

Isabella Rick*

Rechtsstaat in Gefahr? – Begriff und Verfassungswidrigkeit der „drohenden Gefahr“ in Artikel 11 Absatz 3 BayPAG

Abstract

Die Änderung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG) hat erheblichen Widerstand hervorgerufen. Kernstück der Novellierung ist eine neue Generalbefugnisklausel in Art. 11 Abs. 3 BayPAG, welche die Polizei zu einem Einschreiten bei „drohender Gefahr“ berechtigt. Der folgende Beitrag zeigt, dass sich die Novellierung in eine allgemeine Entwicklung einfügt, mit der das Polizeirecht sich mehr und mehr von den klassischen Konzepten der konkreten Gefahr und der Störereigenschaft löst und ein größeres Augenmerk auf polizeiliches Vorfeldhandeln legt. Dies ist nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* nicht per se mit dem Grundgesetz unvereinbar. Die neue bayerische Generalbefugnisklausel aber verstößt in ihrer konkreten Ausgestaltung gegen das Bestimmtheitsgebot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie ist nicht nur verfassungswidrig, sondern auch potentiell geeignet, besorgniserregende gesellschaftliche Folgen zu zeitigen.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft im achten Fachsemester an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ihr besonderer Dank gilt Herrn *Dr. Alexander Tischbirek* für seine freundliche Hilfe und seine wertvollen Verbesserungsvorschläge.

A. Ein Polizeigesetz als Politikum

Mit dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“¹ am 1.8.2017 wurde eine neue Kategorie der Gefahr in das bayerische Polizeirecht eingeführt, die, hoch umstritten, insbesondere nach den Vorstellungen von Bundesinnenminister *Seebofer* als Vorbild für die Polizeigesetze anderer Länder dienen soll.² Die Novelle hat ungewohnt massive Proteste gegen die Ausweitung der polizeilichen Befugnisse hervorgerufen, während Befürworter kritisierten, die öffentliche Debatte basiere auf einer verfälschenden Darstellung des Gesetzesinhalts.³

Im Folgenden soll die neue Generalbefugniklausel, die Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse bei „drohender Gefahr“ normiert, aus polizeirechtsdogmatischer und verfassungsrechtlicher Sicht beleuchtet werden. Dazu wird Art. 11 Abs. 3 bayerisches Polizeiaufgabengesetz (BayPAG) zunächst analysiert (**B. I.**) und mit klassischen Gefahrenbegriffen verglichen (**B. II.**). Dabei zeigt sich, dass die Norm sich in eine größere Entwicklung hin zu einer höheren Vorfeldorientierung einfügt (**C.**). Schließlich wird gezeigt, dass die Norm aufgrund des mit dieser Vorverlagerung einhergehenden Verlustes an Bestimmtheit und ihrer unverhältnismäßigen Weite verfassungswidrig ist (**D.**).

B. „Drohende Gefahr“ – Was ist das?

I. Der Wortlaut der neuen Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 BayPAG

Die neue Vorschrift lautet wie folgt:

Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall

1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder

¹ Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24.7.2017, BayGVBl. 2017, S. 388 ff.

² *Lutz*, Die innere Sicherheit im Land ist ein Flickenteppich, *Die Welt*, 4.8.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article180535920/Polizeigesetze-Die-innere-Sicherheit-im-Land-ist-ein-Flickenteppich.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

³ *AFP*, Joachim Herrmann wirft Gegnern von Polizeigesetz Lügenpropaganda vor, *Die Welt*, 11.5.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article176261458/Bayern-Joachim-Herrmann-wirft-Gegnern-von-Polizeigesetz-Luegenpropaganda-vor.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

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 Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. Bedeutende Rechtsgüter sind:
 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.

1. Tatbestand

a) Individuelles Verhalten einer Person begründet die konkrete Wahrscheinlichkeit (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BayPAG)

Die Formulierung der ersten Tatbestandsalternative ist sehr weit: Selbst Befürworter der Novelle geben zu, dass fast jedem menschlichen Verhalten eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Schutzgutsverletzung immanent ist.⁴

Unsicherheit stiftet zum einen die Verwendung des Adjektivs „konkret“; schon die Gesetzesbegründung⁵ unter Bezugnahme auf das Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz⁶ macht deutlich, dass die „konkrete Wahrscheinlichkeit“ eben nicht der konkreten Gefahr entsprechen soll, sondern im Sinne einer niedrigeren Eingriffsschwelle konzipiert ist: die Einführung der „drohenden Gefahr“ „als zusätzliche Gefahrbegriffskategorie“ diene „zur besseren Erfassung vor allem von Vorbereitungshandlungen“;⁷ „eine, im Einzelfall auch langanhaltende Überwachung“ werde „immer wichtiger, [...] gerade auch dann, wenn sich noch keine konkreten Straftaten einschließlich strafbarer Vortaten gesichert nachweisen lassen, [...] die von einer Person ausgehende Gefahr aber erneut bzw. nach wie vor hoch ist.“⁸ An die „konkrete Wahrscheinlichkeit“ des Art. 11 Abs. 3 BayPAG dürften somit geringere Anforderungen zu stellen sein als an

⁴ *Brodmerkel*, Der Gesetzesentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – gelungen mit Einschränkungen, BayRVR, 9.3.2017, abrufbar unter: <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzesentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁵ BayLT-Drucks. 17/16299, S. 9.

⁶ BVerfGE 141, 220 (220 ff.).

⁷ BayLT-Drucks. 17/16299, S. 2.

⁸ Ebd., S. 1.

die hinreichende Wahrscheinlichkeit der konkreten Gefahr.⁹

Zum anderen ist die Formulierung „individuelles Verhalten einer Person“ redundant;¹⁰ denn das Verhalten einer bestimmten Person ist immer individuell, und ein Verhalten im Sinne eines Handelns oder Unterlassens stets einer bestimmten Person zuzuordnen.

b) [...] oder Vorbereitungshandlungen lassen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zu [...] (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BayPAG)

Bei der zweiten Tatbestandsalternative ist vor allem fraglich, welche Bedeutung dem Begriff „Vorbereitungshandlungen“ zukommen soll. Denn auf was sind die Vorbereitungshandlungen gerichtet? Auf ein „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“? Oder auf „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“? Ist dieses Geschehen mit dem Angriff identisch, oder handelt es sich um einen dreistufigen Aufbau, bei dem zunächst „Vorbereitungshandlungen“ vorliegen müssen, die auf ein nicht näher beschriebenes, aber „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“ gerichtet sein müssen, welches wiederum die Begehung von Angriffen zum Ziel haben?

„Vorbereitungshandlungen“ setzen jedenfalls etwas Vorzubereitendes voraus. Die „drohende Gefahr“ zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der zu einem Schaden führende Kausalverlauf nicht so vorhersehbar ist wie bei einer konkreten Gefahr; worauf die Vorbereitungshandlungen sich beziehen, kann somit vor dem Ergreifen von Aufklärungsmaßnahmen noch gar nicht bekannt sein.¹¹ Interpretiert man „Vorbereitungshandlungen“ als bloße „Handlungen“, nimmt man dem Tatbestandsmerkmal jede begrenzende Wirkung, die darüber hinausgeht, dass es sich um menschliches Verhalten handeln muss (wodurch gleichzeitig der Unterschied zu Nr. 1 verschwimmen würde)¹²; legt man den Begriff jedoch restriktiv aus, sodass ein vorzubereitendes Geschehen bereits absehbar sein muss, so wird der Unterschied zur konkreten Gefahr weitgehend eingeebnet. Eine solche liegt schon vor, wenn Straftaten vorbereitet werden; sind Vorbereitungshandlungen ausnahmsweise selbstständig strafbewehrt, liegt sogar schon eine Störung vor.¹³

⁹ *Waechter*, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, 458 (460).

¹⁰ *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl 2018, 145 (148).

¹¹ *Ebd.*

¹² *Waechter* (Fn. 9), S. 460 sieht Nr. 1 darum als Grundtatbestand.

¹³ Vgl. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, Vorb. §§ 22 ff. Rn. 13 f.

Unklar ist, ob derselbe Wahrscheinlichkeitsmaßstab anzulegen ist wie in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1.¹⁴ Die Formulierung „den Schluss zulassen“ ist nach dem natürlichen Sprachgebrauch weiter als „die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen“. Weder Normtext noch Gesetzesbegründung geben allerdings Hinweise zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab.¹⁵

Auch bezüglich der Kriterien, nach denen das „seiner Art nach konkretisierte Geschehen“ konkretisiert sein muss, hüllt das Gesetz sich in Schweigen: Muss ein Ort oder ein bestimmtes Angriffsobjekt bekannt sein, oder das Mittel, mit dem angegriffen wird, etwa Sprengstoff oder Schusswaffen? Oder geht es eher um die Angreifer, etwa ihre Gesinnung und (falls vorhanden) ihren ideologischen Hintergrund?¹⁶

c) [...] wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen zu erwarten sind

Art. 11 Abs. 3 S. 1 BayPAG fordert, dass Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen zu erwarten sind. Dem Wortlaut nach setzt dies nicht unbedingt physische Gewalttaten voraus; erfasst sein sollen auch etwa Cyberangriffe oder Stalking.¹⁷ Dies stellt eine Ausweitung gegenüber dem Gesetzesentwurf der Landesregierung dar, der von „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“ spricht.¹⁸

Ob sich der Angriff gegen ein bedeutendes Rechtsgut nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG richten muss, ist unklar. Dem Wortlaut nach beziehen die bedeutenden Rechtsgüter sich nur auf die Zielsetzung oder Rechtsfolge der Maßnahmen („um [...] die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern“), nicht aber auf die befürchteten „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“ – welche für sich genommen kein besonders begrenzendes Merkmal sind.¹⁹ Zum Teil wird aber auch davon ausgegangen, dass auch die Angriffe sich gegen ein bedeutendes Rechtsgut richten müssen.²⁰

¹⁴ *Waechter* (Fn. 9), S. 460.

¹⁵ *Brodmerkel* (Fn. 4) etwa bezeichnet Nr. 2 als restriktiver als Nr. 1.

¹⁶ *Löffelmann* (Fn. 10) S. 148 mit Fn. 49.

¹⁷ *Müller*, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVBl 2018, 109 (112).

¹⁸ BayLT-Drucks. 17/16299, S. 5.

¹⁹ *Löffelmann* (Fn. 10), S. 148.

²⁰ *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern, Ed. 8, Stand: 1.4.2018, Art. 11 PAG Rn. 154; *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl 2018, 156 (160); *Waechter* (Fn. 9), S. 460.

Ein anderes wesentliches Problem der „drohenden Gefahr“ liegt darin, dass ihr Prognosegegenstand – bei der konkreten Gefahr ein Schaden – nicht klar ist. Dazu trägt auch die sprachlich unschöne Verknüpfung mit „wonach“ bei. Ist bei Art. 11 Abs. 3 BayPAG im Sinne eines dreistufigen Aufbaus aufgrund tatsächlicher Umstände zunächst ein bestimmtes, eine konkrete Gefahr begründendes Geschehen und auf Grundlage dessen ein Schaden zu prognostizieren?²¹ Oder muss ein schädigender Angriff direkt prognostiziert werden?

Im ersten Fall muss eine längere Kausalkette zwischen der Situation zum Zeitpunkt der Prognose und dem möglichen Schadenseintritt betrachtet werden als bei der konkreten Gefahr, im zweiten sind die Wahrscheinlichkeitsanforderungen an diesen im Vergleich zur konkreten Gefahr gesenkt. Die Prognosefaktoren Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs und Wahrscheinlichkeit fallen oft zusammen (je mehr unterschiedliche Kausalverläufe zu erwarten sind, desto geringer wird die Wahrscheinlichkeit jedes einzelnen). Dementsprechend wird die Unterscheidung in der Literatur zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff kaum thematisiert.²² Im Einzelfall kann die Differenzierung aber durchaus einen Unterschied machen, wie folgende Beispiele verdeutlichen sollen:

Beispiel 1: A, der im Internet sporadisch Sympathien für den sogenannten *Islamischen Staat* geäußert hat, kauft in der Apotheke Chemikalien, die zum Bau von Bomben geeignet sind, wozu es aber noch weiterer Chemikalien und einiger Arbeit bedürfte. Hier ist eine relativ lange Kausalkette bis zu potentiellem Schaden zu prognostizieren, dieser erscheint aber nicht unwahrscheinlich.

Beispiel 2: B mietet einen LKW an. Der Polizei ist bekannt, dass B psychisch labil ist, aber auch, dass er plant, umzuziehen. Hier wäre die Kausalkette bis zu einem potentiellen Schaden relativ kurz, da B mit dem Laster an einem belebten Ort in eine Menschenmenge fahren könnte, ohne weitere Vorbereitungen treffen zu müssen. Die Wahrscheinlichkeit dafür ist aber gering.

In welchem der beiden Fälle wäre nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG nun eine polizeiliche Maßnahme rechtmäßig? In beiden? In keinem?

Um Art. 11 Abs. 3 BayPAG sinnvoll anwenden zu können, wäre es zumindest vorteilhaft, zu wissen, was prognostiziert werden muss, und wie der zu erwartende Angriff sich zu den übrigen Tatbestandsmerkmalen verhält.

²¹ So *Waechter* (Fn. 9), S. 459.

²² Etwa *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 161; differenzierend aber *Möstl* (Fn. 20), S. 157 f.

d) Bedeutende Rechtsgüter (Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG)

Mit der Aufnahme von Gesundheit (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 2 BayPAG), sexueller Selbstbestimmung (Nr. 3), erheblichen Eigentumspositionen (Nr. 4) und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt (Nr. 5) in den Katalog der bedeutenden Rechtsgüter geht der bayerische Gesetzgeber über die im Urteil zum BKA-Gesetz aufgezählten Rechtsgüter hinaus²³ – das *BVerfG* listet Leib, Leben und Freiheit der Person sowie Bestand und Sicherheit des Bundes oder eines Landes auf.²⁴ Ist diese Aufzählung auch nicht (ausdrücklich) abschließend, so gibt sie doch den Schweregrad der zu berücksichtigenden Rechtsgüter vor. Diesen können nicht alle der in Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG aufgeführten Rechtsgüter – obgleich zweifellos ebenfalls schützenswert – per se erreichen: beispielsweise umfasst „Gesundheit“ den Schutz vor lebensgefährlichen Seuchen, aber eben auch vor einer alltäglichen Sommergrippe.²⁵

Beim Schutz von „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ ist zudem völlig unklar, welche Sachen das sein sollen. Das *BVerfG* nennt in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung über Leib, Leben, Freiheit und Bestand und Sicherheit des Staates hinaus auch die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.²⁶ Verglichen mit dieser Formulierung ist Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 BayPAG viel weniger konkret und potentiell viel weiter.

2. Rechtsfolgen

Art. 11 Abs. 3 S. 1 des BayPAG erlaubt es der Polizei sowohl, Aufklärungsmaßnahmen zu ergreifen, als auch, in den Kausalverlauf einzugreifen, um das Entstehen einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern. Die Generalklausel umfasst also nicht nur informationelles, sondern auch physisch geprägtes Eingriffshandeln. Darüber hinaus nehmen mehrere Standardbefugnisklauseln Bezug auf die „drohende Gefahr“ (Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. b; Art. 14 Abs. 1 Nr. 3; Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1; Art. 21 Abs. 1 Nr. 3; Art. 32 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b; Art. 32a Abs. 2 S. 1 BayPAG). Zum Teil werden Gefahrenaufklärung und Verhinderung der Entstehung einer konkreten Gefahr aufgrund der finalen Konjunktion „um“ als Zweckbestimmungen anstatt als Teil der Rechtsfolge eingeordnet.²⁷

²³ *Löffelmann* (Fn. 10), S. 147.

²⁴ *BVerfGE* 141, 220 (Rn. 108).

²⁵ *Löffelmann* (Fn. 10), S. 147.

²⁶ *BVerfGE* 120, 274 (Rn. 247).

²⁷ *Waechter* (Fn. 9), S. 459.

II. Vergleich mit klassischen Gefahrenbegriffen

1. Konkrete Gefahr

Eine konkrete Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für ein polizeiliches Schutzgut führt.²⁸ Ebenso wie die konkrete Gefahr ist auch die „drohende Gefahr“ einzel-fallbezogen; die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit bzw. den Kausalverlauf sind aber reduziert.²⁹ Die Unterscheidung zwischen beiden relativiert sich, wenn man sich die „Je-desto-Formel“ in Erinnerung ruft: Diese besagt, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringer sind, je größer der zu erwartende Schaden und je höher der Rang des gefährdeten Rechtsgut zu veranschlagen sind.³⁰ Einige der Fälle, die als Beispiele für die „drohende Gefahr“ genannt werden, könnten somit bereits unter den Begriff der konkreten Gefahr zu subsumieren sein.³¹

2. Abstrakte Gefahr

Schon das klassische Polizeirecht kennt aber weitere, dem Regelungsanliegen der „drohenden Gefahr“ eventuell besser entsprechende Gefahrenbegriffe. Einer davon ist die abstrakte Gefahr. Maßgebliches Unterscheidungskriterium zwischen konkreter und abstrakter Gefahr ist der Einzelfallbezug: eine abstrakte Gefahr liegt schon vor, wenn einer nach allgemeinen Merkmalen beschriebenen Situation typischerweise die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts immanent ist.³² *Heidebach* subsumiert die „drohende Gefahr“ des BayPAG unter den Begriff der abstrakten Gefahr.³³ Anders als bei der klassischen abstrakten Gefahr bezieht sich die „drohende Gefahr“ aber gerade nicht auf allgemein umschriebene Sachlagen, sondern muss im Einzelfall festgestellt werden.³⁴ Der beabsichtigte Einzelfallbezug steht allerdings in einem gewissen Spannungs-

²⁸ BVerfGE 141, 220 (Rn. 111).

²⁹ *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 161.

³⁰ *Ebd.*, Art. 11 PAG Rn. 28; vgl. auch *Trurnit*, in: BeckOK-PolR BW, Ed. 11., Stand: 15.6.2018, § 1 PolG Rn. 20.

³¹ *Bautze*, Wie gefährlich sind „Gefährder“?, KJ 2018, 205 (210), führt das Beispiel *Anis Amris* an, der den Anschlag auf den Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz beging und über welchen den Sicherheitsbehörden bereits relevante Erkenntnisse vorlagen.

³² *Denninger*, in: Lisken/Denninger, HdB Polizeirecht, 6. Aufl. 2018, Rn. D 42.

³³ *Heidebach*, Der Gesetzesentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Wider rechtsstaatliche Kernsätze des Polizeirechts, BayRVR, 13.3.2017, abrufbar unter: <https://bayrvr.de/2017/03/13/der-gesetzesentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-g-gefaehrlicher-personen-wider-rechtsstaatliche-kernsaetze-des-polizeirechts/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

³⁴ *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 151, 159.

verhältnis zu der Vorverlagerung ins Gefahrenvorfeld: durch diese werden zwangsläufig mehr menschliche Handlungen potentiell für die Polizei relevant als bei der konkreten Gefahr. Dies führt zu einer zumindest potentiell höheren Streubreite der polizeilichen Maßnahmen aufgrund „drohender Gefahr“.

Im Gegensatz zu den klassischen Gefahrenbegriffen ist die „drohende Gefahr“ personen- statt situationsbezogen.³⁵ Dies wird besonders in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BayPAG deutlich, trifft aber auch auf Nr. 2 zu, da es Vorbereitungs-*handlungen* immanent ist, von Menschen auszugehen. Daraus ergibt sich, dass bei der „drohenden Gefahr“ im Gegensatz zu den meisten Fällen der abstrakten Gefahr kaum belastbares, über die polizeiliche Intuition hinausgehendes Expertenwissen verfügbar ist.³⁶

3. Gefahrenverdacht

Die „drohende Gefahr“ des BayPAG scheint auf den ersten Blick Ähnlichkeit mit dem Gefahrenverdacht³⁷ zu haben. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass zwar Anhaltspunkte gibt, die auf das Bestehen einer Gefahr hindeuten, eine hinreichend sichere Prognose mangels Gewissheit über tatsächliche Gegebenheiten oder einschlägige Erfahrungssätze aber nicht möglich ist.³⁸ Diese Unsicherheit muss über die in der Regel in gewissem Maße auch bei konkreten Gefahren vorhandenen Zweifel hinausgehen.³⁹ Auch die „drohende Gefahr“ ist mit einem solchen Defizit der Beurteilungsmöglichkeiten behaftet.⁴⁰

Die „drohende Gefahr“ zeichnet sich wesentlich durch ihren Personenbezug aus.⁴¹ Die klassischen Fälle des Gefahrenverdachts stammen hingegen überwiegend aus dem Umweltrecht – so etwa das Lehrbuchbeispiel, in dem Chemikalien in die Erde gesickert sind und nicht feststeht, ob diese ins Grundwasser gelangt sind oder von einer Lösschicht im Boden aufgehalten werden.⁴² In einer solchen Situation kann die Sachlage mit den entsprechenden technischen

³⁵ So *Bäcker*, Das halte ich für verfassungswidrig, *Süddeutsche Zeitung*, 16.5.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/polizeiaufgabengesetz-das-halte-ich-fuer-verfassungswidrig-1.3981681> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

³⁶ Vgl. *Hanschmann*, „Gefährder“ – eine neue alte Figur im Öffentlichen Recht, *KJ* 2017, 434 (440).

³⁷ Zum Gefahrenverdacht *Poscher*, Der Gefahrverdacht. Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, *NVwZ* 2001, 141 (141 ff.); terminologisch unterscheidet *Hanschmann* (Fn. 36) zwischen hergebrachtem Gefahrenverdacht und abstrakterem Gefahrverdacht, S. 442.

³⁸ *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2018, Rn. 83.

³⁹ Vgl. *Denninger*, in: *Lisken/Denninger* (Fn. 32), Rn. D 47.

⁴⁰ *Hanschmann* (Fn. 36), S. 439 zum Gefährderbegriff.

⁴¹ Siehe oben **C. II. 2.**

⁴² Vgl. *Kingreen/Poscher*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 52.

Mitteln eindeutig geklärt werden. In vielen von Art. 11 Abs. 3 BayPAG erfassten Fällen wird es hingegen maßgeblich auf innere Tatsachen ankommen, wie etwa die Intention, einen Anschlag zu begehen. Solche Informationen sind nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft nicht objektiv und zuverlässig nachprüfbar. Menschen mit ihren individuellen Motiven lassen sich nicht einfach mit Erde oder Grundwasser vergleichen.⁴³

Auch die Rechtsfolgende zeigt Unterschiede auf: Ein Gefahrenverdacht ermächtigt (die übrigen Rechtmäßigkeitsanforderungen vorausgesetzt) grundsätzlich nur zu Gefahrforschungseingriffen;⁴⁴ Art. 11 Abs. 3 BayPAG geht darüber hinaus, indem er auch zu Maßnahmen ermächtigt, die notwendig sind, um die Entstehung einer Gefahr für ein in Satz 2 gelistetes bedeutendes Rechtsgut zu verhindern. Eine Vielzahl von Standardbefugnissen nimmt zudem auf die „drohende Gefahr“ Bezug und ermächtigt etwa zu Platzverweisen und Aufenthaltsverboten (Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayPAG), zu elektronischer Aufenthaltsüberwachung (Art. 34 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BayPAG) und indirekt, über den Verweis auf diese beiden Normen, zu Präventivhaft (Art. 17 Abs. 1 Nr. 4, 5 BayPAG) – dabei handelt es sich um Maßnahmen, die, ungeachtet ihrer unterschiedlichen Eingriffstiefen im Einzelfall, in der Regel wesentlich eingriffintensiver sind als Gefahrforschungsmaßnahmen bei Gefahrenverdacht.

4. Anscheinsgefahr

Bei der Anscheinsgefahr gehen die handelnden Beamten subjektiv davon aus, dass eine Gefahr vorliegt, objektiv ist dies aber nicht der Fall. Im Gegensatz zur Putativ- oder Scheingefahr entspricht die Prognose der eines zuverlässigen Durchschnittsbeamten. Polizeiliche Maßnahmen aufgrund einer Anscheinsgefahr sind nach h. M. auf Primärebene (bezüglich der Gefahr) rechtmäßig.⁴⁵ Anders als bei der Anscheinsgefahr ist es bei der „drohenden Gefahr“ schwierig bis unmöglich, nachträglich das objektive Vorliegen einer Bedrohungslage zu überprüfen:⁴⁶ Da die Situation häufig ambivalent sein wird und es oft auf innere Tatsachen des Inanspruchgenommenen ankommen wird, können im Nachhinein zwar andere Deutungen angestellt werden. Eine stichhaltige, wissenschaftlich fundierte Überprüfung der – zumal zum Überprüfungszeitpunkt bereits in der Vergangenheit liegenden – Lage auf ihr tatsächliches Bedrohungspotential ist in solchen Fällen aber nicht möglich.

⁴³ Vgl. *Hanschmann* (Fn. 36), S. 439.

⁴⁴ *Kingreen/Poscher* (Fn. 42), § 8 Rn. 59.

⁴⁵ *Kingreen/Poscher* (Fn. 42), § 8 Rn. 49, 63.

⁴⁶ *Hanschmann* (Fn. 36), S. 440: kein ex post-Zeitpunkt zur Kontrolle der Richtigkeit der Prognose.

C. Einordnung in einen größeren Entwicklungszusammenhang – polizeirechtliche Dogmatik im Wandel

Die Abkehr von der klassischen Orientierung an konkreter Gefahr und Störereigenschaft zeichnet sich schon seit längerem ab. Damit einher geht eine Hinwendung zu weitreichenderen Vorfeldbefugnissen.⁴⁷ Diese wird häufig als „Entgrenzung“ des Polizeirechts bezeichnet.⁴⁸ Vielfach wird eine neue, zeitgemäße Polizeirechtsdogmatik gefordert.⁴⁹

Das Vordringen ins Vorfeld wird im Wesentlichen mit zwei Faktoren begründet: Zum einen sehen die Polizei- und Sicherheitsbehörden sich mit neuen Bedrohungslagen konfrontiert. Dazu zählen insbesondere Selbstmordanschläge, aber auch Angriffe mit chemischen oder biologischen Waffen oder Cyberangriffe. Dies sind Anschläge mit historisch neuen Mitteln, die Einzelne zu verheerender Zerstörung befähigen.⁵⁰ Wie zahlreiche Anschläge seit Beginn des Jahrtausends, von 9/11 bis zu dem Anschlag auf den Weihnachtsmarkt am Berliner Breitscheidplatz, gezeigt haben, ist diese Bedrohungslage durchaus real. Das subjektive kollektive Unsicherheitsgefühl ist aber im Vergleich zu der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Terroranschlags zu werden, in überproportionalem Maße gestiegen.⁵¹ Angst, Misstrauen und Verunsicherung zu schaffen, stellt ein Ziel und Wesensmerkmal des Terrorismus dar.⁵² Zum anderen spielen auch die Erweiterung des Eingriffsbegriffs und die Sensibilität für informationelle Eingriffe eine Rolle, die mit der Entdeckung, Entwicklung oder Erfindung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das *BVerfG* entstanden ist: Zwar hat die Polizei schon immer im Vorfeld Informationen gesammelt, diese sind aber erst durch die ebenfalls entgrenzte Grundrechts-

⁴⁷ Dazu *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2011, S. 21 ff.; *Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts. Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl 2007, 581 (581 f.).

⁴⁸ Beispielsweise *Baldus*, Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – neue Polizeirechtsdogmatik?, Die Verwaltung 2014, 1 (1 ff.).

⁴⁹ So etwa *ebd.*, S. 16 ff.; *Möstl* (Fn. 47), S. 581 f.; *Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, 2013, 169 f.

⁵⁰ *Baldus* (Fn. 48), S. 8.

⁵¹ *Baldus* (Fn. 48), S. 8 f.; *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Fn. 32), Rn. D 7; vgl. allg. *Hummelsheim-Doss*, Objektive und subjektive Sicherheit in Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung, 4.8.2017, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/apuz/253609/objektive-und-subjektive-sicherheit-in-deutschland?p=all> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁵² *Kugelmann*, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DÖV 2003, 781 (782); *Park* (Fn. 49), S. 131 f.

dogmatik als Eingriff eingeordnet worden.⁵³

Es besteht zwar Uneinigkeit, ob Freiheit und Sicherheit als abstrakte Werte einander widersprechen oder sich ergänzen,⁵⁴ doch kann kaum bestritten werden, dass ein an Prävention im Vorfeld konkreter Gefahren orientiertes Polizeirecht anderen Funktionslogiken folgt als das klassische abwehrrrechtliche Modell.⁵⁵

Der Zusammenhang zwischen Vorfeldhandeln und Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist ein wesentliches Merkmal der Ausweitung von polizeilichem Vorfeldhandeln.⁵⁶ Häufig sind diese Eingriffe umso sensibler, da viele Bürger sie mangels technischer Kenntnisse nicht vollends erfassen und kontrollieren können, selbst wenn sie offen und nicht verdeckt erfolgen.⁵⁷ Doch auch Terrorismus und organisierte Kriminalität, die durch Vorfeldbefugnisse bekämpft werden sollen, sind von schwer greifbaren Kausalzusammenhängen und einer Vielzahl von Verursachern geprägt. Beides trägt zur hohen Komplexität polizeilicher Vorfeldeingriffe bei.⁵⁸

Bei höherer Personenorientierung⁵⁹ ist gleichzeitig der Zurechnungszusammenhang zwischen Adressaten polizeilicher Maßnahmen und befürchtetem Schaden loser und weist typischerweise eine größere Streubreite auf; Unbeteiligte, die nach den klassischen Begrifflichkeiten weder Störer noch Nichtstörer sind, werden verstärkt in Anspruch genommen.⁶⁰ Aufgrund der Ambivalenz der äußeren Umstände, die ebenso gut auf die Planung von Straftaten wie auf ein harmloses Geschehen hindeuten können,⁶¹ wird es häufig auf die Pläne und Absichten der Adressaten, d. h. auf innere Tatsachen, ankommen.⁶² Diese Mehrdeutigkeit der Tatsachenbasis und die schwierigere Absehbarkeit noch unsicherer zukünftiger Kausalverläufe führen notwendig zu einem erhöhten Risiko von Fehlprognosen.⁶³ Dass auch das Bedrohungspotential in seiner Gestalt und Schwere kaum

⁵³ Baldus (Fn. 48), S. 9 f.; Park (Fn. 49), S. 163.

⁵⁴ Zu Freiheit und Sicherheit im GG umfassend Park (Fn. 49), S. 38 ff.; für letztere Auffassung insbesondere Baldus (Fn. 48), S. 12: Nach einem materiellen Rechtsstaatsverständnis sei „echte“ Freiheit nicht nur solche vom Staat, sondern vor allem Freiheit durch den Staat; dazu sei bemerkt, dass auch Sicherheit solche durch den Staat wie vor dem Staat sein kann.

⁵⁵ Vgl. Denninger, in: Litsken/Denninger (Fn. 32), Rn. D 5.

⁵⁶ Park (Fn. 49), S. 151 *et passim*; vgl. auch Kugelmann (Fn. 52), S. 781 f.

⁵⁷ Park (Fn. 49), S. 162.

⁵⁸ *Ebd.*, S. 159.

⁵⁹ Vgl. Kugelmann (Fn. 52), S. 785.

⁶⁰ Park (Fn. 49), S. 153.

⁶¹ BVerfGE 110, 33 (Rn. 123, 125); 113, 348 (Rn. 121).

⁶² Vgl. BVerfGE 110, 33 (Rn. 122).

⁶³ Dagegen – aber ohne nähere Begründung – Märtl (Fn. 47), S. 586.

sicher einzuschätzen ist, macht eine einzelfallbezogene Güterabwägung unter möglicher Vermeidung von Fehlprognosen äußerst schwierig.⁶⁴

Zudem ist im Vorfeld tendenziell eine Aufweichung der Unterscheidung von Gefahrenvorsorge (also der Verhinderung der Entstehung von Gefahren), Straftatenverhütung (also die vorbeugende Bekämpfung der Begehung von Straftaten) und Strafverfolgungsvorsorge (also die vorbeugende Erleichterung der Verfolgung künftiger Straftaten), mithin von Repression und Prävention, zu beobachten.⁶⁵

D. Verfassungsmäßigkeit

Das *BVerfG* hat die Abkehr vom Begriff der konkreten Gefahr unter bestimmten Voraussetzungen für verfassungsgemäß erklärt.⁶⁶ Die – nach eigenen Angaben an das BKAG-Urteil angelehnte –⁶⁷ Ausgestaltung des bayerischen Gesetzgebers genügt den Anforderungen des Grundgesetzes hinsichtlich Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit aber nicht, wie im Folgenden deutlich werden soll.

I. Bestimmtheitsgebot

Nach der *BVerfG*-Rechtsprechung müssen Handlungsvoraussetzungen auch bei Vorfeldmaßnahmen so eng gefasst sein, dass ein Standard an Kontrollierbarkeit und Vorhersehbarkeit entsteht, der dem bei überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung entspricht.⁶⁸ Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe sind zwar zulässig,⁶⁹ aber die Betroffenen müssen die Rechtslage so erkennen können, dass sie ihr Verhalten danach ausrichten können; erhöhte Anforderungen gelten, wenn die Unklarheit die Ausübung von Grundrechten erschwert.⁷⁰ Je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung sind, desto genauer muss sie bestimmt sein.⁷¹ Dabei dienen Bestimmtheit und Normenklarheit auch dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Handeln nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen.⁷²

⁶⁴ *Kral* (Fn. 47), S. 117.

⁶⁵ Dazu *ebd.*, S. 97 ff.

⁶⁶ *Heidebach* (Fn. 33) interpretiert die maßgebliche Passage des BKAG-Urteils im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten der konkreten Gefahr, von der nur punktuell und ausnahmsweise abgewichen werden darf.

⁶⁷ BayLT-Drucks. 17/16299, S. 1; *Müller* (Fn. 17), S. 110.

⁶⁸ BVerfGE 110, 33 (Rn. 113) – Zollkriminalamt.

⁶⁹ *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 289.

⁷⁰ BVerfGE 113, 348 (Rn. 117).

⁷¹ *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck II (Fn. 69), Art. 20 Rn. 290.

⁷² BVerfGE 113, 348 (Rn. 118).

Da die Generalklausel – das Nichteingreifen einer spezielleren Befugnisnorm vorausgesetzt – die Polizei zu schwerwiegenden informationellen wie physisch geprägten Maßnahmen ermächtigt, gelten hohe Bestimmtheitsanforderungen. Zwar sind polizeiliche Generalklauseln zur Gewährleistung einer effektiven Gefahrenabwehr nötig; die ausreichende Bestimmtheit herkömmlicher polizeilicher Generalklauseln (z. B. Art. 11 Abs. 1 BayPAG, § 17 Abs. 1 ASOG Berlin) wird kaum noch angezweifelt;⁷³ diese setzen aber eine konkrete Gefahr voraus.

Wie gesehen, bleiben bei der Legaldefinition der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 BayPAG hinsichtlich der Bedeutung der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe und ihrem Verhältnis zueinander viele Fragen offen. Selbstverständlich kann die neu eingeführte Norm nicht auf eine so langjährige gerichtliche Konkretisierung zurückblicken wie die Gefahrenbegriffe des klassischen Polizeirechts. Doch ist fraglich, ob eine verfassungsgemäße Bestimmung der Norm überhaupt möglich wäre. Wenn die konkrete Gestalt eines Schadens noch gar nicht feststehen muss, wie können dann etwa auf diesen gerichtete „Vorbereitungshandlungen“ identifiziert werden? Und wie soll ein noch so pflichtbewusster Durchschnittsbeamter eine „absehbare Zeit“ absehen können, wenn noch nicht einmal ein konkreter Schaden in Sichtweite ist? In ihren Anforderungen an Wahrscheinlichkeit und Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs gelockert, schwebt die Vorfeldbefugnis des Art. 11 Abs. 3 BayPAG zwangsläufig in leerem Raum. Auch sind „individuelles Verhalten“, „bestimmte Tatsachen“ und das „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“ so weit gefasst, dass diesen Merkmalen praktisch keine begrenzende Wirkung zukommt.

Es ist zu erwarten, dass den Anwendungsfällen des Art. 11 Abs. 3 BayPAG hochgradig ambivalente und komplexe Lebenssachverhalte zugrunde liegen werden, die der Polizei zunächst nur bruchstückhaft bekannt sein werden. Wie die handelnden Beamten auf der Grundlage des Wortlautes des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ermessensfehlerfrei entscheiden sollen, ob und wie sie gegen eine Person vorgehen, ist schleierhaft. Ebenso schleierhaft ist, wie Bürger ihr Verhalten nach einer solchen Norm ausrichten können sollen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall stellt auch keine ausreichende Begrenzung der polizeilichen Handlungsmöglichkeiten dar. Dafür sind die Abwägungstopoi, vor allem das Ausmaß des möglichen Schadens, im Vorfeld schlicht zu unklar. Und es ist nicht zu vergessen, dass jeder Polizeibeamte jede konkrete Situation ein wenig anders einschätzen wird als seine Kollegen – was nur menschlich ist, aber zeigt, dass die oft beschworene Verhältnismäßigkeit im

⁷³ Holzner, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 134.

Einzelfall⁷⁴ ein notwendiger, aber kein hinreichender Kontrollmechanismus staatlichen Handelns ist. Die Anforderung des *BVerfG*, dass die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit der Bürger nicht einseitig im Ermessen der Verwaltung liegen dürfen,⁷⁵ ist damit bei Art. 11 Abs. 3 BayPAG nicht erfüllt.⁷⁶

Dass „[e]ine konkrete Prüfung im Einzelfall [...] aufgrund des Gebots, allgemeingültige Normen zu schaffen, nicht im Vorfeld abstrakt im Gesetzeswege vorweggenommen werden“ kann,⁷⁷ hat, soweit ersichtlich, niemand je bestritten. Dass aber eine Einzelfallprüfung anhand der vorliegenden Norm nicht einmal in einfachen Fällen gelingt,⁷⁸ kann nur dafür sprechen, dass die Norm dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügt.

Gegen die mangelnde Bestimmtheit kann auch nicht argumentiert werden, dass der bayerische Gesetzgeber sich nahe an die Formulierung des *BVerfG* im BKAG-Urteil angelehnt hat und man nicht „erstlich vom Gesetzgeber verlangen [könne], dass er klüger ist als das *BVerfG*, wenn dieses [...] Leitsätze für die zulässige Fassung von Vorfeldtatbefugnissen formuliert.“⁷⁹ Denn es gilt zu beachten, dass das *BVerfG*, obwohl es sich gerne als Nebengesetzgeber betätigt,⁸⁰ dazu da ist, über die spezifische Auslegung der Verfassung in den ihm vorliegenden Fällen zu entscheiden. Diese Auslegung ist für den Gesetzgeber verbindlich (§ 31 Abs. 1 Var. 1 BVerfGG), doch sich bei der Gesetzgebung nur auf das *BVerfG* zu stützen, genügt nicht. Über Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 Var. 1 GG ist er direkt an das Grundgesetz gebunden.

II. Verhältnismäßigkeit

Art. 11 Abs. 3 BayPAG wurde vor allem als Reaktion auf die Terroranschläge der letzten Jahre erlassen.⁸¹ Dass Terrorismus ein erhebliches Problem unserer Gesellschaft darstellt, ist nicht zu bestreiten. Schon mit einfachen Mitteln kann verheerende Zerstörung angerichtet werden, wodurch Leben und körperliche Unversehrtheit von vielen Menschen auf einmal verletzt und Staat und verfas-

⁷⁴ So baut Möstl (Fn. 20), S. 163 *et passim* stark auf eine verfassungskonforme Auslegung und eine verhältnismäßige Anwendung im Einzelfall.

⁷⁵ BVerfGE 113, 348 (Rn. 118).

⁷⁶ Vgl. Löffelmann (Fn. 10), S. 149.

⁷⁷ Müller (Fn. 17), S. 112.

⁷⁸ Vgl. dazu oben B. I. 1. c).

⁷⁹ So Möstl (Fn. 20), S. 159.

⁸⁰ Vgl. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1992, S. 159. Zur Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle unter dem Aspekt der Gewaltenteilung Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 146 f.

⁸¹ BayLT-Drucks. 17/16299, S. 1; Müller (Fn. 17), S. 109; Waechter (Fn. 9), S. 458.

sungsmäßige Ordnung angegriffen werden können.⁸² Ähnlich problematisch sind Verbrechen im Rahmen der organisierten Kriminalität oder Amokläufe. Die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 und 2 GG), den Bestand des Staates und die verfassungsmäßige Ordnung zu schützen, ist ein wichtiges und legitimes Ziel.

Die Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ist grundsätzlich geeignet, der bayerischen Polizei die frühzeitige Verhinderung terroristischer und anderer Anschläge zu erleichtern. Das Ausmaß dieser Eignung sollte allerdings nicht überschätzt werden. Die Vorverlagerung der polizeilichen Prognose führt dazu, dass mehr Menschen und ihr Verhalten als potentiell relevant betrachtet werden müssen, bevor „ausgesiebt“ wird.⁸³ Um aber tatsächlich Schäden zu verhindern, ist eine Auswertung der durch Überwachungsmaßnahmen generierten enormen Datenmenge notwendig, die nicht immer effizient durchgeführt wird und umso schwerer durchführbar ist, je größer die Datenmenge wird.⁸⁴

Bei gleicher Wirksamkeit könnte es mildere Mittel – weniger eingriffsintensive Alternativen – geben. Auffällig ist, dass sich über das Ziel, gerade terroristische Anschläge zu verhindern, eigentümlich wenig im Gesetzestext wiederfindet. Eine mildere Lösung wäre die tatbestandliche Begrenzung auf Terrorismus, die bezüglich der Terrorismusdefinition z. B. auf Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 S. 1 des europäischen Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung rekurren könnte.⁸⁵ Dies wäre allerdings bezüglich anderer Fallgestaltungen, etwa nicht extremistisch motivierter Amokläufe, weniger wirksam.

Möglicherweise hätte aber die bereits bestehende Generalklausel des Art. 11 Abs. 1 BayPAG ausgereicht. Wie *Möstl* ausführt, wurde der konkrete Gefahrenbegriff auch schon einmal weiter ausgelegt als jüngst im BKAG-Urteil des *BVerfG*: Somit könnten viele Situationen, in denen ein Schaden absehbar ist, ohne dass bekannt wäre, wo, wann und wie genau er eintreten wird, unter die konkrete Gefahr subsumiert werden.⁸⁶ Bei der konkreten Gefahr ist abzuwägen: die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des befürchteten Schadens sind umso geringer, je schwerwiegender dieser ist und je wertvoller das ge-

⁸² Vgl. BVerfGE 141, 220 (Rn. 96).

⁸³ *Möstl* (Fn. 47), S. 585 f.

⁸⁴ Vgl. die massenhafte Überwachung durch die NSA, die nicht einmal einen einzigen Terroranschlag nachweisbar verhindert hat, *Greenwald*, Die globale Überwachung, 2014, S. 286 ff.

⁸⁵ *Rat der Europäischen Union*, Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI), AblEG 2002, Nr. 164. Kritisch zum fehlenden Terrorismusbezug auch *Heidebach* (Fn. 33).

⁸⁶ *Möstl* (Fn. 20), S. 158 f.

schützte Rechtsgut („Je-desto-Formel“⁸⁷).⁸⁸

Zudem erfährt der Begriff der konkreten Gefahr mit der zunehmenden Erfassung abstrakt gefährlicher Situationen in anderen Gesetzen über das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit von allein eine Ausweitung.⁸⁹ Trotz, ja wegen der immensen durch Terrorismus drohenden Schäden würde die Flexibilität des klassischen Gefahrenbegriffs wohl schon genügen, um dieser Bedrohung zu begegnen. Doch selbst wenn man aufgrund der dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungsprärogative die Erforderlichkeit bejaht, ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne fraglich.

Die Tauglichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips zur rechtsstaatlichen Eingrenzung von Eingriffen im Gefahrenvorfeld ist bezweifelt worden, da der Schaden noch völlig unklar und damit potentiell unermesslich hoch sei, die Abwägung somit immer zugunsten der polizeilichen Maßnahme ausfallen müsse.⁹⁰ Bei der Abwägung ist aber auch die Schadenswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen: Ungeachtet der medialen Fixierung auf das Thema, ist die Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Terroranschlags zu werden gering, wenn man sie ins Verhältnis zu anderen Todesursachen setzt.⁹¹ Die weltweiten „Hotspots des Terrorismus“ liegen auch nicht in Westeuropa.⁹²

Für die Unangemessenheit der Norm spricht, dass sie geradezu eine Einladung zu Gleichheitsverstößen darstellt: ist die Norm auch nicht auf islamistischen Terrorismus beschränkt, so ist sie doch im Hinblick auf diesen entstanden. Bereits im zweiten Satz der Gesetzesbegründung wird explizit auf den Islamismus Bezug genommen.⁹³ Auch dominiert dieser den öffentlichen Diskurs. Anschläge wie im Juli 2016 in Ansbach oder im Dezember 2016 am Breitscheidplatz in

⁸⁷ Siehe oben **B. II. 1.**

⁸⁸ *Bautze* (Fn. 31), S. 208 f.; *Schenke* (Fn. 38), Rn. 77.

⁸⁹ *Denninger*, in: *Lisken/Denninger* (Fn. 32), Rn. D 19.

⁹⁰ *Volkmann*, *Polizeirecht als Sozialtechnologie*, NVwZ 2009, 216 (220); vgl. auch *Waechter* (Fn. 9), S. 461; dagegen *Baldus* (Fn. 48), S. 13.

⁹¹ O.V., „So hoch ist die Gefahr wirklich, Opfer des Terrors zu werden“, *Huffington Post* v. 22.7.2016, abrufbar unter: www.huffingtonpost.de/der-querdenker/terrorstatistik-deutschland-wahrscheinlichkeit-anschlag_b_11103556.html (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); zu den häufigsten Todesursachen *WHO*, *Causes of death, by WHO Region*, abrufbar unter: http://www.who.int/gho/mortality_burden_disease/causes_death/region/en/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁹² *Global Terrorism Database*, *Terrorist Attacks 2017, Concentration and Intensity*, abrufbar unter: www.start.umd.edu/gtd/images/START_GTD_Heat_Map_2017.jpg (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *Renn*, *Kein Grund, so viel Angst zu haben*, *Zeit Online*, 19.7.2016, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/wissen/2016-07/terror-in-europa-nizza-attentat-risiko-angst/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁹³ *BayLT-Drucks. 17/16299*, S. 1.

Berlin dürften dazu beigetragen haben, dass sich das Bild des Dihadisten als Prototyp des Terroristen verfestigt hat. Ist es auch bis zu einem gewissen Grad sinnvoll, in dem entsprechenden Milieu zu ermitteln, besteht doch ein großes Risiko, ungerechtfertigterweise nach der Religionszugehörigkeit oder ethnischen Zuschreibungen zu differenzieren. Eine solche Diskriminierung aufgrund der Abstammung, Rasse, Heimat und Herkunft, des Glaubens oder religiöser oder politischer Anschauungen würde gegen Art. 3 Abs. 1, 3 GG verstoßen.

Art. 11 Abs. 3 BayPAG ist auch geeignet, eine stigmatisierende Wirkung zu lasten von Personen, Orten und Verhaltensweisen zu entfalten. So können Menschen davon abgeschreckt werden, bestimmte Orte, etwa eine bestimmte Moschee, aufzusuchen, sich mit Bekannten zu treffen, die extremistische Tendenzen zeigen, Mitglied in Rockerbanden, Rechts-Rockbands oder radikalen Tierschutzorganisationen sind, oder Produkte zu kaufen, die neben ihren gewöhnlichen, harmlosen Verwendungszwecken auch als Waffen gebraucht werden können (etwa bestimmte Chemikalien, die zur Herstellung von Sprengstoffen geeignet und – wenn auch in geringer Dosierung – auch in Apotheken erhältlich sind). Das *BVerfG* hat in seinem BKAG-Urteil ausdrücklich festgestellt, dass ein fundamentalistisches Religionsverständnis nicht ausreicht, um Überwachungsmaßnahmen zu rechtfertigen.⁹⁴ Auch solche religiösen Ansichten, auch extreme politische Meinungen und Organisationen, so unsympathisch sie sind, fallen grundsätzlich in die Schutzbereiche der Art. 4 Abs. 1, 2 bzw. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG. Dass über die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) hinausgehend auch speziellere Grundrechte betroffen sein können, spricht für die Unangemessenheit der Norm.

Gegen diese Argumente kann auch nicht eingewendet werden, dass die Norm aufgrund ihres Einzelfallbezugs keine ausreichend große Streubreite hätte, um stigmatisierende Wirkung zu entfalten. Dem wäre nur zuzustimmen, wenn die Norm von ihren Tatbestandsvoraussetzungen eng begrenzt wäre. Der Wortlaut ist aber so weit, dass die Polizei schon der Praktikabilität halber nur auf einen Teil der „drohenden Gefahren“ reagieren kann, und ihr Entschließungsermessen darum eine besonders große Rolle spielt. Da die eine „drohende Gefahr“ begründenden Tatsachen der Polizei erst einmal bekannt werden müssen, ist es wahrscheinlich, dass sich die Ermittlungen, in bestimmten Milieus begonnen, weiterhin auf diese fokussieren werden und eine einmal eingeschlagene Ermittlungsrichtung sich selbst verstärken wird. Konkret ist zu erwarten, dass unverhältnismäßig häufig im fundamental-islamischen Milieu ermittelt werden

⁹⁴ BVerfGE 141, 220 (Rn. 113).

wird,⁹⁵ da islamistischer Terrorismus den öffentlichen Diskurs und (wohl in-
folgedessen) auch die Ratio der Gesetzesänderung dominiert.⁹⁶ Islamismus soll-
te selbstverständlich in keiner Weise verharmlost werden. Doch mit einer ein-
seitigen Fokussierung auf eine Schlagrichtung des Terrorismus ist weder der
allgemeinen Sicherheit gedient, noch entspricht sie den in Art. 3 Abs. 1, 3 GG
niedergelegten Grundwerten der Rechtsordnung.

Zudem ist nicht ersichtlich, wie angesichts der Unsicherheit der Tatsachenbasis
nicht auf polizeiliche Erfahrungen und Intuition rekurriert werden soll – was
wegen der trotz allem bestehenden Notwendigkeit tatsächlicher Anhaltspunkte
nicht zulässig wäre. Sowohl auf Seiten der Polizei als auch bei den Polizeipflich-
tigen droht die „drohende Gefahr“ erhebliche Unsicherheit zu verursachen.

Problematisch ist außerdem die Ausweitung der besonders geschützten Rechts-
güter über die vom *BVerfG* aufgezählten Rechtsgüter. Dies sind in erster Linie
Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit und Güter der Allgemeinheit, deren
Bedrohung zugleich den Bestand des Staates bedroht.⁹⁷

Auch hinsichtlich der Rechtsfolge ist die Norm eventuell unverhältnismäßig.
Das *BVerfG* hat die Zulässigkeit einer Vorverlagerung ins Gefahrenvorfeld aus-
drücklich nur für Überwachungsmaßnahmen, also informationelle Eingriffe,
erlaubt.⁹⁸ Der Umkehrschluss, dass daher aktionelle, den Kausalverlauf unter-
brechende Eingriffe nicht erlaubt sein sollen, ist zwar nicht logisch zwingend.
Er liegt aber nahe, da solche Maßnahmen regelmäßig eine höhere Eingriffs-
intensität haben. Auch der Vergleich mit dem Gefahrenverdacht spricht dafür.⁹⁹

Ein wichtiges Argument ist, dass es für die Adressaten von Vorfeldmaßnahmen
praktisch unmöglich ist, sich zu entlasten: dass die Positivprognose einer „dro-
henden Gefahr“ fehlerhaft war, ist ex post nicht nachweisbar; dass kein Scha-
den eingetreten ist, kann immer auch auf die polizeiliche Maßnahme zurückzu-
führen sein; und wie soll ein in Anspruch Genommener nachweisen, dass durch
sein Verhalten nie auch nur eine Gefahr bestanden hat? Beweisen lassen sich
höchstens Negativprognosen, wenn sich ein nicht in Anspruch Genommener
doch als gefährlich erweist.¹⁰⁰ Auch Verfahrensanforderungen können Unbe-
stimmtheit und Unverhältnismäßigkeit der Norm also nicht kompensieren.

⁹⁵ BayLT-Drucks. 17/16299, S. 1.

⁹⁶ Siehe oben Text zu Fn. 93.

⁹⁷ BVerfGE 120, 274 (Rn. 247); *Löffelmann* (Fn. 10), S. 147.

⁹⁸ BVerfGE 141, 220 (Rn. 112); *Heidebach* (Fn. 33).

⁹⁹ Siehe oben **B. II. 3.**

¹⁰⁰ *Wächter* (Fn. 9), S. 462 mit Fn. 19.

E. Zusammenfassung

Art. 11 Abs. 3 BayPAG kann als dogmatisch völlig verfehlt bezeichnet werden; wie er in der Praxis konsistent und ermessensfehlerfrei gehandhabt werden soll, ist schleierhaft. Seine Einführung entspricht jedoch einer allgemeinen Entwicklungsrichtung hin zu personen- oder ortsbezogenen, meist informationell geprägten Eingriffsbefugnissen im Gefahrenvorfeld, die nicht in die klassische, auf konkrete Gefahren ausgerichtete Polizeirechtsdogmatik passen. Eine solche Entwicklung sollte schon grundsätzlich mit Vorsicht betrachtet werden, da Sicherheit und Prävention nie erreicht, sondern immer noch weiteroptimierbar und damit „tendenziell totalitäre Begriffe“¹⁰¹ sind. Eine Ausweitung der Vorfeldbefugnisse ist zwar nach dem *BVerfG* nicht per se mit dem Grundgesetz unvereinbar, ihre Ausgestaltung obliegt dem demokratisch legitimierten (Landes-)Gesetzgeber. Im Falle der neuen bayerischen Generalbefugniklausel für Vorfeldmaßnahmen sind aber weder die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen noch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Die „moderate, von den Voraussetzungen her eng begrenzte Arrondierung des polizeilichen Gefahrenbegriffs“¹⁰² führt zu einer uferlosen Ausweitung der polizeilichen Befugnisse, sie bringt den Rechtsstaat in Gefahr und begünstigt die Entwicklung zu einem Überwachungsstaat. Die Proteste gegen die Novelle zeigen, dass diese Sicht von vielen Bürgern geteilt wird.¹⁰³ Es bleibt zu hoffen, dass das *BVerfG*¹⁰⁴ und der *BayVerfGH*¹⁰⁵ das ähnlich sehen werden.

¹⁰¹ Fischer im Interview mit Hipp/Lakotta, „Ein Rest von Rache“, Der Spiegel 42/2018, 13.10.2018.

¹⁰² BayLT-Drucks. 17/16299, S. 9; zustimmend Möstl (Fn. 20), S. 158; Heidebach (Fn. 33) bemerkt hingegen treffend, die Formulierung grenze an Neusprech.

¹⁰³ Ratzesberger/Stegemann, 30.000 Menschen demonstrieren gegen Polizeigesetz, Süddeutsche Zeitung, 10.5.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/massenproteste-in-muenchen-menschen-demonstrieren-gegen-polizeigesetz-1.3974427> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

¹⁰⁴ Vgl. Braun, Ein ungleiches Trio gegen die CSU, Süddeutsche Zeitung, 10.9.2018, abrufbar unter: www.sueddeutsche.de/politik/bayerisches-polizeiaufgabengesetz-ein-ungleiches-trio-kaempft-gegen-die-csu-1.4123809; Antrag auf Normenkontrolle einsehbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2018/10/GFF_Verfassungsbeschwerde_BayPAG_anonym.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

¹⁰⁵ Vgl. dpa, „SPD klagt gegen Polizeiaufgabengesetz“, Süddeutsche Zeitung, 5.9.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/pag-bayern-spd-klage-polizei-aufgabengesetz-1.4118631>; Beschwerdeschrift einsehbar unter <https://katharina-schulze.de/wp-content/uploads/2018/04/Klageschrift-BayPAG-Novelle-2017.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).