

ABHANDLUNGEN

Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei

Von Oberregierungsrätin Birgit Müller, Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr

Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen räumt der Bayerischen Polizei neue Befugnisse, insbesondere im Kampf gegen Terrorismus und Extremismus, ein. Der vorliegende Beitrag wird Entstehungsgeschichte, Inhalt und Systematik dieses Gesetzes beleuchten und den erhofften Sicherheitsgewinn ebenso wie die vorgebrachte Kritik darstellen und bewerten. Dabei werden insbesondere die Einführung der Gefahrenkategorie „drohende Gefahr“ und die Entfristung des präventiven Gewahrsams ausführlicher betrachtet.

I. Einleitung

„Der islamistische Terror ist in Deutschland angekommen“, konstatierte Bayerns Ministerpräsident Seehofer im Juli 2016¹, nachdem es innerhalb kürzester Zeit zu zwei islamistisch motivierten Anschlägen in Würzburg und Ansbach gekommen war. Zu dem Zeitpunkt wusste er noch nicht, dass am 19. Dezember 2016 der Anschlag des Attentäters Amri in Berlin auf dem Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz zwölf Todesopfer fordern würde. Auch als Reaktion auf diesen Anschlag beschloss der bayerische Ministerrat neben anderen Punkten am 24. Januar 2017, dass das Bayerische Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) an diese neue Lebenswirklichkeit angepasst werden muss.

Um besonders dringende neue polizeiliche Maßnahmen zur Bewältigung der aktuellen Bedrohungslage ins PAG zu implementieren, wurde dafür ein Teil der ohnehin geplanten PAG-Reform vorgezogen. Das Änderungsgesetz trat noch nicht einmal ein halbes Jahr nach dem Beschluss des Ministerrats am 1. August 2017 in Kraft. Die neuen Befugnisse der Polizei wurden und werden kontrovers diskutiert.

Von Befürwortern des Änderungsgesetzes wird insbesondere vorgetragen², dass der bayerische Staat eine Gewährleistungspflicht für die innere Sicherheit habe³. Die legislative Gewalt habe dabei den Auftrag, auf neue Bedrohungen und Lebenswirklichkeiten mit neuen Gesetzen zu reagieren⁴. Neue Lebenswirklichkeit sei dabei auch der technische Wandel im Bereich der Überwachung und der Kommunikation⁵. Die Sicherheitsbehörden hegen die Hoffnung, ein neues rechtliches Instrumentarium zur besseren Gewährung der inneren Sicherheit zur Verfügung gestellt bekommen zu haben.

In verschiedenen Medien ist gleichzeitig von neu eingeführter „Unendlichkeitshaft“ die Rede⁶. Teilweise wurde, ohne den in Kraft getretenen Gesetzeswortlaut zugrunde zu legen⁷, ein Abgang auf den Rechtsstaat angestimmt.

Zum besseren Verständnis und um eine sachliche Diskussion über die neuen Befugnisse vorzubereiten, werden in diesem Beitrag die wichtigsten Neuerungen des Änderungsgesetzes vorgestellt. Dabei wird auf bereits erhobene verfassungs- und europakonventionsrechtliche Bedenken eingegangen. Schließlich soll anhand der ersten praktischen Erfahrungen mit den neuen Befugnissen ein Ausblick gewagt werden, ob und, wenn

- 1 In der Pressekonferenz vor der Kabinettsitzung in St. Quirin am 26.07.2016, „Der islamistische Terror ist in Deutschland angekommen“ von Birgit Kruse, www.sueddeutsche.de, 26.07.2016, 16.10 Uhr.
- 2 So z. B. MdL Dr. Herrmann (CSU), nachzulesen im Plenarprotokoll Nr. 109 S. 9769 – 9771, aber auch Staatsminister MdL Herrmann (CSU) in seiner Pressemitteilung vom 19.07.2017, abrufbar unter www.stmi.bayern.de/med/pressemitteilungen.
- 3 Zu dieser Thematik ausführlich Schmidbauer/Steiner, BayPAG, 4. Aufl., Art. 11 Rn. 130 ff.
- 4 Schmidbauer/Steiner, BayPAG, 4. Aufl. 2014, Art. 11 Rn. 133.
- 5 Neue Kommunikationsdienste sind vor allem Messengerdienste wie „WhatsApp“ und „Telegram“. Auch der Attentäter Amri kommunizierte nach Aussagen verschiedener Medien über Telegram. Eine Kommunikationsüberwachung ist dort nur mittels einer so genannten Quellen-Telekommunikationsüberwachung möglich, da die Nachrichten verschlüsselt übertragen werden. Eine Datenerhebung beim Telekommunikationsdiensteanbieter geht somit ins Leere. Die Daten müssen stattdessen mittels einer Software vor Versenden oder nach Empfang am Speichermedium selbst erhoben werden. Für diese Art der Datenerhebung mussten neue Befugnisnormen eingeführt werden. Inhaltlich und vom Umfang werden durch die Quellen-TKÜ jedoch dieselben Daten erhoben wie mittels klassischer Telefonüberwachung.
- 6 „Bayern führt die Unendlichkeitshaft ein“ von Heribert Prantl, www.sueddeutsche.de, 20.07.2017, 08.08 Uhr.
- 7 „Gefährder-Gesetz verschärft“ von Lisa Schnell, www.sueddeutsche.de, 19.07.2017, 18.15 Uhr und in einem Beitrag, welcher im ZDF Heute Journal ausgestrahlt worden ist, in dem insbesondere die Vorsitzende des Bayerischen Richterverbands erklärt, dass eine Gewahrsamnahme bei Vorliegen einer drohenden Gefahr bedenklich sei, obgleich diese Variante nur in einem früheren Entwurfsstadium enthalten war und so nicht in Kraft trat, abrufbar unter www.heute.de, „Vorbeugehaft auf ewig? Opposition prüft Klage“, von Robert Schlieker, 01.08.2017.

ja, wie sich durch die rechtlichen Änderungen das polizeiliche Handeln ändern wird.

II. Entstehungsgeschichte

Das Inkrafttreten eines umfassend geänderten und überarbeiteten PAG war bereits seit Längerem für das Jahr 2018 geplant⁸.

1. „Sofortprogramm Innere Sicherheit“ vom 24. Januar 2017

Dieser ursprüngliche Zeitplan für die Änderung des PAG wurde von aktuellen Ereignissen überholt. Nach dem Anschlag vom 19. Dezember 2016 in Berlin, der zwölf Todesopfer forderte, sah die Bayerische Staatsregierung unmittelbaren Handlungsbedarf. Den Sicherheitsbehörden in Berlin und Nordrhein-Westfalen wurde Versagen vorgeworfen. Die Aufarbeitung darüber, ob es an fehlenden rechtlichen Befugnissen zur Handhabung einer wirksamen Überwachung Amris lag oder bestehende Befugnisse nicht genutzt wurden, dauert weiter fort⁹. Einigkeit besteht darin, dass Gefährder wie Amri zukünftig effektiver überwacht werden müssen.

Am 24. Januar 2017 beschloss die Bayerische Staatsregierung deshalb das „Sofortprogramm Innere Sicherheit“¹⁰. Dieses Sofortprogramm beinhaltete zum einen weitere Verbesserungen der materiellen Ausstattung der Sicherheitsbehörden. Darüber hinaus wurde beschlossen, im Vorgriff auf die anstehende umfassende Überarbeitung des PAG einen besonders dringenden Teil an Maßnahmen als Sofortprogramm rasch in das PAG zu integrieren:

- a) In Anlehnung an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG)¹¹ sollte eine neue Gefahrenkategorie geschaffen werden, nämlich die „drohende Gefahr“, um in bestimmten Fällen bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr wirksam agieren und auf Vorbereitungshandlungen effektiver reagieren zu können.
- b) Es sollte die absolute Höchstdauer einer präventiven Gewahrsamnahme von bislang zwei Wochen aufgehoben werden.
- c) Drittens sollten Befugnisnormen für die Möglichkeit der Verhängung von Aufenthaltsge- und -verboten und vor allem der Anordnung einer Elektronischen Aufenthaltsüberwachung von Gefährdern geschaffen werden.
- d) Viertens sollten Maßnahmen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) eingeführt und die bestehende Regelung zur Verkehrsdatenerhebung dem geänderten Bundesrecht angepasst werden.
- e) Schließlich sollte auch die Speicherfrist für Maßnahmen der offenen Videografie nach dem PAG und dem Bayerischen Datenschutzgesetz von drei Wochen auf zwei Monate ausgeweitet werden.

2. Gesetzentwurf und Erste Lesung im Plenum

Vor dem Hintergrund der Bedrohungslage wurde bereits am 21. Februar 2017 vom Ministerrat ein entsprechender Gesetzesentwurf¹² zur Anhörung betroffener Verbände sowie auch etwa des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz freigegeben. Der Landesbeauftragte für den Datenschutz¹³ kritisierte insbesondere den unscharfen Begriff der „drohenden Gefahr“ in diesem Entwurf und die erhebliche Herabsetzung der Einschreitschwellen bei polizeilichen Standardmaßnahmen, der Bayerische Richterverein¹⁴ vor allem, dass der Entwurf eine Ingewahrsamnahme bereits bei einer „drohenden Gefahr“ ermöglichen sowie die Regelungen zur Elektronischen Aufenthaltsüberwachung.

Im Nachgang der Verbändeanhörung erfolgten neben rein sprachlichen Anpassungen auch inhaltliche nicht unerhebliche Änderungen. Der Begriff der „drohenden Gefahr“¹⁵ wurde auf einen abschließenden Katalog bedeutender Rechtsgüter beschränkt. Ferner wurde als einschränkendes Korrektiv aufgenommen, dass eine „drohende Gefahr“ durch die zu erwartende Begehung von „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“ bestimmt sein muss, also andere, niederschwelligere Verhaltensweisen nicht mehr erfasst werden können. Diese Beschränkungen wirkten sich gleichsam einschränkend auf alle nachfolgenden Befugnisse aus, die auf den legaldefinierten Begriff Bezug nehmen.

Außerdem wurde die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gewahrsams in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG auf konkrete Gefahrenlagen für abschließend in Bezug genommene Rechtsgüter beschränkt¹⁶, um den erhobenen Bedenken im Hinblick auf das Rechtsgut der Freiheit der Person Rechnung zu tragen. Anstatt nur auf die Regelungen des § 425 Abs. 1 FamFG zu verweisen, wurde mit dem neuen Art. 20 Nr. 3 PAG die mögliche Maximaldauer der erstmaligen Anordnung sowie der Verlängerungen der Freiheitsentziehung von einem Jahr auf jeweils drei Monate verkürzt. Für die Erstellung von Bewegungsbildern einer mittels Elektronischer Aufenthaltsüberwachung zu überwachenden Person wurde das grundsätzliche Erfordernis einer besonderen richterlichen Gestattung aufgenommen, das mit einer Benachrichtigungspflicht flankiert wurde, um die Möglichkeit der Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes sicherzustellen.

3. Endgültiger Regierungsentwurf und Zweite Lesung im Plenum

Der endgültige Regierungsentwurf¹⁷ wurde in der Sitzung des Ministerrats vom 4. April 2017 beschlossen. Der Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport, dem der Gesetzentwurf federführend zugewiesen wurde, beschloss sodann,

- 8 Anlass hierzu gaben u. a. das Urteil des BVerfG zum BKAG vom 20.04.2016 – 1 BvR 966, 1140/09 – BVerfGE 141, 220 = BayVBl. 2016, 589 (amtliche Leitsätze) sowie die Datenschutz-Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.04.2016, aber auch eine Reihe von Bedürfnissen aus der polizeilichen Praxis sowie weiterer neuerer Rechtsprechung.
- 9 „Behördenhandeln um die Person des Attentäters vom Breitscheidplatz Anis Amri“, abrufbar unter www.bmi.de. Insbesondere lässt sich hier ablesen, dass die Verwendung von Alias-Namen, das Pendeln zwischen verschiedenen Bundesländern und das Nicht-Auffinden an der Meldeadresse immer wieder die Arbeit der Behörden erschweren und verzögerten.
- 10 Pressemitteilung v. 24.01.2017, Bericht aus der Kabinettsitzung, www.stmi.bayern.de/med/aktuell/archiv/2017/170124inneresicherheit/.
- 11 BVerfG, U.v. 20.04.2016 a. a. O. (Fn. 8).
- 12 Gesetzentwurf in der Fassung der Verbändeanhörung, abrufbar unter www.stmi.de/assets/stmi/ser/gesetzentwurfe/gesetzentwurf_-gesetz_zur_effektiveren_Uberwachung_gefaehrlicher_personen.pdf.
- 13 Pressemitteilung v. 24.02.2017, Prof. Dr. Thomas Petri, abrufbar unter www.datenschutz-bayern.de/presse/2017224_Gesetz_Ueberwachung_gefaehrlicher_Personen.de.
- 14 Stellungnahme v. 14.03.2017, abrufbar unter www.bayrv.de.
- 15 Art. 11 im Entwurf:
„(3) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr auch treffen, wenn im Einzelfall 1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, oder 2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung entsteht (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 14 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.“
- 16 Der Gesetzentwurf in der Fassung der Verbändeanhörung (vgl. Fn. 15) sah hier noch eine Tatbestandsvariante der Ingewahrsamnahme bei drohender Gefahr für bedeutende Rechtsgüter vor.
- 17 LT-Drs. 17/16299 S. 1. Dort wird neben der Aufgabe der Terrorabwehr explizit auch auf Gefahren durch Amoktaten und Gewalttaten mit extremistischem Hintergrund Bezug genommen.

eine Expertenanhörung zum Gesetzentwurf durchzuführen. Diese fand am 17. Mai 2017 statt¹⁸.

Im Nachgang zur Expertenanhörung reichten die Fraktionen von CSU und Freien Wählern je einen Änderungsantrag zum Gesetzentwurf der Staatsregierung ein¹⁹. Der CSU-Antrag bezweckte hierbei eine Änderung der Definition der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG, denn dort wurde auf zu erwartende *Gewalttaten* von erheblicher Intensität und Auswirkung abgestellt. Dies setze jedoch bereits begrifflich eine Tat mit einer physischen Komponente („Gewalt“) voraus. Gefahren für bedeutende Rechtsgüter mit zum Teil gravierenden Auswirkungen seien jedoch auch ausgehend von anderen Handlungen wie insbesondere Cyberangriffen, aber auch etwa von extremen, sich steigernden Formen des Stalking denkbar. Aus diesem Grund sei das Wort „Gewalttaten“ durch das Wort „Angriffe“ zu ersetzen. Der Antrag der Freien Wähler zielte ebenfalls auf eine Änderung der Definition der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG ab. Neben einer Modifikation der in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG aufgezählten bedeutenden Rechtsgüter solle der Begriff „Gewalttaten“ durch „Angriffe des nationalen oder internationalen Terrorismus oder Extremismus“ ersetzt und damit der Anwendungsbereich eingeschränkt werden, um die vom BVerfG im BKAG-Urteil gewählte Terminologie und Fokussierung aufzugreifen.

Die Zweite Lesung im Landtag fand am 19. Juli 2017 statt²⁰. Nach nochmaliger intensiver und kontroverser Diskussion wurde der Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen unter Ablehnung des Änderungsantrags der Freien Wähler in der Gestalt des CSU-Änderungsantrags mit den Stimmen der CSU und gegen die Stimmen von Bündnis 90/Die Grünen und einer fraktionslosen Abgeordneten beschlossen, wobei sich SPD, Freie Wähler und ein weiterer fraktionsloser Abgeordneter enthielten²¹. Das Gesetz trat am 1. August 2017 in Kraft²².

4. Reaktion

Die mediale Reaktion auf die neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei fiel teilweise sehr kritisch aus. Es wurde hauptsächlich darüber berichtet, dass Bayern nun die „Unendlichkeitshaft“ eingeführt habe, die an verfassungsrechtlich bedenklich niedrige Voraussetzungen geknüpft sei²³.

Am 15. September 2017 erhoben acht Einzelpersonen vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof (VerfGH) gegen eine Vielzahl aufgrund des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen geänderten Normen des PAG Popularklage²⁴. Inhaltlich richtet sich die Klage im Hauptantrag vor allem gegen den neu eingeführten Begriff der „drohenden Gefahr“, sowohl in der Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG als auch in weiteren speziellen Befugnisnormen. Es wird insbesondere ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV betreffend das Bestimmtheitsgebot geltend gemacht. Des Weiteren wenden sich die Kläger gegen die Neufassung des Art. 20 Nr. 3 PAG. Auch diese Neuregelung verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot und außerdem gegen Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BV i. V. m. Art. 5 EMRK.

IV. Inhalt des Gesetzes

Im Folgenden werden im Schwerpunkt die „neue“ Gefahrenkategorie „drohende Gefahr“ sowie die geänderten Voraussetzungen für eine präventive Ingewahrsamnahme und ihre Entfristung behandelt. Insbesondere wegen dieser Neuerungen sprechen Befürworter von einer „mutige(n) experimentelle(n) Gesetzgebung“²⁵, Skeptiker von einem „verfassungsrechtlich höchst fragwürdige(n) Gesetz“²⁶.

Diese Neuerungen werden jedoch nicht losgelöst betrachtet werden, sondern im Gefüge anderer Befugnisnormen, insbe-

sondere der ebenfalls neuen Möglichkeit der Anordnung einer Elektronischen Aufenthaltsüberwachung zur Überwachung von Aufenthaltsge- und -verboten.

Die Einführung der so genannten Quellen-TKÜ und die Anpassung der bestehenden Regelung zur Verkehrsdatenerhebung werden in diesem Beitrag nicht behandelt, da insoweit die rechtliche Auseinandersetzung über diese Instrumentarien seit Einführung der vergleichbaren Regelungen auf Bundesebene bereits anderweitig stattfindet²⁷.

1. Eingriffsbefugnis bei „drohender Gefahr“

a) Definition

Die Polizei darf nur handeln, wenn eine polizeiliche Aufgabe eröffnet ist. Art. 2 PAG regelt abschließend, wann dies der Fall ist. Nach Art. 2 Abs. 1 PAG ist es Aufgabe der Polizei, die allgemein oder im Einzelfall bestehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Das Recht der Gefahrenabwehr steht dabei als klassische Eingriffsverwaltung immer im Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit²⁸.

Wenn durch polizeiliches Handeln in die Rechte der Bürger eingegriffen wird, wird von einer polizeilichen Maßnahme gesprochen. Diese muss sich entweder auf eine Spezialbefugnis oder die polizeiliche Generalklausel stützen. Die polizeiliche Generalklausel ermächtigte die Polizei *bisher* erst bei Vorliegen einer konkreten Gefahr, also einer „Sachlage, bei der im *Einzel-fall* die *hinreichende Wahrscheinlichkeit* besteht, dass in *absehbarer Zeit* ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch *bestimmte Personen* verursacht wird“²⁹.

Durch die Einführung der neuen Gefahrenkategorie, der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG zum 1. August 2017, wird der Polizei ermöglicht, unter bestimmten Voraussetzungen nun frühzeitiger, nämlich schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr, einige polizeiliche Maßnahmen anzuordnen³⁰.

18 Bericht aus dem Innenausschuss von *Jan Dermietzel*, abrufbar unter www.bayern.landtag.de. Experten waren die Universitätsprofessoren Prof. Dr. *Markus Möstl*, Prof. Dr. *Josef Franz Lindner* und Prof. Dr. *Kyrill-Alexander Schwarz* sowie Prof. Dr. *Thomas Petri* (Landesbeauftragter für den Datenschutz), RiLG Dr. *Markus Löffelmann*, RiinOLG *Barbara Stockinger* und RA *Hartmut Wächter*. Siehe hierzu auch www.bayrvr.de/2017/05/17/landtag-innenausschuss-anhoerung-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen/. Dr. *Petri* als Beauftragter für den Datenschutz hatte aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten keine Einwendungen mehr gegen den Entwurf erhoben.

19 LT-Drs. 17/17058 (CSU), LT-Drs. 17/17191 (Freie Wähler).

20 Plenarprotokoll Nr. 109 S. 9769 – 9777, 9781 und Anlage 2. Außerdem ist die Plenarsitzung unter www.bayern.landtag.de unter „Plenum live“ als Video abrufbar.

21 Beschluss des Plenums 17/17847.

22 GVBl. 2017, 388.

23 „Bayern führt die Unendlichkeitshaft ein“ von *Heribert Prantl*, www.sueddeutsche.de, 20.07.2017, 08.08 Uhr, „Gefährder-Gesetz verschärft“ von *Lisa Schnell*, www.sueddeutsche.de, 19.07.2017, 18.15 Uhr und „Vorbeugehaft auf ewig? Opposition prüft Klage“ von *Robert Schlieker*, www.heute.de, 01.08.2017.

24 LT-Drs. 17/18653.

25 So Prof. Dr. *Kyrill Alexander Schwarz* in der Expertenanhörung, Bericht aus dem Innenausschuss von *Jan Dermietzel*, vgl. Fn. 18.

26 MdL *Schulze* (Die Grünen) im Bayerischen Landtag, Plenarprotokoll 17/6299.

27 Siehe hierzu *BVerfG*, U.v. 27.02.2008 – 1 BvR 370, 595/07 – *BVerfGE* 120, 274 und Diskussion zum Beispiel in *NJW* 2017, 329 ff. und 2646 ff., *ZPR* 2017, 130 ff., *ZPR* 2016, 88 ff., *DÖV* 2016, 624.

28 *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen-Heckmann*, *Öffentliches Recht in Bayern*, 7. Aufl. 2017, S. 246 Rn. 43.

29 *BVerfG*, U.v. 27.02.2008 a. a. O. (Fn. 27) Rn. 251.

30 Auch einige Spezialbefugnisse verlangen keine konkrete Gefahr. Insbesondere bei Befugnisnormen zur Gewinnung von Informationen ist zuletzt auf diese Voraussetzung verzichtet worden, so z. B. Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 oder Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG (Schleierfahndung), aber auch Art. 23 Abs. 4 und Art. 34a – c PAG, vgl. hierzu auch *Berner/Köhler/Käpf*, PAG, 20. Aufl. 2010, Art. 11 Rn. 5.

Eine „drohende Gefahr“ liegt nach der Legaldefinition in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG vor, wenn im Einzelfall (1) das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder (2) Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen auf abschließend genannte bedeutende Rechtsgüter zu erwarten sind. *Bedeutende Rechtsgüter sind dabei nach Art. 11 Abs. 3 Satz 2:* (1) Der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, (2) Leben, Gesundheit oder Freiheit, (3) die sexuelle Selbstbestimmung, (4) erhebliche Eigentumspositionen oder (5) Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.

Durch diesen Gefahrenbegriff sind also die Anforderungen an die *Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs* reduziert. Der Begriff *Angriffe* umfasst dabei auch Gefahrenlagen ohne körperliche Gewaltkomponente wie etwa Cyberangriffe oder auch gegebenenfalls Stalking.

Maßnahmen, die nunmehr bereits bei „*drohender Gefahr*“ für *bestimmte bedeutende Rechtsgüter* ergriffen werden können, sind

- atypische Maßnahmen, um den Sachverhalt aufzuklären (informativische Maßnahmen) und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut, soweit erforderlich (gemäß Art. 4 PAG), zu verhindern (aktionelle Maßnahmen, die in den Kausalverlauf eingreifen) nach Art. 11 Abs. 3 PAG
- Identitätsfeststellung (Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b PAG)
- Erkennungsdienstliche Behandlung (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 PAG)
- Platzverweisung, Aufenthaltsanordnung und Kontaktverbot (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PAG)
- Durchsuchung von Personen (Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG)
- Datenerhebung durch offene Bild- und Tonaufnahmen oder -aufzeichnungen (Art. 32 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b PAG)
- Elektronische Aufenthaltsüberwachung (Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG).

b) Verweisungstechnik

Der Landesgesetzgeber hat die bereits durch das BVerfG als besonders bedeutend definierten Rechtsgüter³¹ unter besonderen Schutz gestellt. Daneben hat er die sexuelle Selbstbestimmung, erhebliche Eigentumspositionen oder Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, in den Katalog der bedeutenden Rechtsgüter aufgenommen.

Die einzelnen Befugnisnormen verweisen nicht pauschal auf den gesamten Katalog in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG, sondern bestimmen konkret, zum Schutz welcher Rechtsgüter die einzelne Maßnahme erlaubt ist³². Art. 32a Abs. 1 Satz 1 PAG erlaubt beispielsweise „zur Abwehr einer Gefahr oder einer ‚drohenden Gefahr‘ für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut“ eine Elektronische Aufenthaltsüberwachung. Weil diese Maßnahme besonders eingriffsintensiv ist, wird der Kreis der besonders geschützten Rechtsgüter enger gezogen. Diese Maßnahme darf nicht angeordnet werden, nur um Eigentumspositionen zu schützen, gleich wie erheblich der Schaden wäre. Im Hinblick auf die geplanten weiteren Änderungen des PAG³³ ist davon auszugehen, dass diese Verweisungstechnik fortgesetzt wird und der Gesetzgeber auch in weiteren Befugnisnormen festlegt, welche Maßnahme zum Schutz welchen Rechtsguts schon im Vorfeld der konkreten Gefahr greifen kann.

Befugnisnormen (z. B. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 PAG), die eine „*Gefahr oder drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechts-*

gut“ voraussetzen, verlangen eine *konkrete oder eine „drohende Gefahr“ jeweils für ein bedeutendes Rechtsgut*. Dies ergibt sich im Umkehrschluss etwa aus dem nachstehenden Beispiel des Platzverweises in Art. 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PAG:

„Die Polizei kann zur Abwehr 1. einer Gefahr oder 2. einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Orts verbieten.“

Diese Formulierung lässt klar erkennen, dass die Maßnahme bei konkreter Gefahr für ein beliebiges Rechtsgut oder bei „drohender Gefahr“ (hier) für ein bedeutendes Rechtsgut gemäß Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG ergriffen werden kann.

c) Bestimmtheit der Norm

Kritiker des Änderungsgesetzes³⁴ machen geltend, dass der Begriff der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG gegen das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV verstoße.

Das Gesetz selbst zählt keine Vorbereitungshandlungen oder individuelles Verhalten auf. Dies gebietet die Natur einer abstrakten Norm und erhöht im Übrigen auch die Lesbarkeit und das Verständnis einer Norm. Es kommt klar zum Ausdruck, dass der Ausgangspunkt für die Annahme eines möglicherweise drohenden Schadens für ein bedeutendes Rechtsgut *im Tatsächlichen* liegen muss. Nur wenn objektive Umstände vorliegen (wie etwa das individuelle Verhalten einer Person oder Vorbereitungshandlungen gegebenenfalls zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen), sind Maßnahmen der Polizei zulässig. Eine konkrete Prüfung im Einzelfall kann aufgrund des Gebots, allgemeingültige Normen zu schaffen, nicht im Vorfeld abstrakt im Gesetzeswege vorweggenommen werden. Die Nähe der Formulierung der „drohenden Gefahr“ im PAG zu den Ausführungen des BVerfG und die Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG zum BKAG in der Gesetzesbegründung ermöglichen eine sachgerechte Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs.

d) Vorverlagerung der Gefahr

Die Abwehr von Gefahren ist neben der Strafverfolgung die Kernaufgabe der Polizei. Hierfür stehen ihr im PAG informationelle und aktionelle Befugnisnormen zur Verfügung. Der Verfassungsschutz hingegen ist ausschließlich für die Vorfeldaufklärung zuständig, verfügt jedoch über keine Eingriffsrechte, sondern informiert erforderlichenfalls andere Behörden wie die Polizei über die von ihm erlangten Erkenntnisse, die anschließend eigene Maßnahmen ergreifen kann. Kritiker des Änderungsgesetzes befürchten, dass durch die Einführung der „dro-

31 „Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber einen *wirksamen Schutz* der Grundrechte und Rechtsgüter der Bürgerinnen und Bürger zu sichern.

Für die verfassungsrechtliche Prüfung der Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass die verfassungsmäßige Ordnung, der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie Leib, Leben und Freiheit der Person Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichen Gewicht sind“ BVerfG U.v. 20.04.2016 a. a. O. (Fn. 8) Rn. 100.

32 Ziel des Gesetzgebers war ausweislich seiner Begründung, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in konsequenter Weise je nach Wichtigkeit und Systematik der jeweiligen Eingriffsmaßnahmen zum Teil auch nur eingeschränkt auf den Rechtsgüterkatalog des Absatzes 3 Satz 2 zu verweisen, LT-Drs. 17/16299 S.10.

33 Die Bayerische Staatsregierung hat am 28.11.2017 einen Gesetzentwurf in die Verbändeanhörung gegeben. Abrufbar unter <https://bayrvr.de/wp-content/uploads/hier.pdf>.

34 Vgl. Bericht aus dem Innenausschuss von *Jan Dermietzel* (Fn. 18) und www.bayrvr.de/2017/05/17/landtag-innenausschuss-anhoerung-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen/#more-49072.

henden Gefahr“ ins PAG das Trennungsprinzip³⁵ aufgeweicht würde. Da die Polizei in Freiheitsrechte eingreifen darf, sei eine Vorverlagerung der Gefahr unzulässig.

Die Frage ist jedoch, ob sich mit Einführung der „drohenden Gefahr“ in den Art. 11 Abs. 3 PAG die Möglichkeit der Polizei, Maßnahmen zu ergreifen, überhaupt und, wenn ja, wie weit in ein Gefahren-Vorfeld ausgeweitet hat.

Ausgangspunkt für diese Überlegung ist der Gefahrenbegriff³⁶. Landesgesetzgeber nannten bisher nur die abstrakte, konkrete, gegenwärtige und dringende Gefahr, wobei in der Regel erst bei Vorliegen einer konkreten Gefahr Eingriffsmaßnahmen vorgenommen werden können³⁷. Schon der in der Polizeirechtsdogmatik verwendete Begriff des konkreten Gefahrenverdachts findet sich nicht normiert. Die Gefahrenkategorien sind entweder durch ihre Nähe zum erwarteten Schadeneintritt oder durch eine Beschränkung der zu schützenden Rechtsgüter voneinander abzugrenzen. Es liegt in der Natur der Rechtsauslegung, dass die Kategorien ineinander übergehen und sich ihr Anwendungsbereich auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung ändern kann³⁸.

aa) „Je-desto“-Formel in der Literatur

In der Literatur wird zur Beantwortung der Frage, wann eine Gefahr vorliegt, zu deren Abwehr die Polizei Maßnahmen ergreifen darf, auf die so genannte „Je-desto“-Formel abgestellt. Danach ist die *Bedeutung des Rechtsguts* und die *Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts (Gefahr)* zu bewerten und in ein Verhältnis zur *Intensität des Grundrechtseingriffs* des Betroffenen zu stellen³⁹. Je größer die Bedeutung des Rechtsguts und damit der Umfang des Schadens ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts. Ausgang der Abwägung ist dabei die Relation zwischen Schadenrisiko und gefährdetem Rechtsgut. Trotz Prognoseunsicherheit kann eine für polizeiliche Maßnahmen relevante Gefahrenschwelle dann erreicht sein, wenn das gefährdete Rechtsgut von entsprechend hoher Bedeutung ist. Die Polizei darf nach allen Meinungen bereits dann die Gefahr erforschen und vorbeugende Sicherheitsmaßnahmen ergreifen, um ihren staatlichen Schutzauftrag erfüllen zu können⁴⁰. Diese Pflicht hierzu ergibt sich aus Art. 99 Abs. 2 BV⁴¹.

bb) Neue Gefahrenkategorie durch das BVerfG

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum BKAG⁴² ausdrücklich klargestellt, dass die Verfassung den Gesetzgeber *nicht* von vornherein dahingehend beschränkt, dass Eingriffstatbestände nur zur Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren greifen. So heißt es: „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“⁴³, und wird festgestellt, dass „eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne (...) danach schon bestehen (kann), wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen“⁴⁴.

Das BVerfG arbeitete in dem vorgenannten Urteil einen Zeitraum heraus, welcher nach einem konkreten Gefahrenverdacht beginnt, aber noch keine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut darstellt. Nach eigener Definition⁴⁵ fängt diese erst an, wenn das Umschlagen einer Gefahr in einen Schaden bereits zeitlich absehbar und hinreichend konkret ist. Wenn ein zum Schaden führender Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorherzusehen ist, aber bestimmte, auf Tatsachen beruhende Hinweise existieren, die eine im Einzelfall drohende

Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut begründen, sieht das BVerfG keine verfassungsrechtlichen Bedenken, der Polizei Befugnisse zu geben, um diese Rechtsgüter wirksam zu schützen. Man kann daher feststellen, dass das BVerfG in seinem Urteil zum BKAG den Zeitraum, in dem Maßnahmen mit Grundrechtseingriffen bereits erlaubt sein können, als „drohende Gefahr“ definiert, dabei aber gerade nicht den Gefahrenbegriff selbst ausgeweitet hat.

cc) Erläuternde Fallbeispiele

Wenn also eine von verschiedenen Nachrichtendiensten als Gefährder eingestufte und als Mitglied des Islamischen Staates erkannte Person, die in Syrien an Kampfhandlungen teilgenommen hat, im Internet Explosivmittel in seine deutsche Unterkunft bestellt, so mag zwar noch unklar sein, wo und wann sich die Gefahr realisiert, dennoch sollen nach dem BVerfG schon zu diesem Zeitpunkt der Polizei Rechtseingriffe gestattet werden können⁴⁶. Losgelöst von der Terrorgefahr lässt sich die vom BVerfG vorgenommene Wertung zum Beispiel auch auf einen Fall übertragen, in der eine Person einer anderen unbefugt nachstellt und dabei ihre Handlungen trotz Gefährderansprachen durch die Polizei fortsetzt und diese mit der Zeit quantitativ oder qualitativ weiter steigert. Auch hier gibt es neben dem Erfordernis der Strafverfolgung ein Bedürfnis zur effektiven Überwachung dieser gefährlichen Person, da der Schadeneintritt für Leib und Leben unabhängig von der konkreten Art und Weise droht⁴⁷.

Ausgangspunkt für polizeiliches Handeln bleibt aber das Tatsächliche und der konkrete Einzelfall. Nicht ausreichend sind

- 35 Durch das Trennungsgebot wird kraft Gesetzes eine organisatorische und befugnisrechtliche Trennung von Verfassungsschutz und Polizei vorgegeben, siehe auch *BVerfG*, U.v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – *BVerfGE* 193, 277 = *BayVBl.* 2013, 713 zur Antiterrordatei.
- 36 Einen guten Überblick über die verschiedenen Arten der Gefahren bieten *Schmidbauer/Steiner*, *BayPAG*, 4. Aufl., Art. 11 Rn. 39 ff.
- 37 Siehe Fußnote 30.
- 38 Das *BVerfG* hat in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung v. 27.02.2008 a. a. O. (Fn. 27) nicht nur das Vorliegen einer konkreten Gefahr „im Tatsächlichen“ (Einzelfallbezug), sondern auch eine zeitliche Nähe für das Umschlagen der Gefahr in einen Schaden sowie einen Bezug zu einem Verursacher gefordert. Der Begriff der konkreten Gefahr ist damit enger geworden.
- 39 *Berner/Köhler/Käß*, *PAG*, 20. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 24.
- 40 *Berner/Köhler/Käß*, *PAG*, 20. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 24; *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen-Heckmann*, *Öffentliches Recht in Bayern*, 7. Aufl. 2017, S. 276 Rn. 127 ff. und *Schmidbauer/Steiner*, *BayPAG*, 4. Aufl., Art. 11 Rn. 34 f.
- 41 So aber auch das *BVerfG*: „Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber einen wirksamen Schutz der Grundrechte und Rechtsgüter der Bürgerinnen und Bürger zu sichern. Für die verfassungsrechtliche Prüfung der Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass die verfassungsmäßige Ordnung, der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie Leib, Leben und Freiheit der Person Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht sind. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm – unter Achtung von Würde und Eigenwert des Einzelnen – zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung Verfassungswerte sind, die mit anderen hochwertigen Verfassungsgütern im gleichen Rang stehen.“, *BVerfG*, U.v. 04.04.2016 – 1 BvR 518/02 – *BVerfGE* 115, 320/346 f.
- 42 *BVerfG*, U.v. 20.04.2016 a. a. O. (Fn. 8).
- 43 *BVerfG*, U.v. 20.04.2016 a. a. O. (Fn. 8) Rn. 112.
- 44 Ebenda.
- 45 *BVerfG*, U.v. 27.02.2008 a. a. O. (Fn. 27) Rn. 251.
- 46 Nicht in jedem Fall wird der Verdacht einer Straftat nach §§ 89a, 129a oder 310 StGB bejaht werden können bzw. ein Haftgrund nach § 112 StPO, vgl. <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2017/11/2017-11-01-terrorverdacht-schwerin.html>.
- 47 Insbesondere in Fällen häuslicher Gewalt oder Stalking. Über die begrenzten Nutzen von bloßen Kontaktverboten, polizeilichen Gefährderansprachen und strafrechtlicher Verfolgung bei Nachstellung siehe: „Tagebuch eines Stalkingopfers“, www.sueddeutsche.de, 20.08.2016, 13:16 Uhr zum „Giesinger Stalker Mord“.

nach den Ausführungen des BVerfG „relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren“⁴⁸.

e) Einführung der „drohenden Gefahr“ ins Bayerische PAG

Die vom BVerfG eröffnete Möglichkeit hat der bayerische Gesetzgeber als erster Landesgesetzgeber aufgegriffen. Dass er sich dabei nicht nur auf die Gefahren des Terrorismus beschränkt⁴⁹, ist dem Umstand geschuldet, dass die Länderpolizei einen weit aus größeren Aufgabenbereich als das BKA hat⁵⁰. Wenn höchste Rechtsgüter wie Leben und Freiheit bedroht sind, macht es keinen Unterschied, ob die Gefahr von einem Terroristen, Amoktäter oder einem anderen Verbrecher ausgeht, zumal eine genaue Charakterisierung der Gefahrenursache oftmals erst im Nachhinein möglich ist. Solange die Aufgabe der Landespolizei die allgemeine Gefahrenabwehr ist, wäre es der Systematik des PAG wesensfremd, die Zulässigkeit einer Maßnahme davon abhängig zu machen, woher die Gefahr kommt, und nicht davon, welches Rechtsgut es bedroht.

f) Zwischenfazit

Eine Vorverlagerung von Eingriffsrechten in ein Gefahrenvorfeld im Sinne des Aufgabenbereichs des Verfassungsschutzes lässt sich anhand der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht begründen. Der bayerische Gesetzgeber hat von der verfassungsrechtlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, polizeiliche Befugnisse nicht nur zur Abwehr konkreter oder gegenwärtiger Gefahren zu normieren. Im Spannungsverhältnis von Sicherheit und Freiheit stärkt Art. 11 Abs. 3 PAG den Anspruch auf Sicherheit durch einen starken, handelnden Staat, ohne zu intensive Rechtseingriffe in diesem Stadium zu erlauben.

Der bayerische Gesetzgeber hat eindeutig und abschließend bestimmt, welche Rechtsgüter für ihn so schützenswert sind, dass hierfür Abstriche in der Vorhersehbarkeit für den Schadenseintritt hinzunehmen sind. Die erlaubten Maßnahmen bei Vorliegen einer „drohenden Gefahr“ sind zum größten Teil weniger eingriffsintensive Maßnahmen⁵¹. Zwar sind nach dem bayerischen PAG anders als nach dem vom BVerfG zu prüfenden BKAG auch aktionelle Befugnisse bei Vorliegen einer „drohenden Gefahr“ erlaubt, diese sind jedoch nicht per se eingriffsintensiver als diese⁵². Die Normen, die aktuell auf Art. 11 Abs. 3 PAG verweisen, sind durchweg offene Maßnahmen, sodass nachträglicher Rechtsschutz ohne Zeitverzug möglich ist.

Wenn es also in der Begründung des Gesetzes heißt, man habe eine „moderate Arrondierung“ des Gefahrenbegriffs vorgenommen, so ist das zumindest gut vertretbar. Eine Vorverlagerung der Gefahr in einen Bereich, der nicht mehr der Zuständigkeit der Polizei entspricht und damit das Trennungsprinzip verletzen würde, ist durch die Einführung der neuen Gefahrenkategorie ins PAG nicht festzustellen.

2. Elektronische Aufenthaltsüberwachung

In Art. 32a Abs. 1 PAG wurde zur Abwehr einer Gefahr oder einer „drohenden Gefahr“ für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut eine Rechtsgrundlage zur Anordnung einer präventiven Elektronischen Aufenthaltsüberwachung geschaffen. Zudem wurden speziell normierte Befugnisse zu orts- und gebietsbezogenen Aufenthaltsge- und -verboten sowie Kontaktverboten (Art. 16 Abs. 2 PAG), zu deren Überwachung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen gegebenenfalls auch die Elektronische Aufenthaltsüberwachung (Art. 32a PAG) durch einen Richter angeordnet werden kann, ins PAG aufgenommen. Soll ein Bewegungsbild mit den durch eine Elektronische Aufenthaltsüberwachung erhobenen Daten erstellt werden, so ist dies durch einen Richter besonders anzuordnen (Art. 32a Abs. 3 Satz 3 PAG).

Es gelten, wie für jede polizeiliche Maßnahme, die Art. 7 ff. PAG, das heißt, dass eine Maßnahme grundsätzlich gegen die Person gerichtet werden muss, die eine Gefahr verursacht.

Dass mithilfe einer Elektronischen Aufenthaltsüberwachung Anschläge nicht stets verhindert werden können⁵³ (vgl. den Anschlag auf einen Priester in Frankreich⁵⁴), ändert nichts daran, dass die Elektronische Aufenthaltsüberwachung nach Maßgabe einer Prüfung im Einzelfall eine prinzipiell geeignete, erforderliche und auch angemessene Maßnahme darstellen kann⁵⁵, die zudem unter grundsätzlichem Richtervorbehalt steht. Beachtet beispielsweise der Adressat eines polizeilichen Kontaktverbots oder eines Aufenthaltsge- oder -verbots die Anordnung nicht, so muss der Polizei die Möglichkeit der Durchsetzung zustehen. Neben der Möglichkeit, die entsprechenden Anordnungen, die Verwaltungsakte im Sinne des Art. 35 Satz 1 BayVwVfG darstellen, nach Maßgabe der Art. 53 ff. PAG zwangsweise durchzusetzen, kommt nunmehr auch die Anordnung einer Elektronischen Aufenthaltsüberwachung als im Vergleich zum Gewahrsam mildere Maßnahme in Betracht.

Insbesondere aber auch in Fällen häuslicher Gewalt oder von Nachstellung stellt die Elektronische Aufenthaltsüberwachung eine geeignete Maßnahme zum Schutz von bedeutenden Rechtsgütern wie Gesundheit, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung dar⁵⁶. So ist die Maßnahme im Sinne eines abgestuften, verhältnismäßigen polizeilichen Einschreitens zwischen dem milderen Mittel der Gefährderansprache, eines nicht elektronisch überwachten Platzverweises, aber noch vor einer präventiven Ingewahrsamnahme einzuordnen. Die Polizei gewinnt durch die Maßnahme neue Informationen zur Gefährderbewertung, nämlich inwiefern der Betroffene kooperiert und Anordnungen und Gesetze befolgt⁵⁷.

48 BVerfG v. 20.04.2016 a. a. O. (Fn. 8) Rn. 113.

49 Dieses wurde, insbesondere von der Opposition, immer wieder kritisiert, z. B. MdL Schulze (Die Grünen) bei der Expertenanhörung, vgl. www.bayrvtv.de/2017/05/17/landtag-innenausschuss-anhoerung-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen/#more-49072.

50 LT-Drs. 17/16299 S. 9.

51 Ein Großteil beschränkt sich darauf, weitere Informationen bzw. Tatsachen zu gewinnen (Identitätsfeststellung, erkennungsdienstliche Behandlung, Durchsuchung, Bild- und Videoaufnahmen), um die Gefahr weiter zu erforschen. Andere Maßnahmen stehen als Mindermaßnahmen im unmittelbaren Bezug zu eingriffsintensiveren Maßnahmen (Platzverweis und EAÜ statt Gewahrsam). Eine Gewahrsamnahme ist z. B. erst möglich, wenn ein konkreter Verdacht besteht. Die Hürden einer Quellen-TKÜ sind nochmals höher.

52 Die Möglichkeit der offenen Identitätsfeststellung kann schwerlich mit den vom BVerfG im BKAG-Urteil zu beurteilten Befugnisnormen zur heimlichen Datenerhebung verglichen werden, bei denen jedoch vom BVerfG zum Teil explizit die Tatbestandskomponenten der drohenden Gefahr für anwendbar erachtet wurden.

53 Eine lückenlose Observation ist in der Praxis oft nicht möglich oder extrem aufwendig. Einen Gefährder teilweise aus den Augen zu verlieren, ist angesichts der Gefahrenlage jedoch auch nicht vertretbar. Vgl. hierzu auch LT-Drs. 17/16299 S. 1 und 10.

54 „Attentat mit Fußfessel“, www.faz.net, 26.07.2016, 23:43 Uhr.

55 „Sie hilft der Polizei ganz erheblich, den Bewegungsspielraum von Gefährdern einzuschränken, schneller deren Aufenthalt zu bestimmen und sie damit effektiver zu überwachen“, Staatsminister MdL Herrmann (CSU), Pressemitteilung v. 19.07.2017, abrufbar unter www.bayern.de/Herrmann-mehr-polizeiliche-befugnisse-zur-abwehr-von-sicherheitsgefahren.de.

56 Vgl. hierzu auch Pressemitteilung des StMI v. 22.09.2017, abrufbar unter www.stmi.de/med/pressemitteilungen/: „Bei dem Fall geht es um einen Mann, der in den vergangenen Jahren regelmäßig seine ehemalige Ehefrau massiv bedroht und verletzt hatte. Die Situation hatte sich über Jahre zunehmend verschärft. Ein Amtsrichter ordnete nunmehr auf Antrag der Polizei wegen drohender Gefahr für die Ex-Frau und ihre Kinder die elektronische Fußfessel an“.

57 Über die begrenzten Nutzen von bloßen Kontaktverboten, polizeilichen Gefährderansprachen und strafrechtlicher Verfolgung bei Nachstellung siehe: „Tagebuch eines Stalkingopfers“, www.sueddeutsche.de, 20.08.2016, 13:16 Uhr.

Wichtig ist es in diesem Zusammenhang, die Elektronische Aufenthaltsüberwachung nicht als isolierte Maßnahme zu sehen, sondern als eine Maßnahme der Polizei aus einem umfangreichen Maßnahmenkanon. Leistet der Betroffene dieser nicht Folge, so ist gemäß Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG eine Ingewahrsamnahme möglich. Diese stellt grundsätzlich eine „ultima ratio“ zur Abwehr von Gefahren dar. Der Verantwortliche hat durch die Befolgung der Anordnung der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung als milderes Mittel zur Ingewahrsamnahme die Gelegenheit zur Pflichtenerfüllung. Es ist ihm dabei zumutbar, die vorhergehende Maßnahme, zudem auch die Elektronische Aufenthaltsüberwachung ohnehin unter Richtervorbehalt steht, rechtlich überprüfen zu lassen und in dieser Zeit die Maßnahme dennoch zu befolgen. Zudem steht die Ingewahrsamnahme selbst unter richterlicher Entscheidung, bei der die entsprechenden Gründe sorgfältig geprüft werden.

3. Präventiver Gewahrsam

a) Voraussetzungen

Im Hinblick auf den neuen Art. 17 PAG kommt es in der öffentlichen Diskussion immer wieder zu „Unschärfen“ in der Darstellung. So schreibt die Süddeutsche Zeitung: „Jetzt aber kann die Polizei Personen schon vorher überwachen oder in Gewahrsam nehmen. Statt einer konkreten Gefahr braucht es zukünftig nur noch eine ‚drohende Gefahr‘, eine von der CSU-Regierung neu geschaffene Kategorie“. Und in einem anderen Artikel selbiger Zeitung heißt es: „In Bayern kann man künftig, ohne dass eine Straftat vorliegt, schon wegen ‚drohender Gefahr‘, unbefristet in Haft genommen werden“. Dies ist unzutreffend. Zwischen der „drohenden Gefahr“ und der Haftentfristung ist strikt zu trennen. Die Voraussetzungen für eine Ingewahrsamnahme finden sich in Art. 17 PAG. Demnach kann seit Inkrafttreten des Änderungsgesetzes ein Gewahrsam auch zur Abwehr einer konkreten Gefahr für ein bezeichnetes, bedeutendes Rechtsgut (Nr. 3), zur Durchsetzung einer Platzverweisung, einer Aufenthaltsanordnung oder eines Kontaktverbots (Nr. 4) sowie bei Nichtbefolgen einer angeordneten elektronischen Aufenthaltsüberwachungsmaßnahme (Nr. 5) angeordnet werden. Der Tatbestand des Schutz- und Unterbindungsgewahrsams (Nr. 1 und 2) bleibt unverändert. Lediglich die Tatsache, dass von einer Person eine „drohende Gefahr“ ausgeht, reicht also nicht aus, um sie in Gewahrsam zu nehmen. Der Umstand einer willentlichen Nichtbefolgung der – bereits bei „drohender Gefahr“ zulässigen – Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung ergibt jedoch in der Regel eine Verdichtung der Gefahrbeurteilung (nicht kooperationswilliger Gefährder) und damit anknüpfend an die Verletzung der auferlegten Verpflichtung den Grund zur Ingewahrsamnahme⁵⁸. Die Möglichkeit des Rechtsbehelfs gegen die ohnehin grundsätzlich nur auf (amts-)richterliche Anordnung zulässige Elektronische Aufenthaltsüberwachung stand bzw. steht dem Betroffenen ohnehin offen.

Der Anordnung einer Ingewahrsamnahme geht eine Abwägung unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen dem Rechtsgut auf Freiheit des Betroffenen und der Gefahr für die geschützten Rechtsgüter voraus.

b) Verzicht auf eine absolute Höchstfrist

Art. 104 Abs. 2 GG und Art. 102 Abs. 2 Satz 2 BV bestimmen zwar den Vorbehalt des Gesetzes sowie den Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung, eine Höchstdauer ist mit dem Gesetzesvorbehalt jedoch nicht verbunden. Obergrenzen sind dort nur für das Festhalten allein aufgrund polizeilicher Anordnung geregelt.

Wenn im Einzelfall der Schutz eines Rechtsguts überwiegt und ein Schaden abzuwenden ist, soll dieser Schutz nicht durch reinen Zeitablauf enden müssen. Der Schutzauftrag des bayerischen Staates, wie er in Art. 99 Abs. 2 BV an die Polizei, aber auch an den Gesetzgeber festgeschrieben ist, kann nicht unabhängig von einer Gefahrenprognose nach einer abstrakt festgeschriebenen Frist erlöschen⁵⁹.

Der Schutz endet nämlich vorrangig dann, wenn der Anordnungsgrund weggefallen ist (vgl. Art. 20 Nr. 1 PAG). Wenn z. B. keine konkrete Gefahr mehr besteht, ist deshalb auch bei längerfristigen Gewahrsamanordnungen der Freiheitsentzug von der Polizei unverzüglich zu beenden und die Gewahrsamanordnung vom Gericht von Amts wegen unverzüglich aufzuheben (§ 26 FamFG und Art. 18 Abs. 3 Satz 3 PAG i. V. m. § 426 Abs. 1 FamFG). Durch Art. 20 Nr. 3 PAG ist sozusagen als Auffangtatbestand aber sichergestellt, dass ein Richter bereits in der Anordnung des Gewahrsams die Dauer der Freiheitsentziehung bestimmt und *spätestens* nach drei Monaten eine neue Entscheidung über die Fortdauer treffen muss. Eine Verlängerung ist nur bei Vorliegen einer der Voraussetzungen des Art. 17 PAG möglich. Der Richter muss also einen Anordnungsgrund wie z. B. die konkrete Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut nach einer erneuten Prüfung abermals bejahen. Auch jeder Verlängerung einer Ingewahrsamnahme geht eine Abwägung unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen dem Rechtsgut auf Freiheit des Betroffenen und der Gefahr für die geschützten Rechtsgüter voraus, das heißt, auch die Ergreifung milderer Mittel muss stetig von Polizei geprüft werden⁶⁰. Dadurch wird dem zunehmenden Gewicht des Freiheitsanspruchs, das dieser mit längerem Gewahrsam erhält, Rechnung getragen.

Das BVerfG stellt zwar hohe Anforderungen an die präventive Freiheitsentziehung, die nicht dem Schuldausgleich dient. Zum Schutz höchster Rechtsgüter war unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach dem BVerfG jedoch sogar die nachträglich angeordnete Sicherheitsverwahrung in bestimmten Fällen aufrechtzuerhalten⁶¹. Beispiele für Gesetze, auf deren Grundlage unter Einhaltung der richterlichen Kontrolle einer Person ohne gesetzliche Höchstfrist präventiv die Freiheit entzogen werden kann, sind die Unterbringungsgesetze oder Psychisch-Kranken-Hilfegesetze der Länder⁶², das Infektionsschutzgesetz

58 Die Kritik von RA *Wächler* in der Expertenanhörung „Menschen (...) sollen auf unbestimmte Zeit eingesperrt werden nur auf Grundlage ihrer Gesinnung“ ist insofern nicht nachvollziehbar, vgl. www.bayrvr.de/2017/05/17/landtag-innenausschuss-anhoerung-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen/.

59 Unabhängig von einer gesetzlichen Höchstfrist könnte grundsätzlich auch ein neuer Anordnungsgrund für einen Gewahrsam vorliegen, wenn durch die Freilassung (etwa weil keine anderen Maßnahmen ergriffen werden können) die konkrete Gefahr für das zu schützende, hochwertige Rechtsgut wieder aufleben würde.

60 Dies ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot (Art. 4 Abs. 3 PAG und 20.1 der VollzBek zu Art. 20 PAG): Die Polizei hat von Amts wegen ständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Freiheitsentziehung entfallen sind. Sie hat von sich aus darauf hinzuwirken, dass der Betroffene sobald wie möglich entlassen werden kann. Vgl. auch *Schmidbauer/Steiner*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl., Art. 20 Rn. 14.

61 *BVerfG* v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u. a. – BVerfGE 128, 326 zur Zulässigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung. So auch BT-Drs. 17/9874 S. 31: „Entsprechend den Vorgaben des BVerfG verlangt Satz 2 (des Art. 316 Abs. 1 EGStGB) konkret, dass beim Betroffenen eine psychische Störung vorliegt und aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten eine hochgradige Gefahr abzuleiten ist, er werde infolge dieser Störung schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen“.

62 „Die gefährdeten Rechtsgüter müssen von erheblichem Gewicht, die den geschützten Rechtsgütern drohende Gefahr muss erheblich sein“; *Bay-OblG*, B.v. 20.07.2001 – 3Z BR 69/01 sowie *BayOblGZ* 1989, 17/20 und 1998, 116/118.

sowie die Strafprozessordnung mit der Regelung zur Untersuchungshaft und das Strafgesetzbuch mit der Regelung zur Sicherungsverwahrung.

Eine Ingewahrsamnahme nach Art. 17 PAG betrifft dagegen Personen, deren Steuerungsfähigkeit und Fähigkeit zur freien Willensbildung nicht durch Krankheit ausgeschlossen oder eingeschränkt ist. Durch abgestufte polizeiliche Maßnahmen, die im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Anwendung kommen, ist auch sichergestellt, dass potenzielle Störer im Vorfeld ihrer Inhaftierung (oft mehrfach) die Gelegenheit haben, durch ein Ändern ihres steuerbaren Verhaltens zu beeinflussen, dass die eingriffsintensivere Maßnahme nicht gegen sie verhängt und durchgesetzt werden muss. Adressat einer polizeilichen Maßnahme ist vorrangig und grundsätzlich derjenige, der durch sein Verhalten verantwortlich und damit Störer ist.

c) Anforderungen der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK)

Die Regelung steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Nach Art. 5 Nr. 1 Satz 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Freiheit. Sie darf nach Satz 2 der Vorschrift nur in den nachfolgenden Fällen der Buchstaben a bis f entzogen werden. Der präventive Gewahrsam fällt hierbei unter Art. 5 Nr. 1 Satz 2 Buchst. b EMRK⁶³. Danach darf die Freiheit zur Erzwingung einer gesetzlichen Verpflichtung entzogen werden. Der EGMR führt hierzu aus: „Eine solche Verpflichtung kann darin bestehen, die Begehung einer nach Ort, Zeitpunkt und Opfer hinreichend konkretisierten Straftat zu unterlassen und stattdessen Frieden zu wahren“⁶⁴.

Diesen Anforderungen wird die tatsächlich in Kraft getretene Regelung zur Ingewahrsamnahme (Art. 17 PAG) gerecht. Die konkrete Gefahr (Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG) ist nach der Rechtsprechung des BVerfG eng auszulegen⁶⁵. Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG erfüllen die Voraussetzungen insofern, als dass der Betroffene entsprechend der Rechtsprechung des EGMR vor seiner Ingewahrsamnahme die Gelegenheit zur Pflichtenerfüllung versäumt hat. Zudem bedarf es nach dem EGMR zuvor eines Hinweises auf die konkret zu unterlassende Handlung und der Weigerung des Betroffenen, diese zu unterlassen⁶⁶. Dies ist in Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG ohnehin tatbestandsimmanent für eine Ingewahrsamnahme. Auch bei den anderen Varianten gebietet aber bereits der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass zunächst mildere polizeiliche Mittel zur Anwendung kommen, und erst dann, wenn diese fruchtlos bleiben, ein Gewahrsam angeordnet werden kann⁶⁷. Eines solchen Warnhinweises bedarf es nach Ansicht des BVerfG allerdings ausnahmsweise nicht, wenn der Betroffene eindeutige und aktive Schritte unternommen hat, die darauf hindeuten, dass er seiner Verpflichtung, den Frieden durch die Nichtbegehung einer spezifischen und konkreten Straftat zu wahren, nicht erfüllen wird⁶⁸.

IV. Fazit und Ausblick

Nach Art. 99 Satz 2 BV ist es die Pflicht der Bayerischen Polizei, Gefahren abzuwehren. Der Gesetzgeber hat dabei so genau wie möglich zu regeln, welche Maßnahme sie wann ergreifen darf.

Insgesamt steht der Bayerischen Polizei nun ein größeres Instrumentarium von Maßnahmen zur Verfügung, mit denen sie auf verschiedene Bedrohungslagen abgestuft reagieren kann. Es ist deshalb zu erwarten, dass polizeiliche Maßnahmen zukünftig noch passgenauer auf die vorgefundene Situation angewendet werden; so können zunächst mildere Mittel zur Anwendung kommen und, wenn diese nicht greifen, auf

diesem Informationsgewinn aufbauend, kann die nächste Maßnahme ergriffen werden. Damit wird dem Gefährder immer wieder die Möglichkeit gegeben, nicht mehr Adressat weiterer Maßnahmen zu werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die neue Regelungstechnik Bayern nicht nur noch sicherer macht, sondern auch die Eingriffe in Freiheitsrechte weiterhin sorgfältig abgewogen erfolgen werden. Die Regelungen genügen den Anforderungen der Normenklarheit und Bestimmtheit. Die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe sind einer sachgerechten Auslegung zugänglich.

Erste Erfahrungen in Fällen eines längeren Gewahrsams deuten darauf hin, dass auch in besonderen Fällen die Höchstdauer von drei Monaten für die Erstanordnung nicht ausgeschöpft werden muss. Weitere Ermittlungen können schließlich genügend weitere Anhaltspunkte für die Einleitung eines Strafverfahrens und den Erlass eines Haftbefehls ergeben oder aber die konkrete Gefahr liegt im weiteren Fortgang nicht mehr vor, weil mildere, präventive Maßnahmen statt einer Verlängerung des Gewahrsams angeordnet werden können.

Die hohe praktische Bedeutung der neuen Befugnisnormen entfaltet sich gerade durch ihr Zusammenspiel.

Wenn ein Anschlag oder der Tod eines Stalking-Opfers nicht verhindert werden konnte, fragt sich die Öffentlichkeit im Anschluss regelmäßig, weshalb ein Täter, der bereits strafrechtlich vorbelastet war, nicht in Untersuchungshaft war⁶⁹.

Strafrecht ist aber ein vom Grundsatz ungeeignetes Mittel zur raschen Gefahrenabwehr. Das Strafverfahrensrecht mit seinen Grundsätzen wie der Unschuldsvermutung ist zu Recht ein sehr spezifisches Instrument des Staates. So soll etwa die Untersuchungshaft primär das Strafverfahren sichern, aber keine Anschläge und weitere Straftaten verhindern.

Wenn der Staat schnell handeln muss, weil Gefahren drohen, ist daher das von der Verfassung hierfür primär vorgesehene Gefahrenabwehrrecht anzuwenden. Die Änderungen im PAG sind deshalb die richtige Antwort auf die neuen Bedrohungen und veränderten Lebenswirklichkeiten. Die Reaktionsmöglichkeit der bayerischen Sicherheitsbehörden hat sich dadurch qualitativ und quantitativ erhöht.

63 Vgl. *EGMR*, *Epple v. Deutschland*, E.v. 24.03.2005 – Nr. 77909/01 – §§ 35 ff.; *Schwabe u. a. v. Deutschland*, E.v. 01.12.2011 – Nr. 8080/08, 8577/08 – §§ 71 ff.; *Ostendorf v. Deutschland*, E.v. 07.03.2013 – Nr. 15598/08 – §§ 68 ff. sowie *OVG Lüneburg*, U.v. 24.02.2014 – 11 LC 228/12; *EGMR*, U.v. 07.03.2013 – Nr. 15598/08.

64 *EGMR*, *Ostendorf v. Deutschland*, E.v. 07.03.2013 – Nr. 15598/08 – § 93.

65 *BVerfG* v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 – *BVerfGE* 120, 274 Rn. 251.

66 *EGMR*, U.v. 07.03.2013 – Nr. 15598/08.

67 Vgl. hierzu insgesamt LT-Drs. 17/16299 S. 12 „Der betreffenden Person werde dabei – etwa durch entsprechende polizeiliche Hinweise bei Gefährderansprachen, durch vorangegangene anderweitige Maßnahmen wie z. B. Aufenthaltsge- und -verbote, durch Fortsetzung ihres gefährdenden Verhaltens trotz Verhängung einer EAÜ oder aus früheren, sanktionierten Normverstößen – die Notwendigkeit der Beachtung entsprechender konkreter Ge- und Verbote im Sinn der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des BVerfG (vgl. etwa *BVerfG*, B.v. 18.04.2016 – 2 BvR 1833/12) in aller Regel hinreichend verdeutlicht sein“.

68 Vgl. *BVerfG*, B.v. 18.04.2016 – 2 BvR 1833/12 – Rn. 38 und *OVG Lüneburg*, U.v. 24.02.2014 – 11 LC 228/12 – Rn. 48.

69 Im Fall des Attentäters Amri wird z. B. noch immer untersucht, ob die Behörden dem zukünftigen Attentäter Amri bereits die Freiheit entziehen hätten können. Der nordrhein-westfälische Sonderermittler und Gießener Strafrechtsprofessor Prof. Dr. *Bernhard Kretschman* kam zu dem Urteil: „Da ist nichts, womit man ihn strafrechtlich hätte fassen können“. Der Berliner Sonderermittler *Jost* kommt hingegen zu dem Schluss, man hätte Amri auf Grund seiner strafrechtlichen Vergehen bereits festnehmen können. Nähere Informationen zum Streit unter „Gutachter entlastet Behörden im Fall Anis Amri“, www.zeit.de, 27.03.2017, 15:50 Uhr und „Sonderermittler: Polizei hätte Amri festnehmen können“, www.zeit.de, 12.10.2017, 16:56 Uhr.