbedrohung haben im Laufe des vergangenen Jahres die Bundesrepublik Deutschland erschüttert. Die Erkenntnisse der Polizeibehörden und die Strafverfolgungsstatistiken zeigen, dass der innere Friede und die innere Sicherheit nicht nur in der öffentlichen Wahrnehmung, sondern auch real heute mehr denn je gefährdet sind. Vor diesem Hintergrund ist es richtig und wichtig, seitens des Gesetzgebers nach Mitteln und Wegen zu suchen, wie diese Bedrohungen für den Staat und seine Bürger möglichst effektiv auch durch Gesetzesänderungen sowohl im Bereich der Prävention als auch der Repression bekämpft werden können. Es liegt nahe, dass hierbei insbesondere geprüft werden muss, in welcher Weise das bestehende Instrumentarium polizeilicher Präventivmaßnahmen ausgeweitet werden kann, um terroristischen und extremistischen Gefahren frühzeitig zu begegnen und die Begehung von Straftaten soweit möglich zu unterbinden.

Gleichwohl dürfen in dem Bemühen, Sicherheit und Ordnung im Staat zu wahren und zu schützen grundlegende Verfassungsprinzipien, namentlich die unveräußerlichen Freiheitsrechte des Einzelnen, nicht uneingeschränkt zur Disposition gestellt werden. Die nach dem Gesetzesentwurf geplanten Änderungen des PAG bergen aus hiesiger Sicht diese Gefahr jedoch jedenfalls in zwei Aspekten; die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich daher auf diese beiden Kernpunkte.

1. Zeitlich unbefristeter Gewahrsam bei Gefahr oder drohender Gefahr für bedeutende Rechtsgüter

Im Bereich des Gewahrsams gem. Art. 17 PAG ergeben sich durch die geplanten Änderungen massive Verschärfungen aus dem Zusammenspiel mehrerer vorgesehener Verschärfungen:

Während bislang die Befugnisse der Polizei gem. Art. 11 PAG voraussetzen, dass im Einzelfall eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung besteht, sieht der Gesetzesentwurf in Art. 11 Abs. 3 (neu) vor, dass künftig auch Gefahrenabwehrmaßnahmen ergriffen werden können, wenn im Einzelfall aufgrund des Verhaltens einer Person oder aufgrund von „Vorbereitungshandlungen“ (ggf. auch in der Zusammenschau mit weiteren Tatsachen) Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine solche Gefahr erst entsteht („drohende Gefahr“).

Bayerischer Richterverein e.V.



In konsequenter Fortführung des Rechtsgedankens, dass Eingriffe bereits unterhalb der Schwelle einer bereits bestehenden Gefahr möglich sein sollen, normiert Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E die Befugnis zur Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für bestimmte, im Einzelnen bezeichnete Rechtsgüter geboten erscheint.

Dieser Katalog des Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E wird schließlich bei den Möglichkeiten zur Ingewahrsamnahme gem. Art. 17 PAG-E herangezogen. So soll gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E künftig eine Person auch dann in Gewahrsam genommen werden dürfen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für die in Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E genannten Rechtsgüter (mit Ausnahme des Eigentums) unerlässlich ist.

Schließlich wird in Art. 20 Nr. 3 PAG-E die bisherige Höchstfrist von zwei Wochen für die richterliche Anordnung des Gewahrsams aufgehoben. Zwar muss der anordnende Richter nach wie vor schon in der Entscheidung eine Höchstfrist für den Gewahrsam bestimmen, er ist jedoch bei der Bemessung dieser Frist lediglich an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einerseits und bei erstmaliger Anordnung – über die bereits nach geltendem Recht bestehende Verweisung in Art. 18 Abs. 3 Satz 3 PAG auf die Vorschriften des FamFG – an die Höchstfrist von einem Jahr gebunden (vgl. § 425 Abs. 1 FamFG). Für die zweite und jede weitere Anordnung gilt gem. § 425 Abs. 3 FamFG diese Höchstfrist jeweils entsprechend.

In der Gesamtschau ergibt sich damit folgende Situation: Nach dem Gesetzesentwurf sollen künftig Personen,

- von denen eine Gefahr für bestimmte Rechtsgüter (einschließlich „Sachen von bedeutendem Wert“) ausgeht
- oder von denen aufgrund bestimmter Umstände eine Gefahr für diese Rechtsgüter auch nur droht,
- für (jedenfalls) ein Jahr in Gewahrsam genommen werden können,
- wobei eine Verlängerung dieser Frist um jeweils ein weiteres Jahr in Folgeanordnungen möglich ist.

Diese erhebliche Ausweitung der Möglichkeiten zur zeitlich kaum begrenzten Freiheitsbeschränkung ist aus Sicht der Praxis höchst bedenklich. Schon die Ausweitung auch des Gewahrsams auf Fälle der nur drohenden Gefahr scheint problematisch. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird insoweit auf das Urteil des BVerfG vom 20.04.2016 zum BKAG verwiesen, in der das BVerfG klargestellt hat, dass der Gesetzgeber bei Eingriffstatbeständen nicht auf die Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren beschränkt ist,

Bayerischer Richterverein e.V.



sondern die Grenzen auch weiter ziehen kann. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich das BVerfG in dieser Entscheidung ausdrücklich mit heimlichen Überwachungsmaßnahmen nach dem BKAG befasst hat und auch in diesem Bereich auf die überragende Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesichts der schwerwiegenden Grundrechtseingriffe durch derartige Überwachungen verwiesen hat. Freiheitsentziehende Maßnahmen wie vorliegend der Gewahrsam gem. Art 17 PAG stellen demgegenüber jedoch einen noch deutlich schwereren Eingriff dar. Die Anordnung von Gewahrsam gem. Art. 17 PAG-E in Fällen lediglich „drohender“ Gefahr für bestimmte Rechtsgüter, darunter auch „Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhalt im öffentlichen Interesse geboten erscheint“, geht vor diesem Hintergrund deutlich zu weit. Gerade letztere Anforderung ist zu unbestimmt, um eine freiheitsentziehende Maßnahme darauf gründen zu können, umso mehr, wenn auch für diese „Sachen“ keine konkrete, sondern lediglich eine drohende Gefahr vorausgesetzt wird.

Noch größeren Bedenken begegnet allerdings die Möglichkeit, den Gewahrsam künftig weitgehend zeitlich unbeschränkt zu verhängen. Beschränkungen ergeben sich lediglich aus dem Verweis auf das FamFG gem. Art. 18 Abs. 3 PAG, wodurch gem. § 425 Abs. 1 FamFG für erstmalige Anordnungen eine Höchstfrist von einem Jahr statuiert wird, die jedoch in der Folge wiederum im Jahresrhythmus verlängert werden kann. Selbstverständlich gilt für jegliche Anordnung von Gewahrsam ebenso wie bei allen freiheitsentziehenden Maßnahmen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, für die zuständigen Richter wird die Bemessung einer sehr kurzen Höchstfrist jedoch praktisch schwer möglich sein. Denn nach der Natur der im Raum stehenden Vorwürfe sind Fälle der drohenden Gefahr aufgrund terroristischer oder extremistischer Bestrebungen einer Person nicht zeitlich auf wenige Tage oder Wochen begrenzt. Ist eine Person bereits radikalisiert und ist aufgrund bestimmter konkreter Verhaltensweisen oder sonstiger konkreter Tatsachen zu befürchten, dass von ihr eine Gefahr für eines der genannten Rechtsgüter ausgeht, ist schwer vorstellbar, dass sich die Überzeugung und Radikalisierung dieser Person innerhalb weniger Wochen oder auch nur innerhalb von Monaten ändern. Die drohende Gefahr, sofern sie denn einmal festgestellt ist, wird vielmehr fortbestehen. Die Hoffnung, dass sich überlange Gewahrsamsdauern allein aufgrund des Korrektivs der Verhältnismäßigkeit vermeiden lassen werden, scheint daher nicht berechtigt.

Bayerischer Richterverein e.V.



2. Elektronische Aufenthaltsüberwachung zur Abwehr von Gefahren oder drohenden Gefahren für bedeutende Rechtsgüter

Gem. Art. 32a PAG-E soll es künftig zur Abwehr von konkreten oder drohenden Gefahren für eines der in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a) – c) und e) PAG-E genannten Rechtsgüter möglich sein, gegen die Person, von der diese (drohende) Gefahr ausgeht, Maßnahmen der elektronischen Aufenthaltsüberwachung anzuordnen. Nach der Entwurfsbegründung sei eine solche Regelung „zwingend“, um eine Dauerüberwachung von besonders gefährlichen Personen gewährleisten zu können, die auf konventionellem Weg personell von den Polizeibehörden nicht dargestellt werden könnte.

Gegenüber den bereits bestehenden Möglichkeiten der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) bei rechtskräftig verurteilten Straftätern gem. § 68b StGB i.V.m. § 463a StPO geht die EAÜ bei „Gefährdern“ nach dem Gesetzentwurf jedoch deutlich weiter.

Auch hier soll nämlich bereits ausreichen, dass von einer Person eine drohende Gefahr für den weiten Rechtsgutskatalog des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 PAG-E (mit Ausnahme des Eigentums) ausgeht. Dies bedeutet bereits eine erhebliche Erweiterung gegenüber den derzeit geltenden rechtlichen Vorgaben, nach denen bei Verurteilten die Anordnung einer EAÜ nur in den Grenzen eines abschließenden Straftatenkatalogs in Betracht kommt.

Noch gravierender stellt sich allerdings die Ausweitung der Anordnungsmöglichkeiten hinsichtlich der Verwertung der erhobenen Daten dar. Nach dem Grundsatz, dass die erhobenen Daten nur zu dem Zweck verwendet werden dürfen, zu dem sie erhoben wurden, erlaubt § 463a Abs. 4 Satz StPO eine Verwertung der erhobenen Daten nur zur Feststellung, Ahndung oder zur Ergreifung von Maßnahmen wegen eines Verstoßes gegen eine Gebots- oder Verbotszonenweisung (§ 68b Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB) oder eines Verstoßes gegen die EAÜ-Weisung selbst (§ 68b Abs. 1 Nr. 12 StGB). Dieses Prinzip wird nach geltendem Recht lediglich in eng begrenztem Rahmen durchbrochen, soweit die Verwendung zur Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für Leben, Leib, Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter (§ 463a Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 StPO) oder zur Verfolgung einer schweren Straftat gem. § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB (§ 463a Abs. 4 Satz 2 Nr. 5 StPO) erforderlich ist.

Zur Einhaltung der Zweckbindung der Datenverwendung bestimmt § 463a Abs. 4 Satz 3 StPO zudem, dass die Verarbeitung der erhobenen Daten automatisiert zu erfolgen hat. Eine unbefugte Verwendung der Daten wird in der praktischen Umsetzung dieser Bestimmung dadurch - verhindert, dass die Überwachungsstelle der Länder auf die erhobenen Daten grundsätzlich nicht zugreifen kann. Erst sobald das System automatisiert eine Ereignismeldung generiert (z.B. wegen

Bayerischer Richterverein e.V.



einer Manipulation des Überwachungstrackers oder wegen eines Zonenverstößes) werden die relevanten Daten zur weiteren Verwendung an die Überwachungsstelle weitergeleitet. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass eine „Echtzeit“-Überwachung in der Regel nur bei einer Ereignismeldung möglich ist. Eine „Echtzeit“-Überwachung ist in Ausnahmefällen darüber hinaus nur auf konkrete Anforderung möglich, wenn ein konkreter Anfangsverdacht für eine Straftat nach §66 Abs. 3 Satz 1 StGB besteht oder wenn eine erhebliche Gefahr für höchstpersönliche Rechtsgüter besteht. Demgegenüber ist es nach dem Gesetzesentwurf künftig zulässig, erhobene und gespeicherte Daten des Betroffenen über seinen Aufenthaltsort „soweit dies zur Erfüllung des Überwachungszwecks erforderlich ist“ zu einem Bewegungsbild zu verbinden (Art. 32a Abs. 2 Satz 3 PAG-E). Im Übrigen ist auch die sonstige Verwendung der Daten durch Polizeidienststellen zu dem Zweck, zu dem sie erhoben wurden, sowie zur Abwehr einer drohenden Gefahr für erhebliche Rechtsgüter zulässig (Art. 32a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 2 PAG-E).

Art. 32a Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 2 PAG-E ermächtigen im Ergebnis künftig also die Polizei, den Betroffenen rund um die Uhr in allen Aktivitäten und Bewegungen zu überwachen und diese sogar in Form eines „Bewegungsbildes“ auszuwerten.

Dieser massive Eingriff in die persönliche Freiheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bei Personen, die weder wegen einer Straftat rechtskräftig verurteilt, noch einer solchen zumindest hinreichend verdächtig sind, und von denen u.U. nicht einmal eine konkrete Gefahr ausgeht, sondern nur eine Gefahr für eines der vorgenannten Rechtsgüter droht, ist aus hiesiger Sicht – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 11.03.2008 (1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1274/07, NJW 2008, 1505) aufgestellten Grundsätze zur Verhältnismäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen durch die automatisierte Erfassung von KFZ-Kennzeichen – verfassungsrechtlich in hohem Maße bedenklich.

Andrea Titz

Vorsitzende

RECHTSANWÄLTE

WÄCHTLER
UND KOLLEGEN

HARTMUT WÄCHTLER . ANNEMARIE GAUGEL . THOMAS HESSEL . HUBERT HEINHOLD
DIRK ASCHE . KATHARINA CAMERER . ANNA TOTH

RAe Wächler u. Koll., Rottmannstraße 11 a, 80333 München

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

Rottmannstraße 11 a
80333 München
Telefon (089) 542 75 00
Telefax (089) 54 27 50 11
waechtler@waechtler-kollegen.de

München, den 16.05.17

Unser Aktenzeichen:

Bitte stets angeben!

-d

Stellungnahme bei der Anhörung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299/) am 17.05.2017

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

ich bedanke mich für die Einladung zur heutigen Anhörung. Leider muss ich einige Einschränkungen zum Umfang meiner Stellungnahme machen. Da ich erst in der letzten Woche von der Rechtsanwaltskammer München gebeten wurde, für einen verhinderten Kollegen einzuspringen, beschränke ich mich auf zwei der für mich wesentlichsten Punkte des Gesetzentwurfs, nämlich der Ausdehnung des Unterbindungsgewahrsams und der Einführung polizeilicher Aufenthaltsverbote und Aufenthaltsgebote. Zu beiden Punkten nehme ich aus anwaltlicher Sicht mit Blick auf die Praxis und die Auswirkungen auf die betroffenen Bürger Stellung.

1. Allgemeine Überlegungen

Zunächst fällt auf, dass es eine gewisse Diskrepanz zwischen der Darstellung der Ziele und des betroffenen Personenkreises und dem Wortlaut des Entwurfs gibt. Die amtliche Begründung spricht gleich in den ersten Sätzen von der nationalen wie internationalen Gefährdung durch verschiedene Formen des Terrorismus und Extremismus (1). Ebenso der bayerische Innenminister in seiner Begründungsrede vor dem Landtag, der noch den Amoklauf in München 2016 nennt (2). Auch der hier gehörte Sachverständige Prof. Dr. Schwarz erwähnt in seiner Einführung ausdrücklich die „Gefährder insbesondere aus dem terroristischen und extremistischen Spektrum“, deren man mit Hilfe des Entwurfs Herr werden müsse (3).

Rechtsanwälte Wächler und Kollegen

RAin Gaugel:
Fachanwältin für Familienrecht

Stadtsparkasse München
Konto-Nr. 901 139 816, BLZ 701 500 00
IBAN DE73 7015 0000 0901 1398 16

Postbank München
Konto-Nr. 288 647 805, BLZ 700 100 80
IBAN DE13 7001 0080 0288 6478 05

RA Wächler:
Fachanwalt für Strafrecht

BIC SSKMDEMM
USt-ID: DE 130751887

BIC PBNKDEFF
Steuernummer: 148/240/70041

Demgegenüber kennt der Entwurf keine solche Beschränkung oder Fokussierung. Der neue polizeirechtliche Begriff der „drohenden Gefahr“, der bestimmte polizeiliche Aktionen gegen den Bürger auslösen kann, meint eine weit vorverlagerte Gefahr jenseits von Terrorismus und Extremismus. Es sollen nach Art.11 Abs.3 die „bedeutenden Rechtsgüter“ auch der sexuellen Selbstbestimmung, erheblicher Eigentumspositionen und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, vor drohenden Gefahren mit Hilfe von erheblichen grundrechtsbeschränkenden polizeilichen Massnahmen geschützt werden. Damit ist eine Ausdehnung auf den Alltagsstörer erreicht, der weder Terrorist noch Extremist sein muss und in den genannten Fällen wohl auch in der Regel nicht sein wird.

Soweit auf den Fall Amri angespielt wird, ist mittlerweile wohl klar, dass es deshalb keine neuen gesetzlichen Ermächtigungen braucht. Amri hätte als jemand, der wegen mehrerer Straftaten verfolgt wurde und mindestens den Haftgrund der Fluchtgefahr verwirklichte, sehr einfach in U-Haft genommen werden können, wenn die Behörden gewollt hätten, daneben standen auch die Vorschriften des AufenthG zur Verfügung.

Wenn auf den Amokschützenfall von München Bezug genommen wird, läuft der Entwurf wie alle denkbaren Vorschriften ins Leere. Soweit man weiss, war er vor der Tat polizeilich völlig unauffällig.

Diese Klarstellung erscheint erforderlich, um eine Diskussion „unter falscher Flagge“ zu vermeiden.

2. Zur Anordnung von Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten in Art.16 Abs.2:

Ersetzt man das bürokratische Wort Aufenthaltsgebot durch einen etwas anschaulicheren Begriff, so kommt am ehesten das Wort „Verbannung“ in Betracht. Wikipedia definiert Verbannung als „Verweisung einer Person aus ihrer gewohnten Umgebung“. Um genau das handelt es sich. Besonders hervorgerufen haben sich in der Vergangenheit Länder wie das alte Russland der Zaren ebenso wie die UdSSR, die Lenin aber auch Alexander Solschenizyn und andere Dissidenten nach Sibirien schickten, während Frankreich und England das Instrument nutzten, um mit Hilfe verurteilter Delinquenten Australien und Französisch-Guyana zu kolonisieren. Aus dem Italien Mussolinis ist der Fall des Dichters Carlo Levi bekannt geworden, der wegen seiner antifaschistischen Betätigung in eine abgelegene Gegend verbannt wurde und darüber das Buch „Christus kam nur bis Eboli“ verfasste. Diese Nachbarschaft sollte stutzig machen.

Auch das moderne deutsche Recht kennt die Verbannung. In § 54a Abs.3 des AufenthG (jetzt § 56) konnte ein vollziehbar ausgewiesener Ausländer verpflichtet werden, in einem bestimmten Wohnort oder in bestimmten Unterkünften auch ausserhalb des Bezirks seiner zuständigen Ausländerbehörde Wohnung zu nehmen und diesen bei Strafandrohung nicht zu verlassen. Voraussetzung war, dass dies geboten schien, „um die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung geführt haben, zu unterbinden oder zu erschweren und die Einhaltung vereinsrechtlicher oder sonstiger Auflagen und Verpflichtungen besser überwachen zu können“. Wir kennen eine Reihe solcher Fälle.

Beispiel: Der Tunesier C. erhielt 1996 Asyl. 2004 wurde die Anerkennung widerrufen, weil er nach Auffassung der deutschen Sicherheitsbehörden terroristische Bestrebungen im Ausland unterstützt habe und deshalb gefährlich sei. Ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen § 129b StGB wurde 2008 nach § 170 II StPO eingestellt. Er wurde 2005 von Nürnberg, wo er mit Frau und 2 Kindern wohnte, nach Hauzenberg im

Bayerischen Wald verbannt und musste dort bis 2011 verbleiben. Da seine Kinder in Nürnberg zur Schule gingen und Frau und Kinder in Nürnberg sozial integriert waren, folgten sie C. nicht nach Hauzenberg. Seine Vereinsamung in dem abgelegenen Ort – unterstützt durch den Entzug aller Kommunikationsmittel nach § 54a Abs.4 AufenthG – führte zu einer psychischen Erkrankung mit Suicidversuch 2008 und seiner Verlegung in das Nervenkrankenhaus Mainkofen. Das Verbot, den Ort Hauzenberg ohne Genehmigung zu verlassen, wirkte sich wie eine faktische Freiheitsentziehung aus. Er durfte nicht ohne schriftlichen Antrag zum Arzt in der nächsten Stadt. Ein Besuch bei seinem Münchner Anwalt wurde gänzlich untersagt. Zwischenzeitlich entwich er allerdings aus Hauzenberg, gelangte nach Grossbritannien und wurde von dort wieder rücküberstellt. Nach Durchlaufen mehrerer Instanzenzüge und einer Entscheidung des BVerfG, das die Nichtzulassung einer Berufung durch den BayVGH beanstandete, kam es im Februar 2011 zu einer Einigung mit der zuständigen Ausländerbehörde, dass C. Hauzenberg verlassen und sich weiter legal in Deutschland aufhalten darf.

Weitere Beispiele: Der Bosnier J. und der Tunesier Z. wurden 2005/2006 nach § 54 I Nr.5a AufenthG wegen Gefährdung der freiheitlich demokratischen Grundordnung ausgewiesen und ihr Aufenthalt auf eine Stadt beschränkt und mit einer Meldeauflage abgesichert. Hintergrund war ihre Betätigung für eine islamistische Vereinigung namens Tablighi Jamaat (TJ), die von den Sicherheitsbehörden als terroraffin eingeschätzt wurde aber weder verboten war noch auf einer Terrorliste der EU oder der UNO stand. Nach Durchlaufen des Instanzenzuges kam das BVerwG 2011 zu dem Ergebnis, dass die TJ nicht als terrorismusfördernd zu betrachten und die beiden Männer deshalb zu Unrecht als Gefahr für die fdGO angesehen worden waren. Die Ausweisungen wurden zurückgenommen. Da beide Männer lieber ausgereist als unter den erlassenen Auflagen in Deutschland verblieben waren, konnten sie 2011 erneut einreisen und leben seither legal in Deutschland.

Das Fazit aus diesen Beispielen ist vielsagend: Zum einen ist keineswegs eindeutig, welche Art der politischen Betätigung eine wie immer geartete „Gefahr“ darstellt. Wenn keine Strafgesetze verwirklicht wurden, sind die Kriterien uneindeutig und oft schwammig. Hieraus existenzvernichtende und die persönliche Freiheit erheblich beeinträchtigende Folgerungen bis hin zu einer faktischen Freiheitsentziehung durch Fixierung auf einen ev. fern liegenden Ort ohne Rücksicht auf Beruf und Familie zu ziehen sollte auf wirklich gravierende Fälle konkreter Gefährdung von besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern beschränkt werden. Auch die Einschaltung von Gerichten ist in diesen Fällen keine Garantie für richtige Entscheidungen. Mangels eigener Sachkunde sind Gerichte auf Gedeih und Verderb auf Gutachten und Berichte der Sicherheitsbehörden angewiesen, da es ja nicht um Fakten geht sondern um Einstellungen und Bewertungen. Der betroffene Bürger hat kaum Chancen, dagegen zu halten.

Nach dem Urteil des EGMR vom 25.06.1996 (NVwZ 1997, 1102 ff) ist wohl immer dann Art.5 Art. 1 EMRK einschlägig, wenn die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit in eine faktische Freiheitsentziehung übergeht mit der Folge, dass eine regelmässige richterliche Kontrolle im Gesetz vorgesehen sein muss. Darüber hinaus muss nach den Worten des EGMR eine „juristische, humanitäre und soziale Begleitung sowie über die Voraussetzungen und Fristen des Zugangs zu einem Rechtsbeistand getroffen werden, um ein ev. gerichtliches Vorgehen des Asylantragstellers zu gewährleisten“. In diesem Fall handelte es sich um einen im Transitbereich eines Flughafens festgehaltenen

Asylbewerber. Da nach Art.16 Abs.2 Zif.2a des Entwurfs der Betroffene auch angewiesen werden kann, sich an bestimmte Orte zu begeben und sich dort aufzuhalten, kann die Voraussetzung einer Freiheitsentziehung ebenso wie bei dem Transitbereich gegeben sein. Der Beispielsfall des Tunesiers C., der in den kleinen Ort Hauzenberg verbannt wurde, ohne Zugang zu ärztlicher oder anwaltlicher Betreuung, weist jedenfalls keine relevanten Unterschiede zum Transitbereich eines Flughafens auf.

Art.16 Abs.2 des Entwurfs wird diesen Anforderungen in keiner Weise gerecht. Bereits die Eingangsschwelle der drohenden Gefahr für die „bedeutenden Rechtsgüter“ des Art. 11 Abs.3 ist viel zu niedrig. Sie umfasst drohende Gefahren einfacher sexueller Übergriffe und Eigentumsbeeinträchtigungen ohne etwa durch die Vorgabe von Mindeststrafrahmen oder den Ausschluss z.B. der einfachen Sachbeschädigung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Die im Entwurf verwendeten Begriffe „erhebliche Eigentumspositionen“ bzw. „Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse liegt“, sind mit den strafrechtlichen Begriffen der §§ 303 ff StGB nicht kongruent. Obwohl die Massnahmen des Art.16 Abs.2 erheblich in das Freizügigkeitsgrundrecht des Art.11 GG eingreifen können, ist nicht erkennbar, dass der Entwurf sich an den Kriterien des Art.11 Abs. 2 GG orientiert. Vielfach vertreten wird, dass der sogenannte Kriminalvorbehalt des Art. 11 Abs.2 GG bedeutet, dass nur Straftaten von besonderer Bedeutung, die die Rechtsgemeinschaft insgesamt bedrohen oder überhaupt nur dem Schutz „höchstwertiger Rechtsgüter“ dienen, gemeint sind (4). Allgemein gilt auch hier, dass je höher das zu schützende Rechtsgut angesiedelt ist, die Gefahrenwahrscheinlichkeit reduziert sein kann (5) - auch davon ist im Entwurf keine Rede, der keine Differenzierung zwischen Leib- und Lebensgefahr und der Sachbeschädigung vornimmt. Jedenfalls muss eine hinreichende Gefahr einer Straftat drohen (6), auch hiervon ist der Begriff der drohenden Gefahr, wie sie Art.11 Abs.2 des Entwurfs verwendet, durchaus entfernt, da er unbestritten im Vorfeld einer Gefahr angesiedelt ist.

Nimmt man die zitierte Rechtsprechung des EGMR ernst, so fehlt es in den Fällen, wo die Freiheitsbeschränkung den Umfang der Freiheitsentziehung erreicht, am notwendigen Richtervorbehalt sowie an den eingeforderten begleitenden Vorkehrungen für den Rechtsschutz des Betroffenen. Das gerade beschlossene neue BKA-Gesetz (Drucksache 109/17) sieht nicht ohne Grund in § 55 Abs.3 (Aufenthalts- und Kontaktverbote) einen Richtervorbehalt vor, wobei es hier keine Ermächtigung für das Aussprechen einer Verbannung (Aufenthaltsgebote) gibt.

Das Einschalten eines Richters im Rahmen der Massnahmen des Art.16 ist noch aus einem anderen Grund geboten: Nach Art.17 Abs.1 Nr.4 des Entwurfs kann Gewahrsam angeordnet werden, um Massnahmen nach Art.16 durchzusetzen. Diese Haft muss wegen Art.104 Abs.2 GG vom Richter bestätigt werden, wenn sie andauern soll. Nach dem Wortlaut des Art.17 Abs.1 Nr.4 ist die Haft jedoch als Ungehorsamsfolge angelegt, d.h. sie folgt quasi automatisch auf die Nichtbeachtung der Aufenthaltsgebote und verbote des Art.16. Eine inhaltliche Überprüfung durch den Richter, ob die Massnahmen nach Art.16 rechtmässig und insbesondere verhältnismässig waren, sieht das Gesetz nicht vor. Hier besteht die nahe liegende Gefahr, dass der Betroffene auf die Anfechtung der Massnahme nach Art.16 verwiesen wird, d.h. zwei getrennte Klagen erheben soll. Da eine besondere Rechtswegzuweisung für die Massnahmen nach Art. 16 fehlt, müssten die Klagen auch noch an zwei verschiedene Gerichte gehen, an das VG soweit Massnahmen nach Art. 16 betroffen sind, an das AG, soweit der Gewahrsam nach Art.17 betroffen ist. Das ist unzumutbar, vor allem, wenn man bedenkt, dass der Betroffene womöglich unversehens irgendwo im Bayerischen Wald sitzt und den fernen Rechtsanwalt nicht besuchen kann (siehe Beispiel oben).

Was die Praxistauglichkeit der Aufenthaltsgebote und – verbote betrifft schliesse ich mich den Bedenken der DPoIG in Ihrer Stellungnahme im Rahmen der Verbandsanhörung an. Wie die Vergangenheit zeigt, können die Massnahmen einschliesslich der Fussfessel von entschlossenen Tätern ohne Probleme unterlaufen werden. Es kommt noch hinzu, dass die Weite des gesetzlichen Rahmens weitere Fragen der Tauglichkeit aufwirft. Wie hat man sich vorzustellen, dass jemand, bei dem die Gefahr von Verstössen gegen die sexuelle Selbstbestimmung droht, angewiesen wird, ein bestimmtes Gebiet nicht zu verlassen? Ist damit ein Kloster gemeint?

3. Zur Ausweitung des Gewahrsams in Art.17 des Entwurfs

Die Inhaftierung einer Person ist die weitgehenste Einschränkung seiner persönlichen Freiheit. Sie soll in der Regel eine Sanktion für vorhergehende Rechtsverletzungen sein. Den gesetzlichen Voraussetzungen des Art.17 Abs.1 Nr.3 mangelt es bereits am Erfordernis der Bestimmtheit. Die Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung müssen nach der Rspr. des BVerfG in „berechenbarer , messbarer und kontrollierbarer Weise“ geregelt sein (7). Insofern besteht bei der Vorbeugehaft kein Unterschied zu Art.103 Abs.2 GG, der die Strafe regelt (8). Der Einzelne soll von vorneherein wissen können, was verboten ist und welche Sanktion er im Falle des Gesetzesverstosses zu erwarten hat, damit er sein Verhalten danach einrichten kann (9). Die eine Sanktion androhende Norm muss umso präziser sein, je höher die Freiheitsentzugsdrohung ist (10).

Art.17 Abs.1 Nr.3 setzt keine vorhergehende Tat voraus. Es wird abstrakt von einer „Gefahr“ für einige Rechtsgüter gesprochen, die in Art.11 Abs.3 näher umschrieben sind. Diese in ihrer Konkretion nicht näher bestimmte Gefahr muss nicht einmal von der in Gewahrsam genommenen Person herrühren. Anders als das neue BKA-Gesetz, das in Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG vom 20.4.2016 für seine Massnahmen in der Regel eine individuelle Zuordnung der Gefahr zum Verhalten der betroffenen Person statuiert, fehlt eine solche im Art.17 Abs.1 Nr.3. Es können demnach auch Nichtstörer in Gewahrsam genommen werden, weil sie z.B. Kontakt zu einer als Gefährder eingestuft Person hatten, eine Begründung, die in den oben referierten ausländerrechtlichen Fällen durchaus nicht unüblich war.

Sofern auf das Verhalten des Betroffenen selbst abgestellt wird, ist aus der Vorschrift nicht zu entnehmen, ob der in Gewahrsam zu Nehmende wegen einer Tat in Verdacht geraten ist oder wegen seiner Gesinnung oder Religion, ob es sich um konkrete Anhaltspunkte für eine Gefahr handelt, belegt durch Fakten, oder um sonstige Anhaltspunkte, z.B. der Besuch einer bestimmten Moschee, die Zugehörigkeit zu einer „Szene“, die Kleidung oder bestimmte Äusserlichkeiten (Bartracht) oder Gewohnheiten (Teilnahme am Ramadan-Fasten).

Das Strafrecht ist in den letzten Jahren im Bereich der terroristischen und staatsgefährdenden Delikte erheblich ausgeweitet worden, die Strafbarkeit wurde weit ins Vorfeld verlegt. Die Begründung für die Ausdehnung des Gewahrsams in diesem Bereich, man müsse zum Beispiel die Einreise von Teilnehmern am Krieg in Nahost oder die Ausreise von Personen, die sich für den Krieg trainieren lassen wollen, verhindern, ist

durch die Einführung der §§ 129b und 89a StGB obsolet geworden. Hier liegen massive Straftaten vor, die entsprechend von den Oberlandesgerichten verfolgt werden. Die konkrete Vorbereitung von schweren Straftaten steht ohnehin unter Strafe, auch wenn sie noch nicht bis zum Versuch gediehen ist. Es bleibt daher unklar, was eigentlich in diesem Bereich dazu führen soll, Gewahrsam anzuordnen. Umgekehrt bleibt für den Betroffenen unklar, wo für ihn die „rote Linie“ beginnt, bei deren Überschreitung er mit Inhaftierung zu rechnen hat. Eine solche Unklarheit ist jedoch für den Rechtsstaat unerträglich.

Die Ausweitung der Vorbeugehaft betrifft jedoch nicht nur die politische oder religiöse Sphäre. Wie anfangs bemerkt, ist auch der „Alltagsstörer“ betroffen. Hier sind die Voraussetzungen für ein Haft ebenso unklar. Ich kann mir schlichtweg keinen Fall der Gefahr für die sexuelle Selbstbestimmung (Art.17 Abs.1 Nr.3 i.V.m. 11 Abs.3 Nr.3) vorstellen, der nicht strafbar wäre aber einen Gewahrsam rechtfertigen würde. Nach der Änderung des Strafrecht entlang dem Grundsatz „Nein heisst Nein“ ist jede sexuelle Belästigung gegen den Willen der Betroffenen strafbar. Der neue § 184i StGB erfasst auch Taten, die bisher als nicht erheblich galten (11). Welches Verhalten soll also auf diesem Gebiet den Gewahrsam rechtfertigen?

In Art.17 Abs.1 Zif.3 i.V.m. 20 Nr.3 ist zwar eine Ausweitung des jeweiligen richterlichen Freiheitsentzuges auf maximal drei Monate bestimmt, nicht aber die absolute Höhe. Eine Differenzierung nach der Schwere des gefährdeten Rechtsguts findet nicht statt. Eine andauernde Gefahr bzgl. einer Sachbeschädigung (Art.11 Abs.3 Nr.5) kann also zu einer längeren Haft führen als eine kürzer andauernde Gefahr für Leben und Gesundheit (Art.11 Abs.3 Nr.2). Die Länge der Haft wird komplett dem anordnenden Richter überlassen, der Betroffene hat keine Möglichkeit, vorher abzuschätzen, was ihm blüht. Aber auch seine Chancen, vor Gericht darzutun, dass die Gefahr nicht (mehr) besteht, sind unkalkulierbar. Ginge es um reale Taten, könnte man über die Relevanz von Beweisen sprechen, falls solche vorliegen. Da man sich im Vorfeld befindet und gerade noch nichts geschehen ist, muss der Betroffene über Deutungen und Motive diskutieren. In Haft – eine Pflichtverteidigung ist nicht vorgesehen – und ohne Hilfsmittel kann er nur hoffen, dass man ihm glaubt. Wir befinden uns damit in einem Graubereich des Rechtsstaats, in den hineinzugeraten man niemand wünschen kann.

Hartmut Wächtler
Rechtsanwalt

Anmerkungen:

- (1) Drs.17/16299
- (2) Bayerischer Landtag 17.Wahlperiode, vorl. Plenarprotokoll 17/102 vom 25.04.2017 S.9040
- (3) Stellungnahme Prof.Dr.Kyrill-Alexander Schwarz vom 10.05.2015 S.1
- (4) Maunz-Dürig-Dumer, GG, Rdzf.153 zu Art. 11 m.w.Nw.
- (5) a.a.O. Rdzf.154
- (6) a.a.O., ebenso Jarras-Pieroth, GG, Rdzf.17 zu Art.11
- (7) BVerGE 29,183,196
- (8) Jarras-Pieroth, GG, Rdzf.16 zu Art.104 m.w.Nw.
- (9) BVerfGE 78, 374, 381; 87, 363, 391; 126, 170, 195
- (10) BVerfGE 75,329, 342 f; 105, 135, 155; 126, 170, 196
- (11) Fischer, StGB, 64.Aufl. Rdzf. 2 zu § 184i