

Prof. Dr. Christoph Degenhart
Universität Leipzig – Juristenfakultät

An den
Bayerischen Verfassungsgerichtshof
80097 München

**Antrag auf Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten
nach Art. 75 Abs. 3 der Verfassung des Freistaates Bayern**

Namens und im Auftrag der Fraktion
Bündnis 90/Die Grünen im Bayerischen Landtag
Maximilianeum
81627 München

beantrage ich kraft beiliegender Vollmacht
zur Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 der
Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 2 Nr. 8, Art. 49 Abs. 1 des Geset-
zes über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof

zwischen:

der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Bayerischen Landtag

- Antragstellerin -

und

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

2. der Bayerischen Staatsregierung

- Antragsgegner -

über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Neuordnung des bayeri-
schen Polizeirechts vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301)

Der Verfassungsgerichtshof möge erkennen:

1. § 1 Nr. 6 Buchst. d und Nr. 23 Buchst. b des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzen Art. 3 Abs. 1 BV, Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und sind verfassungswidrig und nichtig.
2. § 1 Nr. 7 Buchst. b des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 3 Abs. 1, Art. 102 Abs. 1 BV und ist verfassungswidrig und nichtig.
3. § 1 Nr.8 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 109 Abs. 1 BV und ist verfassungswidrig und nichtig.
4. § 1 Nr. 12 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt, soweit hiernach in Art. 22 Abs. 2 PAG der Schutz des Kernbereichs des Persönlichkeitsrechts nicht vorgesehen ist, Art. Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV, sowie, soweit der Schutz von Berufsgeheimnisträgern nicht vorgesehen ist, Art. 101 BV.
5. § 1 Nr. 15 Buchst. a des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 3 Abs. 1 BV, Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und ist insoweit verfassungswidrig, als Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) die Formulierung „oder einer drohenden Gefahr enthält.
6. § 1 Nr. 15 Buchst. b des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 103 Abs. 1 BV durch Einfügung von Abs. 2 in Art. 25 PAG sowie Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV durch Einfügung des Abs. 3 und ist verfassungswidrig und nichtig.
7. § 1 Nr. 25 Buchst. b), c) und e) des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) sowie Nr. 35 des Gesetzes, soweit hiernach in Art. 47 Abs. 1 PAG auf Art. 33 PAG verwiesen wird, verletzen Art. 3 Abs. 1, Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV sowie Art. 101 BV und sind verfassungswidrig und nichtig.

8. § 1 Nr. 27 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 112 BV.
9. § 1 Nr. 28 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt durch die Neufassung des Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2 PAG gegen Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und ist in dem so bezeichneten Umfang verfassungswidrig und nichtig.
10. § 1 Nr. 29 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt durch die Einfügung von Art. 39 sowie Art. 40 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 PAG Art. 3 Abs. 1 BV sowie Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und ist insoweit in dem so bezeichneten Umfang verfassungswidrig und nichtig.
11. § 1 Nr. 30 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 106 Abs. 3 BV sowie Art. 101 BV und ist verfassungswidrig und nichtig.
12. § 1 Nr. 31 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 112 Abs. 3 BV und ist verfassungswidrig und nichtig.
13. § 1 Nr. 34 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 3 Abs. 1 BV, Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und ist verfassungswidrig und nichtig.
14. § 1 Nr. 42 Buchst. d des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt Art. 3 Abs. 1 BV, Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und ist verfassungswidrig und nichtig.

Übersicht

A. Sachverhalt	6
I. Anlass und Zielsetzung der Neuordnung.....	6

II. Einzelne Befugnisse der Polizei	7
B. Zulässigkeit	13
I. Rechtsweg	13
II. Beteiligtenfähigkeit	14
III. Meinungsverschiedenheiten.....	15
4. Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung.....	17
C. Begründetheit.....	18
I. Maßstäbe.....	18
1. PAG-Neuordnungsgesetz als Umsetzung des Urteils zum BKAG - Übertragbarkeit der Maßstäbe ?	18
a) Schutzgüter.....	18
b) PAG-Neuordnungsgesetz und Urteil zum BKAG.....	20
c) Unterschiedliche Maßstäbe	22
2. Rechtsstaatliche Bestimmtheitserfordernisse – insbesondere: „drohende Gefahren“ und Normenklarheit	24
a) Keine Beschränkung auf tradierte polizeirechtliche Kategorien ? – BVerfG zum BKAG	24
b) Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot: die wesentlichen Anforderungen an den Gesetzgeber	26
c) „Drohende Gefahr“ und Bestimmtheitsgebot	29
3. Bestimmtheitsgebot und Verhältnismäßigkeit.....	34
a) Bestimmtheit und Eingriffsintensität	34
b) Insbesondere: Umfeldüberwachung, Maßnahmen gegen „Dritte“.....	35
c) Zwischenergebnis	36
4. PAG und Normenklarheit	37
5. Rechtsstaatliche Flankierungen - Verfahren.....	38
1. § 1 Nr. 6, Nr. 23 Buchst. b PAG-Neuordnungsgesetz: DNA-Analyse, Art. 14 Abs. 3 – 6 PAG sowie Art. 32 Sätze 2 – 4 PAG	40
a) DNA-Analyse als erkennungsdienstliche Maßnahme: informationelle Selbstbestimmung	40
b) Gebot der Normenklarheit	41
c) Verhältnismäßigkeit.....	42
d) Spurenmaterial unbekannter Herkunft.....	43
2. § 1 Nr. 7 und 8 PAG-Neuordnungsgesetz: Vorladung, Änderung von Art. 15 PAG – Meldeanordnung, Art. 16 Abs. 2 Satz PAG	44
3. § 1 Nr. 12 PAG-Neuordnungsgesetz: Durchsuchung von Datenbeständen - räumlich getrennte Speichermedien, Art. 22 Abs. 2 PAG	46
a) „Computer-Grundrecht“ - Schutzbereich	46
b) Eingriff gerechtfertigt ?	47
4. § 1 Nr. 15 PAG-Neuordnungsgesetz: Sicherstellung, Vermögenspfändung, Art. 25 PAG	49
a) Absenkung der Eingriffsschwelle – drohende Gefahr	49
b) Vermögenspfändung – erhöhte Eingriffsintensität	50
c) Sicherstellung von Daten.....	51
5. § 1 Nr. 25 Buchst. b), c) und e), Nr. 35 PAG-Neuordnungsgesetz: offene Bild- und Tonaufnahmen, Übersichtsaufzeichnungen, Drohneneinsatz Art. 33 Abs. 1, 2, Art. 47 Abs. 1 Nr. 1 PAG	51

a) Bild- und Übersichtsaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen als Grundrechtseingriff	52
b) Eingriffswirkungen.....	53
c) „Gelockerte Voraussetzungen“ – zur Verhältnismäßigkeit	54
6. § 1 Nr. 27 PAG-Neuordnungsgesetz: Postsicherstellung, Art. 35 PAG...	55
7. § 1 Nr. 28 PAG-Neuordnungsgesetz: Besondere Mittel der Datenerhebung, Art. 36 PAG	56
a) Polizeiliche Befugnisse	57
b) Tatbestandliche Voraussetzungen – Begleit- und Kontaktpersonen...	58
c) Normbestimmtheit, Verhältnismäßigkeit	59
8. § 1 Nr. 29 PAG-Neuordnungsgesetz: Automatisierte Kennzeichenerkennungssysteme, Art. 39 PAG und Ausschreibung zur Beobachtung und Kontrolle, Art. 40 PAG.....	60
a) Tatbestandliche Voraussetzungen	60
b) Erstreckung auf Begleit- und Kontaktpersonen	61
9. § 1 Nr. 30 PAG-Neuordnungsgesetz: Einsatz technischer Mittel in Wohnungen, Art. 41 PAG	62
a) Art. 106 Abs. 3 BV – Grundrechtstatbestand und Schranken	63
b) Kernbereich privater Lebensführungsgestaltung	64
10. § 1 Nr. 31 PAG-Neuordnungsgesetz: Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 PAG	66
a) Fernmeldegeheimnis, Art. 112 Abs. 1 BV – Schutzbereich und Schranken	66
b) Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit	67
11. § 1 Nr. 34 PAG-Neuordnungsgesetz: Online-Durchsuchung, Art. 45 PAG	68
a) Verdeckte Überwachung als Maßnahme höchster Eingriffsintensität .	68
b) Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit – keine „Billigung“ durch BVerfG.....	69
III. Ergänzende Grundsätze: Überwachungsgesamtrechnung, Gebot der institutionellen Trennung.....	71
1. Überwachungsgesamtrechnung.....	72
a) Erfordernis einer Gesamtbilanz	72
b) Bilanz des PAG.....	73
c) „Ein nahezu unlesbares Gesetz“ – Vollzugsfragen	74
2. Informationelles Trennungsprinzip	75
Anlagenverzeichnis.....	82

Zur

Begründung

führe ich aus

A. Sachverhalt

I. Anlass und Zielsetzung der Neuordnung

Das Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz)¹ vom 18.05.2018 (GVBl S. 301) wurde am 15. 05. 2018 vom Bayerischen Landtag mit den Stimmen der CSU-Mehrheit und gegen die Stimmen der Opposition verabschiedet. Vorausgegangen waren erhebliche Meinungsverschiedenheiten nicht nur über die Zweckmäßigkeit, sondern auch und vor allem über die Vereinbarkeit wesentlicher Bestimmungen des Gesetzes mit der Verfassung der Freistaates Bayern.

Die Notwendigkeit einer Neuordnung des Polizeiaufgabengesetzes wird begründet mit der gebotenen Anpassung an die Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden, mit der gebotenen Umsetzung der Vorgaben im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.2016 zum BKA-Gesetz² sowie allgemein mit dem Bedürfnis nach einer weiteren, dem Stand der Technik entsprechenden Ergänzung und noch effektiveren Ausgestaltung wichtiger polizeilicher Befugnisnormen.³ Erweiterte Befugnisse für die Polizei werden durch das PAG-Neuordnungsgesetz sowohl in Abschnitt II. des Gesetzes über die polizeilichen Standardmaßnahmen begründet, als auch im Abschnitt III zur Datenverarbeitung. Nachstehend soll zunächst ein Überblick über jene den Gegenstand des PAG-

¹ Der Gesetzentwurf ist enthalten in LT-Drucks. 17/20425 und wurde mit Änderungen gemäß der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses, LT-Drucks. 17/21972 verabschiedet in der 2. Lesung zugrundeliegenden Fassung, LT-Drucks. 17/22102, s. Plenarprotokoll 132 vom 15.05.2018.

² BVerfGE 141, 220 1 BvR 966/09 und 1 BvR 1140/09 -.

³ Begründung zum Gesetzentwurf, LT-Drucks. 17/20425; vgl. zur Zielsetzung des Gesetzes auch *Lindner*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport und dem Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am 21.03.2018, Anlage zum Wortprotokoll S. 2 (S. 64 der Anlagen).

Neuordnungsgesetzes bildenden Befugnisse der Polizei gegeben werden, die während des Gesetzgebungsverfahrens in besonderer Weise Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien des Rechtsstreits evozierten.

II. Einzelne Befugnisse der Polizei

Erkennungsdienstliche Behandlung – DNA-Analyse, Art. 14 Abs. 3 – 6 PAG

Im II. Abschnitt des PAG über polizeiliche Befugnisse begründet der durch § 1 Nr. 6 Buchst. d des PAG-Neuordnungsgesetzes neugefasste Art. 14 Abs. 3 PAG im Rahmen der erkennungsdienstlichen Behandlung die Befugnis zur DNA-Analyse, also zur präventivpolizeilichen molekulargenetischen Untersuchung zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters. Voraussetzung ist die Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut. Wenn andere erkennungsdienstliche Maßnahmen nicht hinreichend sind, kann die Polizei „Körperzellen entnehmen und diese zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters molekulargenetisch untersuchen.“ Anderweitige Feststellungen als die des DNA-Identifizierungsmusters sind nach Abs. 4 Satz 2 nicht zulässig.

Vorladung und Meldeanordnung, Art. 15, 16 PAG

§ 1 Nr. 7 des PAG-Neuordnungsgesetzes erweitert die polizeilichen Befugnisse zur Vorladung von Personen insbesondere dadurch, dass die Ermächtigung des Art. 15 Abs. 1 Nr. 2 PAG auf eine Vorladung zur Durchführung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung erstreckt wird und die zwangsweise Vorführung nach Abs. 3 bereits zur Abwehr einer „drohenden Gefahr“ zulässig sein soll. Auch die Meldeanordnung oder –auflage, deren Voraussetzungen nunmehr durch den neugefassten Art. 16 Abs. 2 PAG ausdrücklich geregelt werden,⁴ kann bereits bei „drohender Gefahr“ ergehen.

Durchsuchung von Datenbeständen, Art. 22 PAG

⁴ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 11 zu Nr. 8.

Eine deutliche Erweiterung erfahren die polizeilichen Befugnisse zur Durchsuchung von Sachen gemäß Art. 22 PAG durch § 1 Nr. 12 PAG-Neuordnungsgesetz. Durch den neu eingefügten Abs. 2 in Art. 22 PAG wird der Zugriff auf Speichermedien ermöglicht, die vom primären Durchsuchungsobjekt räumlich getrennt, von diesem aber erreichbar sind. Es soll, so die Gesetzesbegründung, keinen Unterschied machen, ob sich die zu durchsuchenden Inhalte auf lokalen oder über Netzwerkverbindungen, etwa auf einer serverbasierten Cloud, erreichbaren Speichermedien befinden.⁵

Sicherstellung, Pfändung, Art. 25 PAG

Durch eine Änderung von Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 PAG gemäß § 1 Nr. 25 Buchst. a) PAG-Neuordnungsgesetz „werden nun auch vor der Stufe einer gegenwärtigen Gefahr Sicherstellungen ermöglicht“.⁶ Auch hier genügt eine drohende Gefahr für bedeutende Rechtsgüter. Dies gilt gleichermaßen für die Sicherstellung nach Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 PAG, für die nicht mehr eine gegenwärtige Gefahr gefordert wird, die vielmehr nach der Neufassung auch zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zulässig ist. Damit wird die Eingriffsschwelle deutlich abgesenkt.⁷

Gleichzeitig wird der tatbestandliche Umfang der Sicherstellungsbefugnis ausgedehnt auf „unbare Vermögenswerte“.⁸ Der neu eingefügte Art. 25 Abs. 2 PAG enthält die Befugnis der Polizei zur Pfändung von Forderungen und sonstigen Vermögenswerten, Abs. 3 die Befugnis zur Sicherstellung von Daten. Die Polizei kann hierbei auch den weiteren Zugriff auf diese Daten ausschließen. Dies gilt ausweislich der Gesetzesbegründung auch für die

⁵ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 16 zu Nr. 12.

⁶ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 18 zu Nr. 15.

⁷ S. hierzu etwa *Löffelmann*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 30. Januar 2018, Gutachten im Auftrag der SPD-Fraktion im Bayerischen Landtag, S. 18, enthalten in den Anlagen zur Anhörung (Fn. 3).

⁸ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 19 zu Nr. 15 Buchst. b).

Sicherstellung und die Entziehung von Zugangsdaten außerhalb eines laufenden Telekommunikationsvorgangs.⁹

Datenerhebung, Art. 31 PAG

Im Unterabschnitt Datenerhebung des III. Abschnitts des PAG (Datenverarbeitung), der der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 dient, erfolgt in Art. 31 Abs. 4 Satz 1 insofern eine Erweiterung der Befugnis zur verdeckten Datenerhebung, als diese nach dessen Nr. 2 dann stattfinden kann, wenn anzunehmen ist, dass sie überwiegenden Interessen oder Belangen des Betroffenen oder Dritter dient, während nach der bisherigen Fassung des Art. 31 PAG dessen Abs. 3 Satz 2 auf die überwiegenden Interessen nur des Betroffenen abstellte. Welche Interessen Dritter dies sein könnten, dazu verhält sich die Begründung jedoch nicht. Auch ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass der Gesetzgeber bei Umsetzung der Richtlinie teilweise den hiernach gebotenen Mindeststandard verfehlt, so in Art. 30 Abs. 2 PAG, wonach die Verarbeitung sensibler Daten bereits dann zulässig ist, wenn andernfalls die Erfüllung polizeilicher Aufgaben wesentlich erschwert würde, während Art. 10 der Richtlinie die Verarbeitung nur zulässt, wenn sie „unbedingt erforderlich“ ist.

Offene Bild- und Tonaufnahmen, Art. 33 PAG

Erweiterte Befugnisse erhält die Polizei für den Einsatz offener Bild- und Tonaufnahmen durch Art. 33 PAG. Dessen Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) gestattet nunmehr explizit die Fertigung von Bildaufnahmen, Übersichtsaufnahmen oder Übersichtsaufzeichnungen bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen,¹⁰ unter der sehr weitgefassten Voraussetzung, dass dies „wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit erforderlich ist“. Dies wird begründet mit der gegenüber Versammlungen geringeren Grundrechtsrelevanz wie auch der geringeren Vorhersehbarkeit des Verhaltens einzelner Teilnehmer.¹¹ Eine besondere Gefahrenlage wird also nicht vorausgesetzt. Nach Art. 47 PAG kann die

⁹ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 20.

¹⁰ Für Versammlungen s. Art. 9 BayVersG.

¹¹ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 30 zu Nr. 25 Buchst. a) PAG-Neuordnungsgesetz; s. aber BVerfG NVwZ 2007, 688 (691).

Beobachtung auch mittels unbemannter Luftfahrtsysteme (Drohnen) durchgeführt werden.

Art. 33 Abs. 4 PAG in der Neufassung¹² regelt den Einsatz am Körper getragener Aufnahmegeräte – sog. Bodycams – aber auch in Fahrzeugen installierter Geräte – sog. Dashcams –¹³. Die Voraussetzungen zum Einsatz von Bodycams in Wohnungen wurden im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens den Vorgaben des Art. 13 Abs. 7 GG angepasst; ebenso wurde der Einsatz von „Systemen zur automatischen Erkennung und Auswertung von Mustern ... einschließlich der automatischen Systemsteuerung“ auf Gegenstände beschränkt.¹⁴ Nach Art. 33 Abs. 7 PAG dürfen die Maßnahmen auch dann getroffen werden dürfen, wenn Dritte unvermeidlich betroffen werden.

Postsicherstellung, Art. 35 PAG

Neu eingefügt ist eine Bestimmung zur Postsicherstellung ohne Wissen des Betroffenen, Art. 35 PAG (§ 1 Nr. 27 PAG-Neuordnungsgesetz). Die Begründung zieht hier eine Parallele zu § 50 BKA-Gesetz.¹⁵ Die Sicherstellung kann bereits im Fall einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut i.S.v. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 oder 5 PAG erfolgen; auch können Dritte als Nachrichtenübermittler einbezogen werden, wenn sie „mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage“ stehen, Art. 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Abs. 3 enthält einen Richtervorbehalt; bei Gefahr im Verzug tritt an dessen Stelle ein Behördenleitervorbehalt gemäß Art. 36 Abs. 4 Satz 2 PAG. Nach Art. 35 Abs. 4 PAG kann die gemäß Satz 1 an sich dem Gericht zustehende Befugnis zum Öffnen der Postsendungen auf die Polizei übertragen werden, Satz 2, soweit dies in zeitlicher Hinsicht erforderlich ist.

Besondere Mittel der Datenerhebung, Art. 36 PAG

¹² Die Bestimmung ist in Kraft getreten i.d.F. durch Änderungsantrag gemäß LT-Drucks. 17/21886.

¹³ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. ## zu Nr. 25 Buchst. e) PAG-Neuordnungsgesetz

¹⁴ Änderungsantrag 17/21886.

¹⁵ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. ## zu Nr. 27.

Eine erhebliche Erweiterung erfahren die bisher in Art. 33 PAG, nach neuer Zählung in Art. 36 geregelten besonderen Mittel der Datenerhebung. Dies sind die Dauerobservation sowie der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und –aufzeichnungen außerhalb von Wohnungen, zur Standortbestimmung und zur Anfertigung von Bewegungsbildern sowie zum Abhören des gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen – sog. „kleiner Lauschangriff“. Datenerhebung mit diesen Mitteln ist zur Abwehr auch drohender Gefahren für bedeutende Rechtsgüter zulässig. Die Maßnahmen können sich auch gegen Kontakt- und Begleitpersonen richten, wenn bestimmte Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit der Gefahrenlage in Zusammenhang stehen, sowie gegen Nichtstörer,¹⁶ Art. 36 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 PAG. Bildaufnahmen und Videoaufzeichnungen können wiederum mit automatisierten Erkennungs- und Auswertungssystemen verbunden werden, Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a).

Automatisierte Kennzeichenerfassung, Art. 39 PAG und Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art. 40 PAG

Die automatisierte Kennzeichenerfassung, Art. 39 PAG, ist zulässig in den Fällen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 – 5, also bereits bei „drohender“ Gefahr. Art. 39 Abs. 3 Satz 3 PAG gestattet die Verwendung der gewonnenen Daten zur Anfertigung eines Bewegungsbildes „in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a)“, also u.a. bei zur polizeilichen Beobachtung ausgeschriebenen Personen. Für letztere werden wiederum die Anforderungen abgesenkt. Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG lässt die Verantwortlichkeit für eine drohende Gefahr genügen. Nach Nr. 3 können mutmaßlich mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehende Kontaktpersonen einbezogen werden.

Verdeckter Einsatz technischer Mittel, Art. 41 PAG

Art. 41 PAG regelt den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Überwachung von Wohnungen, den sog. Lausch- und Spähangriff. Er ist zulässig in den Fällen des § 11 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1, 2

¹⁶ BVerfGE 141, 220 (187).

und 5 PAG, also zur Abwehr von Gefahren für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, für .Leben, Gesundheit oder Freiheit und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt – in der Gesetzesbegründung werden hier Einrichtungen der Daseinsvorsorge genannt.¹⁷ Dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensführung¹⁸ und des Berufsgeheimnisses dienen Einschränkungen beim Einsatz technischer Mittel in Wohnungen nach Art. 41 Abs. 1 Satz 2 PAG, ferner sind nach Abs. 2 automatische Aufzeichnungen nur eingeschränkt zulässig. Mit ihren Ausnahmen, Gegenausnahmen und Verweisungen ist die Bestimmung nicht ohne weiteres in ihrem Regelungsgehalt zu erfassen.

Telekommunikationsüberwachung, Art. 42 PAG

Deutlich abgesenkt werden die Voraussetzungen für die Telekommunikationsüberwachung¹⁹ gemäß Art. 42 PAG. War bisher eine dringende Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen im Fall einer gemeinen Gefahr erforderlich, so genügt nunmehr bereits eine konkrete oder sogar nur eine „drohende“ Gefahr, wobei wiederum auf die Rechtsgüter des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG Bezug genommen wird.²⁰ Die Eingriffsermächtigung wird dadurch erweitert, dass nach Art. 44 Abs. 1 Satz 5 PAG auch Wohnungen verdeckt betreten werden dürfen.

Online-Durchsuchung, Art. 45 PAG

Für die Online-Durchsuchung als besonders schweren Eingriff werden in Art. 45 Abs. 1 PAG die Voraussetzungen gleichfalls

¹⁷ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 59 f. zu Nr. 30 Buchst. a) und b) unter Verweis auf BVerfG im BKAG-Urteil, a. a. O., Rdn. 183 und BVerfG NJW 2013, 1499 (1515, Rdn. 203) zum ATDG.

¹⁸ BVerfGE 109, 279 (313 ff., 320 f.).

¹⁹ Dies entgegen der Entwurfsbegründung, . LT-Drucks. 17/20425 S. 108 zu Nr. 31.

²⁰ S. hierzu BVerfGE 110, 33 (60) zur Prognosesorgfalt in Abhängigkeit vom Gewicht der betroffenen Rechtsgüter; BVerfGE 120, 274 (328).

abgesenkt. Es genügt die konkrete anstelle der dringenden Gefahr; auch sind die Rechtsgüter des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 2 PAG nicht deckungsgleich mit den vom Bundesverfassungsgericht geforderten überragend wichtigen Rechtsgütern.²¹ Die Intensität möglicher Eingriffe wird verstärkt durch die Befugnis zum Löschen und Verändern von Daten des infiltrierten Systems nach Art. 45 Abs. 1 Satz 6 PAG.

Drohnen, Art. 47 PAG

Die Befugnisnormen der Art. 33 Abs. 1 – 3 (offene Bild- oder Tonaufzeichnungen, also auch Übersichtsaufnahmen), Art. 36 Abs. 1 (besondere Mittel der Datenerhebung, also z.B. auch „kleiner Lauschangriff“), Art. 41 Abs. 1 (Einsatz technischer Mittel in Wohnungen, also Lausch- und Spähangriff), Art. 42 (Telekommunikationsüberwachung) und Art. 45 (Online-Durchsuchung) werden nach Art. 47 PAG ergänzt durch die Befugnis zur Verwendung von unbemannten Luftfahrtsystemen (Drohnen), die damit wiederum weit im Vorfeld von Gefahren zum Einsatz kommen. Für Maßnahmen, die unter Richtervorbehalt stehen, erstreckt sich dieser auch auf den Einsatz von Drohnen, Art. 47 Abs. 3 PAG.

Datenübermittlung, Art. 60 Abs. 3 PAG

Zu einem verstärkten Zugriff auf nachrichtendienstliche Erkenntnisse durch die Polizei zu operativen Zwecken ermächtigt Art. 60 Abs. 3 PAG insofern, als nunmehr bereits bei drohender Gefahr das Übermittlungersuchen zulässig ist, ohne dass weitere Einschränkungen vorgenommen würden, wie sie etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Anti-Terror-Datei gefordert hat.²²

B. Zulässigkeit

I. Rechtsweg

²¹ BVerfGE 120, 274 (328).

²² BVerfGE 133, 277 (329).

Der Rechtsweg zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof ist eröffnet nach Art. 75 Abs. 3 der Verfassung des Freistaates Bayern (im folgenden: BV); Art. 49 Abs. 1 des Gesetzes über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof (im folgenden: VerfGHG). Gemäß Art. 75 Abs. 3 BV entscheidet der Bayerische Verfassungsgerichtshof Meinungsstreitigkeiten darüber, ob durch ein Gesetz die Verfassung geändert wurde; gemäß Art. 49 Abs. 3 VerfGHG bedeutet Änderung in diesem Sinn eine nicht im Verfahren der Verfassungsänderung gemäß Art. 75 Abs. 3 zustandegekommene Änderung, also eine Durchbrechung der Verfassung und damit einen Verfassungsverstoß.²³ Gegenstand des Verfahrens ist also die bestrittene Verfassungskonformität eines Gesetzes; es handelt sich dem Typus nach um ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle.²⁴

II. Beteiligtenfähigkeit

Die Antragstellerin ist als Fraktion im Bayerischen Landtag beteiligtenfähig.²⁵ Sie ist mit eigenen verfassungsmäßigen Rechten ausgestatteter Teil des Landtags als eines obersten Verfassungsorgans, wie dies auch Art. 16a BV ausdrücklich festlegt.

Auf der Passivseite folgt die Beteiligtenfähigkeit der Antragsgegnerin zu 1) gleichermaßen aus deren Stellung als Fraktion im Bayerischen Landtag. Sie wird von der Antragstellerin in zulässiger Weise als Antragsgegnerin benannt, da mit ihren Stimmen als Mehrheitsfraktion das streitgegenständliche Gesetz beschlossen wurde.²⁶ Ebenso ist die Antragsgegnerin zu 2) als oberstes Staatsorgan beteiligtenfähig, Art. 49 Abs. 1 VerfGHG. Auch sie wurde in zulässiger Weise als Antragsgegnerin benannt, da der

²³ Vgl. BayVerfGH, E.v. 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14 und 8-VIII-15 Rdn. 56.

²⁴ Vgl. *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rdn. 11.

²⁵ Vgl. BayVerfGH, E.v. 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14 und 8-VIII-15 Rdn. 60.

²⁶ Vgl. BayVerfGH, E.v. 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14 und 8-VIII-15 Rdn. 60.

Ministerpräsident in ihrem Namen den Gesetzentwurf im Landtag eingebracht und damit das Gesetzgebungsvorhaben gemäß Art. 71 BV initiiert hat.²⁷

III. Meinungsverschiedenheiten

Die Meinungsverschiedenheiten, deren Entscheidung beantragt wird, ergaben sich während des Gesetzgebungsverfahrens²⁸ zwischen der Antragstellerin und den Antragsgegnern, der CSU-Landtagsfraktion und der Bayerischen Staatsregierung. Abgeordnete der Antragstellerinnen vertraten im Gesetzgebungsverfahren die Auffassung, Bestimmungen des PAG-Neuordnungsgesetzes verstießen gegen die Bayerische Verfassung. So äußerte die der Fraktion der Antragstellerin zugehörige Abgeordnete Katharina Schulze anlässlich der Einbringung des Gesetzentwurfs durch die Antragsgegnerin zu 2) in der Plenarsitzung des Bayerischen Landtags am 07.02.2018 die große Sorge der Fraktion,

„dass die polizeilichen Eingriffsbefugnisse noch einmal massiv ausgedehnt werden, unter anderem auch aufbauend auf dem Begriff der drohenden Gefahr“.²⁹

Sie wandte sich generell gegen „ständig neue Waffen und neue Befugnisse ... die vielleicht sogar verfassungswidrig sind und exemplarisch gegen die Ausweitung von DNA-Analysen und die sog. „intelligente Videoüberwachung“.³⁰

In der Plenarsitzung des Bayerischen Landtags am 15.05.2018 brachte sie vor der Verabschiedung des Gesetzes erneut die verfassungsrechtlichen Bedenken der Fraktion zum Ausdruck:

²⁷ BayVerfGH a.a.O.; *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rdn. 12.

²⁸ Zur maßgeblichen Zeitspanne vgl. *Schweiger*, in: Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher, die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 75 (2003) Rdn. 7.

²⁹ Plenarprotokoll 17/123, S. 10991 f.

³⁰ A.a.O. S. 10992.

„Diese Menschen eint alle, dass sie in Bayern frei und sicher leben wollen. Sie wissen auch, dass Bayern dank der guten Arbeit unserer Polizei das sicherste Bundesland ist. Eben weil das so ist, können sie nicht nachvollziehen, warum die CSU ihre Bürgerrechte einschränken möchte. Sie fragen sich, warum die Polizei nur aufgrund einer schwammigen drohenden Gefahr ihr Telefon, ihren Computer oder ihren Cloud-Dienst präventiv durchsuchen bzw. abhören sollte. Warum sollte im sichersten Bundesland die Freiheit weiter beschnitten werden?“³¹

Insbesondere wurde dabei die Adaption des Begriffs der drohenden Gefahr aus dem Recht der Terrorismusbekämpfung wie im BKAG in das allgemeine Polizeirecht kritisiert:

„Das ist doch genau der Streitpunkt, den wir die ganze Zeit haben: Ihre drohende Gefahr hat sich auf die allgemeinen Polizeibefugnisse ausgeweitet und beschränkt sich nicht auf den engen Bereich des Terrorismus.“³²

Vorangegangen waren eingehende Erörterungen anlässlich der Anhörung vor dem Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport und dem Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am 21.03.2018, bei dem insbesondere die von der Opposition und hier der Antragstellerin benannten Sachverständigen verfassungsrechtliche Bedenken zum Ausdruck brachten. Hier äußerte erneut die Abgeordnete Schulze verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausdehnung der Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr auf zahlreiche Einzelmaßnahmen, wie auch gegen die Befugnis zur DNA-Analyse, Online-Durchsuchung und „intelligente“ Videoüberwachung.³³ Sie äußert zusammenfassend erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel, wie auch ihre Befürchtung, die Entwicklung könnte in Richtung auf eine mit der Menschenwürde unvereinbaren

³¹ Plenarprotokoll 17/132 S. 11864 f.

³² A.a.O. S. 11865.

³³ Wortprotokoll der Anhörung vor dem Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport und dem Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am 21.03.2018 (Fn. 3), S. 21 f.

Totalüberwachung gehen und gelangt im Ergebnis zu einer mit der Bayerischen Verfassung und dem Grundgesetz unvereinbaren Überwachungsgesamtbilanz.

Diese bereits auf Parlamentsebene, im Landtag und seinen Ausschüssen, geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken werden von der Antragstellerin im Verfahren nach Art. 75 Abs. 3 BV weiterverfolgt.³⁴ Sie betreffen über die genannten einzelnen Befugnisnormen grundsätzlich den Begriff der drohenden Gefahr und dessen Einführung in das allgemeine Polizeirecht und beziehen sich damit auf die Gesamtheit der Normen, die eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle auf eine nur drohende Gefahr vorsehen. Sie beziehen sich auf die durchweg mangelnde Bestimmtheit der Normen des PAG. Sie beziehen sich mit der Rüge einer unverhältnismäßigen Überwachung im Sinn einer verfassungswidrigen Überwachungsgesamtbilanz auf die Gesamtheit jener Bestimmungen des PAG-Neuordnungsgesetzes, die Überwachungsmaßnahmen vorsehen.

4. Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung

Für den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung darf auf die Rechtsprechung des Hohen Gerichtshofs verwiesen werden, wonach der Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens der Stellung eines Antrags auf Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit nicht entgegensteht.³⁵

Der Antrag ist zulässig

³⁴ Vgl. BayVerfGH, E.v. 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14 und 8-VIII-15 Rdn. 56.

³⁵ Vgl. BayVerfGH, E.v. 21.11.2016 – Vf. 15-VIII-14 und 8-VIII-15 Rdn. 62.

C. Begründetheit

I. Maßstäbe

1. PAG-Neuordnungsgesetz als Umsetzung des Urteils zum BKAG - Übertragbarkeit der Maßstäbe ?

a) Schutzgüter

Das PAG-Neuordnungsgesetz enthält neue und verstärkt bestehende Befugnisse der Polizei zu Eingriffen in Grundrechte, so insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht³⁶ und dessen besondere Ausprägung als das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auf der Grundlage der Art. 100, 101 BV,³⁷ das Grundrecht auf Freiheit der Person, Art. 102 BV³⁸ und das Fernmeldegeheimnis des Art. 112 BV. Dass die genannten Grundrechtspositionen im Interesse der öffentlichen Sicherheit wie auch der Sicherheit des einzelnen Bürgers einschränkbar sind, wird nicht verkannt. Die verfassungsmäßige Ordnung, der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie Leib, Leben und Freiheit der Person sind Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht,³⁹ wie auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof für das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ausführt:

„Es ist verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber zu dem Ergebnis kommt, daß die allgemeine Sicherheit des Staates und die Sicherheit des einzelnen Bürgers in bestimmten Fällen den Vorrang vor dem Recht auf

³⁶ BayVerfGH, E. v. 20.3.2014 – Vf. 72-IVa-12 Rdn. 83.

³⁷ BayVerfGH, E.v.11.11.1997 – Vf. 22-VII-94, NVwZ-RR 1998, 273 (=VerfGHE 50, 226), unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG; BayVerfGH, E.v. 20.3.2014 – Vf. 72-IVa-12 Rdn. 83, unter Verweis auf VerfGHE 40, 7 (12 f.); BayVerfGH VerfGHE 57, 113 (119 f.); BayVerfGH VerfGHE 59, 29 (34); BayVerfGH BayVBI 2011, 206; s. auch *Lindner*, in: *Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. 2. Aufl. 2017, Art. 101 Rdn. 29 f.*

³⁸ BayVerfGH, B.v. 23.11.1979 – Vf. 17-VI-79: „Sie (Beschränkungen) sind aber, als von vornherein mitgedacht, auch nach bayerischem Verfassungsrecht zulässig, BeckRS 2014, 54087.

³⁹ Vgl. BVerfGE 141, 220 Rdn. 100.

informationelle Selbstbestimmung haben. Es ist verfassungsrechtlich vertretbar, wenn das Individualinteresse eines Einzelnen z.B. hinter dem Interesse des Staates an der Sicherheit seiner demokratischen Institutionen oder dem Interesse an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege im Einzelfall zurücktreten muß.“⁴⁰

Die Sicherheit des einzelnen wie des Staates durch Gefahrenabwehr und Verhütung von Straftaten zu gewährleisten, bedeutet ein legitimes Handlungsziel des Gesetzgebers, das die Einschränkung von Grundrechten durch Einräumung polizeilicher Befugnisse nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen vermag. Die „Staatsaufgabe Sicherheit“⁴¹ hat hierin Verfassungsrang. Die Gewähr von Sicherheit für den Bürger ist fundamentaler Staatszweck,⁴² die Gewährleistung von Freiheit aber ein ebenso fundamentaler Staatszweck des freiheitlichen Rechtsstaats, zu dem sich die Verfassung des Freistaats Bayern bekennt. Demgemäß darf Sicherheit „in bestimmten Fällen“ den Vorrang vor dem Freiheitsrecht des Bürgers haben, ist es „verfassungsrechtlich vertretbar“, wenn das Freiheitsrecht „im Einzelfall“ zurücktreten muss. Zu vergegenwärtigen ist also stets: die grundrechtliche Freiheit ist die Regel, ihre Beschränkung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.

Hierin und mit diesen Maßgaben Sicherheit und Freiheit in Konkordanz zu bringen, ist stete Herausforderung für den freiheitlichen Rechtsstaat. Dass Art. 99 BV den Schutz aller Einwohner – und ihr geistiges und leibliches Wohl – ausdrücklich erwähnt, bedeutet gleichwohl nicht, dass deshalb die Gewichte grundsätzlich anders zu setzen wären als nach dem Grundgesetz. Es bedeutet auch nicht, dass in der Abwägung von gesetzgeberischen Handlungszielen und Freiheitsgrundrechten letzteren geringeres Gewicht beizumessen wäre, als dies nach dem Grundgesetz der Fall ist.⁴³ Art. 99

⁴⁰ BayVerfGH, E.v. 11.11.1997 – Vf. 22-VII-94, NVwZ-RR 1998, 273

⁴¹ S. auch *Schwarz*, Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage 4 zum Wortprotokoll S. 2 (S. 286 der Anlagen).

⁴² BVerfGE 115, 320 (358); 120, 274 (319); vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Aufl. 2017 Rdn. 430a; *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. 2. Aufl. 2017, Art. 99 Rdn. 1.

⁴³ So aber die Kommentierung zu Art. 112 BV von *Möstl* a.a.O.

BV ändert nichts daran, dass grundrechtliche Freiheit die Regel zu sein hat und der Eingriff in die Freiheit die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Insbesondere kann der grundsätzlich gehaltenen Bestimmung des Art. 99 BV, auch wenn sie als Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten gedeutet werden mag,⁴⁴ schwerlich eine konkrete Aussage zu polizeilichen Vorfeldmaßnahmen zu entnehmen sein.⁴⁵

Nach Bayerischer Verfassung und Grundgesetz jedenfalls muss

„die Einräumung dieser Befugnisse⁴⁶ aber in allen Fällen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einem legitimen Ziel dienen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein“,⁴⁷

so das Bundesverfassungsgericht, zuletzt u.a. im Urteil zum BKA-Gesetz vom 20.04.2016:⁴⁸

„In dem Verbot unangemessener Grundrechtseingriffe finden auch die Pflichten des Staates zum Schutz anderer Rechtsgüter ihre Grenze.“⁴⁹

Diese Grenze überschreitet der Gesetzgeber mit der Novellierung des PAG.

b) PAG-Neuordnungsgesetz und Urteil zum BKAG

Es ist eben dieses Urteil zum BKA-Gesetz, auf das der Gesetzgeber des PAG-Neuordnungsgesetzes sich durchweg bezieht. Das Gesetz soll dessen Umsetzung dienen, die Gesetzesbegründung verweist wiederholt

⁴⁴ Vgl. BayVerfGH VerfGHE 57, 84 (98) unter Gleichsetzung mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

⁴⁵ So die Kommentierung des Art. 99 BV durch *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017.

⁴⁶ Gemeint sind Befugnisse des BKA bzw. des Verfassungsschutzes.

⁴⁷ BVerfGE 141, 220 Rdn. 93; BVerfGE 120, 274 (319).

⁴⁸ BVerfGE 141, 220 Rdn. 93, dort als stRSpr. bezeichnet, unter Verweis auf BVerfGE 67, 157 (173); 70, 278 (286); 104, 337 (347 ff.); 120, 274 (318 f.) 125, 260 (316).

⁴⁹ BVerfGE 109, 279 (350 ff.); 115, 320 (346); 120, 274 (327).

hierauf. Dass es mit dem Gesetz darum geht, die Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG und die dort vom Gericht als verfassungskonform akzeptierten Befugnisse des BKA in das allgemeine Polizeirecht des PAG zu übertragen, bestätigt auch der Vertreter der Antragsgegnerin zu 2), der bayerische Innenminister *Joachim Herrmann*. In einem Gespräch mit der *Süddeutschen Zeitung* betont er, der Terrorismus sei nicht die einzige Bedrohung, vor der man die Menschen schützen müsse. Zum Schutz von Rechtsgütern wie Leib, Leben oder der sexuellen Selbstbestimmung solle die Polizei - analog zur Terrorbekämpfung - "bereits dann eingreifen können, wenn eine Gefahr erst zu entstehen droht". Wörtlich führt er weiter aus:

"Es wäre pervers, wenn das Bundesverfassungsgericht Leib und Leben nur vor Terroristen schützen wollte und vor Angriffen von anderen nicht."⁵⁰

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Urteil zum BKA-Gesetz in der Tat über sehr tiefgreifende Eingriffsbefugnisse zu befinden. Wenn es diese Grundrechtseingriffe am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgebots prüft und soweit es sie hierbei als verfassungskonform wertet – dies betrifft keineswegs alle der im Gesetz vorgesehenen Eingriffsbefugnisse –, stützt es sich im Ausgangspunkt auf die Bekämpfung der Gefahren des internationalen Terrorismus, wie sie in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG vorgegeben ist:

„Sie (i.e. die Befugnisse) geben dem Bundeskriminalamt Aufklärungsmittel an die Hand, mit denen dieses seine neue Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus wahrnehmen soll“.⁵¹

Dass es hierbei gerade nicht um allgemeine polizeiliche Gefahrenabwehr geht, sondern um Terrorismusbekämpfung,⁵² wird schon aus dem

⁵⁰ SZ vom 02.05.2018; hier zitiert nach www.sueddeutsche.de/bayern/neues-polizeigesetz-in-bayern-herrmann-wirft-kritikern-vor-eine-gespensterdebatte-zu-fuehren-; abgerufen am 08.05.2018; s. auch die Äußerungen des Innenministers Herrmann anlässlich der Beratung des Gesetzentwurfs in 2. Lesung am 15.05.2018, Plenarprotokoll 17/132 S. 72.

⁵¹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 96.

⁵² Darauf verweisen auch *Murawiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rdn. 121c.

Definitionsansatz des Bundesverfassungsgerichts deutlich, das die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus

„auf spezifisch charakterisierte Straftaten von besonderem Gewicht begrenzt. Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus in diesem Sinne zielen auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens und umfassen hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben beliebiger Dritter. Sie richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes.“⁵³

BKAG und PAG sind nicht vergleichbar. Während die Befugnisse des BKA auf die Abwehr terroristischer Straftaten zielen, erfassen die durch das PAG-Neuordnungsgesetz erweiterten Befugnisse das gesamte polizeiliche Aufgabenspektrum. Die Befugnisse des BKA sind begrenzt. Sie sind punktueller und primär nachrichtendienstlicher Natur. Die Befugnisse der Polizei sind nunmehr sowohl nachrichtendienstlicher als vollzugspolizeilicher Natur. Anders, als das auf Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus gerichtete BKAG – wie dies schon im Leitsatz 1 des Urteils zum BKAG zum Ausdruck kommt – , trifft das PAG gleichsam die gesamte Bevölkerung.⁵⁴ Wenn also Ermächtigungsnormen des BKAG deshalb als verfassungskonform gewertet wurden, weil ihnen gerade keine im Verhältnis zum Handlungsziel der Terrorismusbekämpfung unverhältnismäßige Streubreite beigemessen wurde,⁵⁵ so kann diese Wertung nicht auf die Ermächtigungsnormen des PAG übertragen werden, wenn diese zu Eingriffen mit hoher Streubreite im Aufgabenbereich der Polizei ermächtigen.

c) Unterschiedliche Maßstäbe

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, wie sie an Gesetze nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG angelegt werden, können also nicht ohne weiteres auf das

⁵³ BVerfG a.a.O. unter Verweis auf BVerfGE 115, 320 (357 f.) 120, 274(319); 133, 277 (333 f. - Rdn. 133).

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 141, 220 Rdn. 101; hierauf verweist *Wächtler*, Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage 7 zum Wortprotokoll, S. 5 (S. 302 der Anlagen).

⁵⁵ BVerfGE 141, 220 Rdn. 101.

allgemeine Polizeirecht übertragen werden. Auch hier allerdings sind der Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung sowie von Leib, Leben und Freiheit der Person Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht und begründen hier gleichermaßen staatliche Schutzpflichten. Unterschiedlich aber sind die Gefahrenlagen, auf die der Gesetzgeber jeweils zu reagieren hat, und demgemäß unterschiedlich sind auch die verfassungsrechtlichen Maßstäbe. So wird denn auch die Verhältnismäßigkeit des Eingriffsinstrumentariums des BKAG entscheidend darauf gestützt, dass es auf die Abwehr bestimmter terroristischer Gefahren bezogen ist.⁵⁶ Es geht um den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter vor besonders bedrohlichen Angriffen – die Frage,

„wo diesbezüglich die verfassungsrechtlichen Grenzen für solche Maßnahmen im Allgemeinen – etwa auch für entsprechende Befugnisse nach den Landespolizeigesetzen – liegen“,⁵⁷

wird, hier für die Bestimmung des § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG, ausdrücklich offengelassen.

Aus dem Vorstehenden folgt: Eingriffsbefugnisse, die im Bereich der Terrorismusbekämpfung unter bestimmten Bedingungen verfassungskonform sind, wie zB heimliche Ausspähung,⁵⁸ sind dies nicht ohne weiteres für die Gefahrenabwehr nach PAG. Dies gilt ganz besonders auch für eine Vorverlagerung der Eingriffsschwelle in die Sphäre der „drohenden Gefahr“, wie sie mit der Neuordnung intendiert ist. Soweit Befugnisse nach PAG hieran anknüpfen, sind sie nicht schon deshalb verfassungskonform, weil im Urteil zum BKAG vergleichbare Befugnisse als verfassungskonform gewertet werden. Der Gesetzgeber bewegt sich nicht schon deshalb auf „verfassungsrechtlich sicherem Boden“,⁵⁹ weil das Bundesverfassungsgericht die

⁵⁶ BVerfGE 141, 220 Rdn. 156.

⁵⁷ BVerfGE 141, 220 Rdn. 156.

⁵⁸ Vgl. *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rdn. 121c.

⁵⁹ So aber *Möstl*, Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage zum Wortprotokoll S. 4 (S. 185 der Anlagen), der hierbei unberücksichtigt lässt, dass das BVerfG die Eingriffsschwelle für den Bereich der Terrorismusbekämpfung entwickelt und gebilligt hat; ähnlich Stellungnahme *Lindner*, S. 7 (S. 69 der Anlagen).

Kategorie der drohenden Gefahr im Urteil zum BKAG eingeführt hat. Der Gesetzgeber des PAG beschränkt sich zudem nicht darauf, dieses Urteil „umzusetzen“. Er geht vielmehr deutlich darüber hinaus. Das Urteil fordert im Fall drohender Gefahren, dass bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen.⁶⁰ Die „bedeutenden“ Rechtsgüter des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 – 5 PAG sind jedoch nicht gleichbedeutend mit „überragend wichtigen“ Rechtsgütern, wie sie für die Absenkung der Eingriffsschwelle im Urteil zum BKAG vorausgesetzt werden.

Dies wurde von der Antragstellerin bereits in ihrem Antrag vom 26.03.2018 zu Meinungsverschiedenheiten nach Art. 75 Abs. 3 BV über das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24. Juli 2017 ausgeführt; auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.⁶¹

2. Rechtsstaatliche Bestimmtheitserfordernisse – insbesondere: „drohende Gefahren“ und Normenklarheit

a) Keine Beschränkung auf tradierte polizeirechtliche Kategorien ? – BVerfG zum BKAG

Wenn also der Begriff der „drohenden Gefahr“ als Eingriffsvoraussetzung im BKA-Gesetz nicht grundsätzlich beanstandet wurde, so kann daraus noch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass dessen Verwendung in jenen zahlreichen Befugnisnormen des PAG, in denen bereits die drohende Gefahr ein polizeiliches Einschreiten rechtfertigt, verfassungsrechtlich unbedenklich wäre – diese Annahme aber scheint dem Gesetz zugrundezuliegen, wie ja auch der Vertreter der Bayerischen Staatsregierung in dem bereits erwähnten Pressegespräch darauf verweist, dass nicht der bayerische Gesetzgeber, sondern das Bundesverfassungsgericht den Begriff „erfunden“ habe.

⁶⁰ BVerfGE 141, 220 Rdn. 112.

⁶¹ Schriftsatz vom 26.03.2018, S. 48 ff.

Allerdings gilt auch für das allgemeine Sicherheits- und Polizeirecht, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht zwingend an die tradierte einfachgesetzliche Begrifflichkeit des Gefahrenabwehrrechts gebunden ist.⁶² Er ist, um es mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts auszudrücken,

„von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen.“⁶³

Der Gesetzgeber ist auch nicht grundsätzlich daran gehindert,

„die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen im Bereich des Polizeirechts auf der Grundlage einer seiner Prärogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln. Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.“⁶⁴

Die Befugnis, sich von der tradierten polizeirechtlichen Begrifflichkeit insbesondere für die Abwehr terroristischer Bedrohungen zu lösen, bedeutet also gerade keine Freiheit zu einer beliebigen Aufweichung der in langdauernder und kontinuierlicher rechtsstaatlicher Praxis geformten und hierin bewährten Kategorien des Rechts der Polizei und Sicherheitsbehörden und Vorverlagerung und Absenkung der polizeilichen Gefahrenschwelle. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der polizeilichen Eingriffsermächtigungen erfüllen eine in mehrfacher Hinsicht relevante rechtsstaatliche Funktion. Dies hat die Antragstellerin bereits im Verfahren über eine

⁶² Darauf abstellend insbesondere auch *Schwarz*, Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage zum Wortprotokoll S. 7 (S. 291 der Anlagen).

⁶³ BVerfGE 141, 220 Rdn. 112

⁶⁴ BVerfGE 115, 320 (360); darauf beziehend *Schwarz*, Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage zum Wortprotokoll S. 4 (S. 288 der Anlagen); - das BVerfG hat allerdings für die präventive polizeiliche Rasterfahndung den Verzicht auf die konkrete Gefahr gerade nicht zugelassen.

Meinungsverschiedenheit gemäß Art. 75 Abs. 3 BV über die Verfassungskonformität des Gesetzes zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen vom 26.03.2017 näher ausgeführt. Bereits mit diesem Gesetz war der Begriff der drohenden Gefahr als befugnisbegründend sowohl in die polizeiliche Generalklausel des Art. 11 PAG nach dessen Abs. 3, als auch für eine Reihe polizeilicher Standardmaßnahmen in das PAG eingeführt worden.

Das Bundesverfassungsgericht bestimmt die Schwelle der drohenden Gefahr für Vorfeldmaßnahmen deutlich enger, als dies der Fall ist in Art. 11 Abs. 1 Satz 3 PAG. Es spricht von der Möglichkeit,

„auch schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr Maßnahmen durchzuführen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst drohende Gefahr einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen, ist dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen und wenn erkennbar ist, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.“⁶⁵

Dahinter bleibt zumindest die unklare Formulierung des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PAG deutlich zurück.

Anders, als dies durchweg in der Gesetzesbegründung anklingt, werden durch das PAG-Neuordnungsgesetz die Eingriffsbefugnisse bei nur drohender Gefahr substantiell erweitert.

b) Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot: die wesentlichen Anforderungen an den Gesetzgeber

Verfassungsrechtliche Bestimmtheitserfordernisse bestehen einerseits im Interesse der Rechtssicherheit, andererseits der Wahrung der Verhältnismäßigkeit als maßgebliche verfassungsrechtliche Maßstäbe für die

⁶⁵ BVerfGE 141, 220 Rdn. 213; ebenso BVerfGE 120, 274 (329).

Eingriffsbefugnisse auch des Polizeirechts.⁶⁶ Der Grundsatz der Rechtssicherheit als wesentliches Element des Rechtsstaatsgebots⁶⁷ umfasst das Gebot der Klarheit und Bestimmtheit der Norm. Nach einer vom BVerfG regelmäßig zugrundegelegten Formel muss die Norm den „rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtsklarheit und Justiziabilität“ entsprechen; Gesetze müssen in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt „so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können“.⁶⁸ Das Gebot der Normenklarheit dient

„der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte“.⁶⁹

Die Norm muss nach ihrer Fassung der Verwaltung hinreichende Maßstäbe liefern, nach denen sie ihre Befugnisse einschätzen kann, und sie muss schließlich die Gerichte in die Lage versetzen, „die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren“.⁷⁰ Die Anforderungen an Normenklarheit und Bestimmtheit sind dabei in Abhängigkeit von dem jeweils betroffenen Grundrecht⁷¹ wie auch der Intensität des Eingriffs zu sehen.⁷²

Dass diese rechtsstaatlichen Erfordernisse der Normenklarheit wie auch der Verhältnismäßigkeit bei den hier den Gegenstand der Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten bildenden Normen nicht gewahrt sind, wird im folgenden für die jeweiligen polizeilichen Befugnisse auszuführen sein. Angesichts der Eingriffsintensität zahlreicher bereits für den

⁶⁶ Vgl. für das BKAG BVerfGE 141, 220 Rdn. 90.

⁶⁷ Näher *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Aufl. 2017 Rdn. 372 ff.

⁶⁸ BayVerfGH E.v. 25.09.2015 – Vf. 9-VII-13 Rdn. 323 bei juris; ähnlich BayVerfGH, E. v. 13.03.2012 – Vf. 9-VII-11, Rdn. 39 bei juris; ebenso BVerfGE 52, 1 (41).

⁶⁹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 94, dort als stRSpr bezeichnet, unter Verweis auf BVerfGE 113, 348, (375 ff.) 120, 378 (407 f.) 133, 277 (336).

⁷⁰ BVerfGE 113, 348 (376 f.).

⁷¹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 90.

⁷² So auch BayVerfGH VerfGHE 47, 207 (217).

Fall der drohenden Gefahr begründeter polizeilicher Befugnisse und nicht zuletzt angesichts des Umstandes, dass eine Reihe eingriffsintensiver Maßnahmen ohne Kenntnis des Betroffenen durchgeführt werden können, sind jedoch bereits an dieser Stelle vorweg grundsätzliche Bedenken gegen die Verwendung des Begriffs im allgemeinen polizeirechtlichen Kontext anzumerken.

Dabei wird nicht verkannt, dass gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auch im Recht der öffentlichen Sicherheit keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen,⁷³ so auch nicht gegen den Begriff der Gefahr als den Zentralbegriff des Polizei- und Ordnungsrechts, generell des Rechts der öffentlichen Sicherheit.⁷⁴ Denn angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Gefahrenlagen und Störungen kann der Gesetzgeber die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Ausübung polizei- und ordnungsbehördlicher Befugnisse nicht durchweg von vornherein mit exakt bestimmbaren Tatbestandsmerkmalen abschließend beschreiben.⁷⁵ Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe müssen jedoch in ihrer Auslegung hinreichend bestimmbar sein:

„Mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung muss sich eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lassen“.⁷⁶

Dabei können

„wie auch sonst bei der Auslegung von Rechtsvorschriften... das Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, ihre

⁷³ BayVerfGH E.v. 25.09.2015 – Vf. 9-VII-13 Rdn. 232 bei juris unter Verweis auf VerfGHE 41, 17 (24); s. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018 Rdn. 49.

⁷⁴ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 4 Rdn. 1.

⁷⁵ Vgl. BayVerfGH VerfGHE 50, 226 (248 f.); BayVerfGH E.v. 25.09.2015 – Vf. 9-VII-13 Rdn. 232 bei juris

⁷⁶ BayVerfGH E.v. 25.09.2015 – Vf. 9-VII-13 Rdn. 232 bei juris unter Verweis auf VerfGHE 65, 61 (69).

Tendenz, ihr Programm, der Zusammenhang mit anderen Vorschriften und die Entstehungsgeschichte berücksichtigt werden.“⁷⁷

c) „Drohende Gefahr“ und Bestimmtheitsgebot

Nach diesen Vorgaben erscheint eine hinreichend sichere Bestimmung des Begriffs der „drohenden“ Gefahr, in Abgrenzung insbesondere zum allgemeinen polizeirechtlichen Gefahrbegriff jedoch nicht eröffnet.

aa) Maßgebliche Auslegungsmethoden – Zielsetzung und Wortsinn

Eine derartige Abgrenzung aber wollte der Gesetzgeber vornehmen; die Eingriffsschwelle soll vorverlagert werden. Die Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr bedeutet im Verhältnis zur bisher das Polizeirecht bestimmenden „konkreten“ Gefahr eine Absenkung der Eingriffsschwelle – so auch die hierin übereinstimmende Einschätzung der Sachverständigen in der Anhörung zum Entwurf eines PAG-Neuordnungsgesetzes am 21.03.2018.⁷⁸

Die Zielsetzung des Gesetzgebers, die Eingriffsschwelle vorzuverlagern, bietet jedoch noch keine hinreichende Grundlage, um die Eingriffsermächtigung für nur „drohende“ und nicht ohnehin „konkrete“ Gefahren in einer den Erfordernissen der Normenklarheit genügenden, nachvollziehbaren und berechenbaren Weise zu bestimmen, konkrete und drohende Gefahr voneinander abzugrenzen. Es sind also die „üblichen Auslegungsmethoden“, auf die das erkennende Gericht in anderem Zusammenhang verweist,⁷⁹ heranzuziehen. Auch der Wortlaut der Norm erweist sich hier nicht

⁷⁷ BayVerfGH, E. v. 13.03.2012 – Vf. 9-VII-11, Rdn. 39 bei juris (=VerfGHE 65).

⁷⁸ Vgl. die Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3) von *Möstl*, Anlage 4 zum Wortprotokoll S. 4 (S. 185 der Anlagen), der den Gesetzgeber im Grundsatz auf verfassungsrechtlich sicherem Boden sieht, andererseits die Stellungnahme von *Wächtler*, Anlage 7 zum Wortprotokoll, S. 4 (Anlagen S. 301), der im Ergebnis die gegenteilige Ansicht vertritt.

⁷⁹ BayVerfGH E.v. 25.09.2015 – Vf. 9-VII-13 Rdn. 232.

als weiterführend, weder im allgemeinen noch im spezifisch rechtlichen Sprachgebrauch. Im allgemeinen, nicht-juristischen Sprachgebrauch wird von einer drohenden Gefahr eher im Sinn einer Tautologie gesprochen, um das einer Gefahr innewohnende Moment der Bedrohung zu betonen.

bb) „Drohende Gefahr“ in gesetzlichen Bestimmungen

In diesem Sinn wird der Begriff der drohenden Gefahr auch in Rechtsnormen gesehen, in denen er bis zu seiner Einführung in das Polizei- und Ordnungsrecht gebraucht wurde, so im Grundgesetz in dessen Art. 11 Abs. 2.⁸⁰ In der Bestimmung des Art. 91 GG über den inneren Staatsnotstand wird der Begriff der Gefahr als konkrete Gefahr verstanden, aus dem Attribut „drohend“ das Erfordernis einer aus objektiven Umständen ableitbaren hinreichenden Wahrscheinlichkeit abgeleitet.⁸¹ Auch hier geht es also darum, dass der Gefahr innewohnende Bedrohungselement zu betonen und wird eine konkrete Gefahr gefordert – eben davon aber will das PAG-Neuordnungsgesetz für zahlreiche der Standardmaßnahmen des PAG abweichen.

Auf eine drohende Gefahr wird abgestellt in der Bestimmung über den rechtfertigenden Notstand des § 228 BGB. Die Notstandslage setzt hier nach eine durch eine Sache drohende Gefahr voraus; die Gefahr muss von der Sache ausgehen. Durch den Begriff „drohend“ soll die unbestimmte Möglichkeit eines künftigen Schadenseintritts ausgeschlossen werden. Es bedarf einer auf tatsächliche Umstände gegründeten Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses; die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts genügt insoweit nicht.⁸² Teilweise wird in der Kommentarliteratur auch gefordert, der Schadenseintritt müsse „sehr wahrscheinlich“ sein.⁸³ Soweit ein Zustand gefordert wird, der aus objektiver Sicht ex ante den Eintritt eines Schadens nicht nur als möglich, sondern als naheliegend erscheinen

⁸⁰ Vgl. zum Gefahrbegriff insoweit *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 11 (2012) Rdn. 143; s. auch *Pagenkopf*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 11 Rdn. 25, wo schlechthin auf „Gefahr“ abgestellt wird.

⁸¹ *Windthorst*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 91 Rdn. 10.

⁸² Vgl. *Grothe*, MüKo, 7. Aufl. 2015, § 228 BGB Rdn. 7.

⁸³ *Staudinger/Repke*, 2014, § 228 Rdn. 13.

lässt,⁸⁴ wird der Begriff der drohenden Gefahr auch insoweit offensichtlich nicht als Abschwächung gegenüber der konkreten Gefahr gesehen und im übrigen nur von der gegenwärtigen Gefahr unterschieden.⁸⁵ Hier wird also sowohl nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit als auch nach dem gefährdeten Rechtsgut unterschieden. Auf die gefährdeten Rechtsgüter ist auch der Begriff der gemeinen Gefahr bezogen.⁸⁶

Auch im rechtlichen Sprachgebrauch hat mithin der Begriff der drohenden Gefahr keine hinreichend sicheren Konturen erlangt, um einerseits dem Betroffenen die Rechtslage hinreichend zu verdeutlichen und andererseits der vollziehenden Gewalt – und dies ist hier an erster Stelle der Polizeivollzugsdienst – hinreichend Maßstäbe für ihr Handeln zu liefern. Die Erwartung, dass die Rechtsprechung im Wege der Gesetzesauslegung zu einem gesicherten Begriffsverständnis gelangen möge, wie sie im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens geäußert wurde, vermag angesichts der im Gesetz enthaltenen weitreichenden und tief in Grundrechte der Betroffenen eingreifenden Befugnisse das Fehlen operabler Maßstäbe für die Träger der polizeilichen Befugnisse nicht auszugleichen.

cc) Gefahrbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht

Kommt also dem Begriff der drohenden Gefahr im allgemeinen Sprachgebrauch wie auch im nicht spezifisch ordnungs- und polizeirechtlich juristischen Sprachgebrauch kein gesicherter Bedeutungsgehalt zu, so fügt er sich auch nicht in die tradierte Begrifflichkeit des allgemeinen Sicherheitsrechts, also des Polizei- und Ordnungsrechts. Der traditionelle polizeirechtliche Begriff der „konkreten Gefahr“ setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung eines polizeilichen Schutzguts führt.⁸⁷ Sie ist als Begriff hinreichend konturiert, um Rechtssicherheit im Vollzug und in der gerichtlichen Kontrolle zu

⁸⁴ *Dennhardt*, Beck-OK BGB, 45. Ed. 2017, § 228 Rdn. 4.

⁸⁵ *Dennhardt* a.a.O.

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 141, 220 Rdn. 108; BVerfGE 109, 279 (379).

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 115, 320 (364); BVerfGE 141, 220 Rdn. 111.

gewährleisten. Das Bundesverfassungsgericht nennt hier diese drei wesentlichen Kriterien: das Bestehen einer Gefahr in einem Einzelfall, das zeitliche Moment, also die Nähe zum Zeitpunkt einer möglichen Verwirklichung der Gefahr durch Eintritt eines Schadens und den Bezug auf individuelle Personen als Verursacher.⁸⁸

Demgegenüber ist bei der abstrakten Gefahr der möglicherweise zur Schädigung polizeilicher Schutzgüter führende Kausalverlauf nicht in den Einzelheiten absehbar.⁸⁹ Soweit es auf eine „unmittelbar bevorstehende“ oder „gegenwärtige Gefahr“ ankommt, wird ein noch engerer zeitlicher Zusammenhang vorausgesetzt.⁹⁰ Auch insoweit handelt es sich um einen Fall der konkreten Gefahr. Der Begriff der „erheblichen“ Gefahr setzt nach dem Verständnis des allgemeinen Sicherheitsrechts voraus, dass eine Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut gegeben sein muss, zu denen insbesondere Leib, Leben, Freiheit oder der Bestand des Staates gerechnet werden.⁹¹ Damit wird in erster Linie auf das gefährdete Rechtsgut abgestellt. Einen besonderen Fall der konkreten Gefahr stellt schließlich die „dringende Gefahr“ dar, wie sie Art. 13 Abs. 4 GG verlangt. Hierfür ist einerseits eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit des zu erwartenden Schadens vorzusetzen, andererseits aber auch das Ausmaß des drohenden Schadens, im Sinn der Bedeutung und des Gewichts des gefährdeten Rechtsguts.⁹² Aber auch die dringende ist eine konkrete Gefahr.

Mit der Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Gefahr wird danach differenziert, ob die Gefahr eines Schadenseintritts im jeweiligen Einzelfall prognostiziert werden kann; es geht also um die Intensität der Wahrscheinlichkeit, die Verdichtung einer typischerweise bestehenden zu einer für den konkreten Sachverhalt gegebenen Möglichkeit des Schadenseintritts. Gegenwärtige, dringende, erhebliche Gefahr sind durchweg Fälle der konkreten Gefahr.

⁸⁸ BVerfGE 120, 274 (328 f.).

⁸⁹ Vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018 Rdn. 71.

⁹⁰ BVerfGE 141, 220 Rdn. 111.

⁹¹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 312.

⁹² BVerfGE 130, 1 (32); BVerfGE 141, 220 Rdn. 111.

dd) Gebot der Normenklarheit und Justitiabilität – unbestimmte Rechtsbegriffe

Das rechtsstaatliche Postulat, dass unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Verwendung aus Gründen der Praktikabilität und der Vielgestaltigkeit der gerade im Sicherheitsrecht zu bewältigenden Aufgaben an sich im Grundsatz unbedenklich ist, sich in ihrem Regelungsgehalt mit den üblichen Auslegungsmethoden hinreichend erschließen müssen, ist beim Begriff der konkreten Gefahr gewahrt, auch in seinen Abstufungen als dringende oder gegenwärtige Gefahr. Davon kann nicht ausgegangen werden bei dem in das allgemeine Polizeirecht neu eingeführten Begriff der drohenden Gefahr, der, wie dargelegt im allgemeinen, nicht-juristischen Sprachgebrauch keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt hat, ebensowenig in Rechtsnormen außerhalb des Sicherheitsrechts und der auch in sicherheitsrechtlich orientierten Normen wie Art. 87 Abs. 1 und Art. 91 Abs. 1 GG nicht vom allgemeinen Gefahrbegriff unterschieden wird. Demgegenüber will der Gesetzgeber des PAG-Neuordnungsgesetzes mit der Verwendung des Begriffs der drohenden Gefahr, wie schon mit der Novellierung des PAG durch das „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ vom 24. Juli 2017 (GVBl 2017, S. 388) die Eingriffsschwelle in das Gefahrenvorfeld verlagern.⁹³ Somit lassen Wortsinn, die Bedeutung des Begriffs in anderen gesetzlichen Bestimmungen⁹⁴ und Entstehungsgeschichte unterschiedliche Deutungen zu. Eine Begriffserklärung durch eine gefestigte Rechtsprechung ist nicht erfolgt; die Aussagen des Urteils zum BKAG können, wie dargelegt, nicht auf das allgemeine Polizeirecht übertragen werden. Deshalb vermag auch die Legaldefinition des Gesetzgebers in Art. 11 Abs. 2 Satz 1 PAG dem Begriff der drohenden Gefahr als Anknüpfungspunkt für intensive Grundrechtseingriffe keine hinreichende Normenklarheit für den Vollzug und keine hinreichende Justitiabilität zu verleihen.

⁹³ Vgl. zur Begründung LT-Drucks. 17/16299 S. 9 f. -

⁹⁴ Lediglich in § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 wird drohende Gefahr im Sinn einer Vorfeldaufklärung verstanden.

Dies gilt umso mehr, als die polizeiliche Einschätzung einer Gefährdungslage ohnehin aus der ex-ante-Perspektive und damit nur eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann. Im Fall der drohenden Gefahr, bei der ja der Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehbar ist,⁹⁵ besteht dann umso größerer Spielraum für die polizeiliche Einschätzung. Nicht mehr die Annahme, die Lage sei gefährlich, muss dann – aus der ex-ante-Sicht – plausibel belegbar sein, sondern lediglich die Einschätzung: „es könnte gefährlich werden“. Auf dem sachlich begrenzten Gebiet der Terrorismusbekämpfung wird auch diese Annahme in der Regel Behörden und Gerichten hinreichend plausibel belegbar sein; auf dem weiten Feld der allgemein polizeilichen Gefahrenabwehr ist dies nicht mehr der Fall, wird das polizeiliche Handlungsermessen rechtsstaatswidrig entgrenzt.

Die Eingriffsvoraussetzung der drohenden Gefahr ist also im Widerspruch zu sehen zu den rechtsstaatlichen Erfordernissen der Normenklarheit und Normbestimmtheit. Die dadurch begründeten verfassungsrechtlichen Bedenken müssen jedenfalls dort zur Verfassungswidrigkeit der Norm führen, wo eingriffsintensive Maßnahmen auf eine drohende Gefahr gestützt werden. Dies gilt auch für Maßnahmen informationellen Charakters, wie sie im Gefahrenvorfeld kennzeichnend sind. Auch sie können intensiv in Grundrechte eingreifen. Dem ist im folgenden für die einzelnen nach dem PAG-Neuordnungsgesetz eingefügten Befugnisnormen nachzugehen.

3. Bestimmtheitsgebot und Verhältnismäßigkeit

a) Bestimmtheit und Eingriffsintensität

Das rechtsstaatliche Bestimmtheitserfordernis ist im Zusammenhang zu sehen mit dem gleichermaßen rechtsstaatlich begründeten Verhältnismäßigkeitsgebot.⁹⁶ Die Anforderungen an die Bestimmtheit dienen auch dazu, das Handeln der Verwaltung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen, es an klare Voraussetzungen zu binden und so eingriffsbegrenzend zu wirken,

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 141, 274 Rdn. 112.

⁹⁶ Vgl. BayVerfGH VerGHE 47, 207 (217).

wie dies dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht. Dies gilt auch für die Anforderungen an das Vorliegen einer Gefahr im Sinn des jeweiligen Eingriffstatbestands. Sie bestimmen sich maßgeblich nach der Eingriffsintensität der Maßnahme, zu der die Befugnisnorm ermächtigt. So verlangt Art. 13 Abs. 4 GG für die besonders intensiv in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre eindringende Wohnraumüberwachung eine dringende Gefahr und müssen im übrigen die Anforderungen an eine hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen bestimmt werden.⁹⁷ Dies aber setzt voraus, dass der jeweilige der Befugnisnorm zugrundeliegende Gefahrbegriff seinerseits hinreichend bestimmt ist.

b) Insbesondere: Umfeldüberwachung, Maßnahmen gegen „Dritte“

Die Bestimmtheit der Eingriffsvoraussetzungen in ihrer Relevanz für die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsbefugnisse wird in besonderer Weise deutlich für Maßnahmen der Umfeldüberwachung, also Maßnahmen gegenüber Dritten, die nicht als Handlungs- oder Zustandsverantwortliche bzw. Tatverdächtige in besonderer Verantwortung stehen.⁹⁸ Es sind dies Maßnahmen, denen, nicht zuletzt auf Grund ihrer Streubreite,⁹⁹ erhebliche Eingriffsintensität zukommt. Gerade der Begriff der drohenden Gefahr eröffnet in weitem Umfang Befugnisse gegenüber Personen im Umfeld der Verantwortlichen. Denn wenn eine drohende Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PAG aus dem Verhalten einer Person, das die konkrete Wahrscheinlichkeit erheblicher Angriffe erwarten lässt, begründet werden soll, so werden gleichwohl dann zu treffende Maßnahmen nicht notwendig auf eben diese Person begrenzt; Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PAG enthält ohnehin keinen Bezug auf eine bestimmte Person. Die Differenzierung zwischen Störer und Nichtstörer wie generell das Gebot der vorrangigen Inanspruchnahme des Verantwortlichen¹⁰⁰ als rechtsstaatliches Erfordernis der Verhältnismäßigkeit verliert mit der Verlagerung der Eingriffsschwelle in das Gefahrenvorfeld

⁹⁷ BVerfGE 141, 220 Rdn. 110 f.

⁹⁸ BVerfGE 141, 220 Rdn. 114 f.

⁹⁹ Vgl. zur Streubreite als Kriterium der Verhältnismäßigkeit BVerfGE 115, 320 (354); 120, 274 (323); BVerfGE 141, 220 Rdn. 101.

¹⁰⁰ Vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018 Rdn. 230a.

zusehends an Trennschärfe. Auch deshalb ist die Unbestimmtheit des Begriffs verfassungsrechtlich bedenklich und führt bei Befugnisnormen insbesondere dann, wenn sie intensive Eingriffe vorsehen, zur Verfassungswidrigkeit, wie im folgenden für die die den Gegenstand der Meinungsverschiedenheiten bildenden Bestimmungen des PAG-Neuordnungsgesetz dargelegt werden wird.

Eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen, die sich nicht unmittelbar gegen die Zielperson, sondern gegen Personen in deren Umfeld richten, sind nur unter engen Voraussetzungen bei besonderen konkreten Anhaltspunkten zulässig. Das Bundesverfassungsgericht entwickelt hierfür im Urteil zum BKAG je nach Eingriffstiefe gestufte Voraussetzungen insbesondere für heimliche Überwachungsmaßnahmen.¹⁰¹ Wenn Maßnahmen zur Abwehr terroristischer Bedrohungen, die tief in die Privatsphäre eingreifen, unter erhöhtem Rechtfertigungszwang stehen, wenn sie sich gegen Umfeld- oder Kontaktpersonen richten, so muss dies erst recht für Maßnahmen der Gefahrenabwehr des allgemeinen Polizeirechts gelten.

Wird also wie in zahlreichen Befugnisnormen des PAG auf mögliche Beziehungen des Dritten zum eigentlich polizeirechtlich Verantwortlichen abgestellt, so tritt ein weiteres Moment der Unbestimmtheit hinzu. Damit stellt sich auch die Frage der hinreichenden Bestimmtheit der Norm als Voraussetzung auch für die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in potenziierter Form, wenn einerseits die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Kausalverlaufs abgesenkt, andererseits der Kreis der Maßnahmenadressaten entgrenzt wird.

c) Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Überlegungen folgt: der Begriff der drohenden Gefahr als tatbestandliche Eingriffsvoraussetzung in den Befugnisnormen des PAG i.d.F. des PAG-Neuordnungsgesetzes ist in seinem Bedeutungsgehalt nicht hinreichend gesichert. Die Folgen aus diesen und weiteren Bestimmtheitsdefiziten sind für die einzelnen Befugnisnormen im Hinblick auf

¹⁰¹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 114 ff.

Intensität und objektive wie subjektive Reichweite der darin angelegten Eingriffe zu ermitteln. Ebenso ist bei den auf Grund der Novellierung des PAG durch das PAG-Neuordnungsgesetz neuen oder erweiterten Befugnissen für die jeweilige gesetzliche Ermächtigung festzustellen, ob sie den Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit genügt.

4. PAG und Normenklarheit

In den Stellungnahmen zum Entwurf des PAG-Neuordnungsgesetzes im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens wurde verschiedentlich die „immer unübersichtlichere und schwerer lesbare und verständliche Gestalt des Polizeirechts“¹⁰² gerügt. Das PAG habe „allmählich das Stadium der Unlesbarkeit erreicht“.¹⁰³ Ob dies für sich genommen zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes oder einzelner Bestimmungen wegen Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Gebot der Rechtsklarheit führt, sei an dieser Stelle dahingestellt. Wenn allerdings diese in der Tat nicht in Abrede zu stellende Unübersichtlichkeit des Gesetzes und wesentlicher Normen vor allem des polizeilichen Informationsrechts¹⁰⁴ auf den Zwang zurückgeführt wird, die als zu perfektionistisch empfundenen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, zuletzt im Urteil des BKAG zu übernehmen,¹⁰⁵ so geht dies am Kern der verfassungsrechtlichen Problematik vorbei. Die – nach Ansicht der Kritiker – zu perfektionistischen und die Praxis überfordernden Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sind der Schwere der Grundrechtseingriffe geschuldet, die entsprechende rechtsstaatliche Garantien erfordert. Wenn nun der Gesetzgeber des allgemeinen Polizei- oder Ordnungsrechts gleichermaßen so intensive und weitreichende Eingriffsermächtigungen normiert, dass die dadurch bedingten rechtsstaatlichen Garantien zur „Unlesbarkeit“ des Gesetzes führen, jedenfalls seine Praktikabilität entscheidend mindern, so muss dies in der Tat erheblichen Bedenken unter Gesichtspunkten der

¹⁰² *Möstl*. Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage 4 zum Wortprotokoll S. 1 (S. 182 der Anlagen).

¹⁰³ *Lindner* in seiner schriftlichen Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), S. 2 (S. 64 der Anlagen).

¹⁰⁴ Vgl. *Lindner* a.a.O.

¹⁰⁵ So sowohl *Möstl* als auch *Lindner* jeweils a.a.O.

Normenklarheit und der Justitiabilität begegnen. Die Konsequenz kann aber dann nur in der Abschwächung der Eingriffsintensität und nicht in der Absenkung der Eingriffsschwellen liegen. Eingriffsbefugnisse der nachrichtendienstlichen Ebene eignen sich nicht ohne weiteres für die Vollzugspolizei. Auch deshalb ist die vom Gesetzgeber des PAG-Neuordnungsgesetzes gezogene Parallele zum BKAG und den hierzu vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen nicht tragfähig.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass nicht nur das PAG in seiner novellierten Fassung, sondern auch das PAG-Neuordnungsgesetz selbst an mangelnder Rechtsklarheit krankt. Das Verständnis des Entwurfs wird in hohem Maße erschwert durch neue Artikelnummern und zahlreiche, unübersichtliche Verweise, die sich in der Begründung wiederum auf den alten Gesetzestext mit anderer Artikelnummer beziehen, der dann aber in der Entwurfsbegründung nicht wiederholt wird, so dass auch die Gesetzesbegründung nur schwer nachverfolgbar ist. So dürfte den am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten das Gewicht neu eingeführter oder erweiterter Eingriffsbefugnisse nicht durchweg bewusst geworden sein – ob dies beabsichtigt war,¹⁰⁶ sei dahingestellt.

5. Rechtsstaatliche Flankierungen - Verfahren

Auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verfahrensgestaltung wie insbesondere Richtervorbehalte und Benachrichtigungspflichten können nicht generell, müssen vielmehr im Blick auf die Voraussetzungen und die Eingriffsintensität der einzelnen Maßnahmen bestimmt werden. Fehlt es allerdings an der gebotenen Klarheit der Norm, so kann dieses rechtsstaatliche Defizit auch über Richtervorbehalte nicht ausgeglichen werden. Denn das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit soll ja gerade den Gerichten rechtsstaatlich gesicherte Bewertungsmaßstäbe liefern. Bei einem so unkonturierten Begriff wie dem der drohenden Gefahr dürfte der Richter weitestgehend auf die polizeiliche Einschätzung verwiesen sein. Grundrechtsschutz durch Verfahren, auch im Wege des Richtervorhalts,

¹⁰⁶ Dies vermutet *Strate*, NJW-aktuell 10/2018 S. 7.

vermag materielle Grundrechtsdefizite nur bedingt auszugleichen.¹⁰⁷ In der Sache nicht gerechtfertigte Grundrechtseingriffe werden nicht dadurch gerechtfertigt, dass sie vom Richter angeordnet werden.¹⁰⁸

Auch ist, worauf insbesondere *Wächtler* in seiner Stellungnahme zum Entwurf des PAG-Neuordnungsgesetzes vom 20.03.2018 hingewiesen hat, das Verfahren mit erheblichen Rechtsschutzdefiziten für den Betroffenen behaftet.¹⁰⁹ Für nach dem Gesetz erforderliche richterliche Entscheidungen, also auch die Ausübung des Richtervorbehalts, soll nach Art. 92 Abs. 1 PAG das Verfahren nach FamFG maßgeblich sein. Das Verfahren nach FamFG kennt jedoch kein der Pflichtverteidigung oder der notwendigen Verteidigung vergleichbares Rechtsinstitut auch in Fällen schwerster Grundrechtseingriffe. Im Strafverfahren gebietet das Rechtsstaatsprinzip, dass der Betroffene seine Rechte wirksam wahrnehmen kann und gewährleistet deshalb das Institut der notwendigen Verteidigung.¹¹⁰ Gegenüber präventiven Maßnahmen von höchster Eingriffsintensität kann dann nichts anderes gelten. Schon deshalb führt die Verweisung auf das Verfahren nach FamFG – wie auch die fehlende aufschiebende Wirkung einer Beschwerde nach § 64 FamFG oder unzureichend ausgestaltete Akteneinsichtsrechte¹¹¹ zu relevanten Rechtsschutzdefiziten. Dies relativiert entscheidend die flankierende Schutzfunktion der Richtervorbehalte im PAG.

II. Die Befugnisnormen im einzelnen

¹⁰⁷ Dies verkennt zB *Lindner* in seiner schriftlichen Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), S. 11.

¹⁰⁸ Vgl. für Fälle der DNA-Identifizierung BVerfGE 103, 21 (32); BVerfG (K) NStZ 2014, 48; BVerfG (K) NJW 2016, 2799.

¹⁰⁹ *Wächtler*, Anlage 7 zum Wortprotokoll (Fn. 3), S. 7 (Anlagen S. 304).

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 65, 171 (174) zum Ableitungszusammenhang Rechtsstaat – ordnungsgemäßes Verfahren – wirksame Verteidigung – notwendige Verteidigung; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rdn. 43.

¹¹¹ Näher *Wächtler*, Anlage 7 zum Wortprotokoll (Fn. 3), S. 7 ff. (Anlagen S. 304 ff.).

1. § 1 Nr. 6, Nr. 23 Buchst. b PAG-Neuordnungsgesetz: DNA-Analyse, Art. 14 Abs. 3 – 6 PAG sowie Art. 32 Sätze 2 – 4 PAG

a) DNA-Analyse als erkennungsdienstliche Maßnahme: informationelle Selbstbestimmung

Die DNA-Analyse als neue erkennungsdienstliche Maßnahme gemäß Art. 14 Abs. 3 PAG berührt den Schutzbereich des das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auf der Grundlage der Art. 100, 101 BV,¹¹² entsprechend Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Es umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Die Entnahme von Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung bedeutet einen Eingriff in dieses Grundrecht.¹¹³ Einschränkungen sind nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weiter gehen, als es zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist.¹¹⁴ Auch insoweit ist ein absolut geschützter Kernbereich des Persönlichkeitsrechts anzuerkennen, in den auch durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes nicht eingegriffen werden kann.¹¹⁵ Dieser Kernbereich ist allerdings noch nicht betroffen, wenn ausschließlich die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zum Zweck der Identitätsfeststellung vorgenommen und das Genmaterial nach der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters vernichtet wird.¹¹⁶ Insoweit trägt die Neufassung des Art. 14 PAG in Abs. 3 – 5 den Vorgaben, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt wurden, Rechnung.

¹¹² Vgl. BayVerfGH, E.v.11.11.1997 – Vf. 22-VII-94, NVwZ-RR 1998, 273 (=VerfGHE 50, 226), unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG sowie die weiteren Nw. o. in Fn. 25.

¹¹³ BVerfGE 103, 21 (32) Rdn. 51 bei juris; BVerfG (K) NJW 2016, 2799 Rdn. 9; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rdn. 121b.

¹¹⁴ BVerfGE 65, 1 (41 ff.); 78, 77 (84); insbesondere für die DNA-Analyse BVerfGE 103, 21 (33); BVerfG (K), B. v. 29.09.2013 – 2 BvR 939/13, juris, Rdn. 13 (= NStZ-RR 2014, 48); BVerfG (K) NJW 2016, 2799 Rdn. 9.

¹¹⁵ BVerfGE 103, 21 (32) Rdn. 50 bei juris.

¹¹⁶ BVerfG a.a.O.

b) Gebot der Normenklarheit

Soweit nicht in den abwägungsresistenten Kernbereich der Persönlichkeit eingegriffen wird, muss der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Wege der DNA-Analyse verhältnismäßig sein und müssen die gesetzlich normierten Voraussetzungen für den Eingriff dem Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit genügen. Hierin begegnet die Bestimmung des § 1 Nr. 6 PAG-Neuregelungsgesetzes jedoch durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden. Dies gilt bereits für die tatbestandliche Voraussetzung der „Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut.“ Während der Begriff der „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ in § 81g StPO – wie auch in weiteren Bestimmungen¹¹⁷ – insbesondere durch die hierzu ergangene Rechtsprechung in seinem Bedeutungsgehalt hinreichend geklärt ist, ist dies nicht der Fall beim Begriff der „bedeutenden Rechtsgüter“. Davon abgesehen, dass die Rechtsordnung an sich keine „unbedeutenden“ Rechtsgüter kennt, ist der in Art. 11 Abs. 2 Satz 3 PAG unternommene Versuch einer Legaldefinition seinerseits so konturenlos weit gefasst, dass er nahezu den gesamten polizeilichen Aufgabenbereich abdeckt. Auch enthält Art. 14 Abs. 3 Satz 1 PAG keine einschränkenden Kriterien, was die Intensität einer möglichen Beeinträchtigung der genannten Rechtsgüter betrifft – die Bestimmung setzt „bedeutende“ Rechtsgüter voraus, fordert aber keine bedeutenden Verletzungshandlungen. Angesichts der weitgefassten Definition ersterer – wann Eigentumspositionen bedeutend sind, ist ebensowenig hinreichend geklärt wie etwa die Frage, wann der Erhalt einer Sache im öffentlichen oder auch im besonderen öffentlichen Interesse liegt; das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung hat gerade in der neuesten Gesetzgebung eine als rechtsstaatlich nicht unproblematisch gewertete Ausweitung erfahren.¹¹⁸

¹¹⁷ BVerfGE 103, 21 (32 f.) a.a.O. Rdn. 53.

¹¹⁸ Vgl. die kritischen Stimmen etwa von *Hörnle*, NStZ 2017, 13; *Lederer* AnwBl 2017, 514; *Bauer*, Recht und Politik 2017, 46.

c) Verhältnismäßigkeit

Zur Verhältnismäßigkeit des § 81g StPO stellt das Bundesverfassungsgericht entscheidend darauf ab, dass im Vorverhalten des Betroffenen erhebliche Anhaltspunkte gegeben sind,¹¹⁹ mithin Anlass und Zielrichtung der Maßnahmen vom Gesetzgeber näher bestimmt werden. So wird insbesondere gefordert, dass bereits Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen wurden und hieraus sich die Prognose weiterer erheblicher Straftaten stellen lässt.¹²⁰ Damit wird bereits nach dem Wortlaut der Norm die Person, gegen die die Maßnahme gerichtet sein kann, ebenso eindeutig bestimmt, wie der Anlass, den sie dafür gegeben haben muss. Daran fehlt es bei den tatbestandlichen Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 3 PAG. Nach dessen Satz 1 muss die Identitätsfeststellung im Wege der DNA-Analyse zur Abwehr einer Gefahr erfolgen, ohne dass etwa gefordert würde, dass die Gefahr gerade vom Betroffenen ausgeht, wie dies der Fall ist bei der strafprozessualen DNA-Analyse des § 81g StPO.

Für die Bestimmung des Art. 14 Abs. 3 PAG über den „genetischen Fingerabdruck“ sind also nicht nur die Eingriffsvoraussetzungen zu weit und auch zu ungenau gefasst, so dass die Norm an einem rechtsstaatswidrigen Bestimmtheitsdefizit leidet. Das Eingriffsermessen der Polizei ist, anders als bei der in ihrer Zielsetzung vergleichbaren Bestimmung des § 81g StPO, wo Adressat und Anlass in justitierbarer Weise festgelegt sind, auch nicht nach Verhältnismäßigkeitskriterien begrenzt. Die „Flankierungen“¹²¹ durch Arzt- und Richtervorbehalt gleichen dies nicht aus. Dass ein „körperlicher Eingriff“ nur durch den Arzt vorgenommen werden darf, trägt dem Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit Rechnung; für eine einfache körperliche Untersuchung gilt der Vorbehalt nicht.¹²² Der grundsätzliche

¹¹⁹ BVerfGE 103, 21 (32) Rdn. 56.

¹²⁰ Vgl. auch *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rdn. 121b: es muss Anlass zu der Annahme erneuter Begehung erheblicher Straftaten gegeben sein.

¹²¹ *Lindner* in seiner schriftlichen Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), S. 11; ebenso *Möstl*, Anlage zum Wortprotokoll, S. 7 (S. 188 der Anlagen).

¹²² Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 41.

Richtervorbehalt vermag seine grundrechtssichernde Wirkung dann nicht oder nur eingeschränkt zu entfalten, wenn es der Bestimmung wie hier an Normenklarheit fehlt. Hierin unterscheidet sich Art. 14 Abs. 3 PAG in grundsätzlicher Weise von der strafprozessualen, gleichermaßen präventiv angelegten Befugnisnorm des § 81g StPO, der vom Bundesverfassungsgericht Verfassungskonformität bescheinigt worden war. Rechtsschutzdefizite im Verfahren nach FamFG¹²³ treten hinzu.

Auch hierin zeigt sich die bedenkliche Tendenz des Gesetzgebers, Maßnahmen, die vom Bundesverfassungsgericht für genau definierte Fälle als verfassungskonform gewertet wurden, in das allgemeine Polizeirecht zu übernehmen und dort in ihrem Anwendungsbereich unkonturiert auszuweiten.

d) Spurenmaterial unbekannter Herkunft

Art. 32 Satz 2 – 4 PAG erlaubt die molekulargenetische Untersuchung von Spurenmaterial unbekannter Herkunft zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters und des Geschlechts, aber auch der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeographischen Herkunft des Spurenverursachers zur Gefahrenabwehr, wenn diese „auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“, Stz 2. Der bayerische Datenschutzbeauftragte hat in seiner Stellungnahme vom 21.12.2017 bereits die Eignung der Maßnahme in Frage gestellt. Darüber hinaus wird aber auch der abwägungsfeste Kernbereich des Persönlichkeitsrechts als verletzt gesehen.¹²⁴ Hierzu ist zu verweisen auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.12.2000,¹²⁵ wenn dort ausgeführt wird:

Der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit, in den „auch aufgrund eines Gesetzes nicht eingegriffen werden dürfte, ist nicht betroffen. Dies gilt jedenfalls, solange sich die Eingriffsermächtigung nur auf den nicht-codierenden, zu etwa 30 % aus Wiederholungseinheiten bestehenden Anteil der DNA bezieht,

¹²³ S.o. I.5.

¹²⁴ Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten *Petri* vom 21.12.2017, S. 22 f.

¹²⁵ BVerfGE 103, 21.

ausschließlich die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zum Zweck der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren vorgenommen und das Genmaterial nach der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters vernichtet wird.“

Nach diesen Maßstäben ist die in Art. 32 PAG vorgesehene, über die bloße Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters hinausgehende Untersuchung, auch wenn andere als die genannten Feststellungen nach Satz 3 nicht getroffen werden dürfen, verfassungswidrig. Denn der Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nach der Bayerischen Verfassung gleichermaßen geschützt. Der Gesetzgeber durfte hier den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts nicht dem polizeilichen Zugriff freigeben; dass die Person des Betroffenen zunächst nicht feststeht, sondern durch die DNA-Analyse ermittelt werden soll, steht also der Eingriffsqualität der Maßnahme nicht entgegen.

2. § 1 Nr. 7 und 8 PAG-Neuordnungsgesetz: Vorladung, Änderung von Art. 15 PAG – Meldeanordnung, Art. 16 Abs. 2 Satz PAG

Die zwangsweise Durchführung einer Vorladung nach Art. 15 PAG gemäß dessen Absatz 3, also die polizeiliche Vorführung berührt den Schutzbereich des Grundrechts auf Freiheit der Person nach Art. 102 BV. Legt man die Differenzierung des Art. 104 Abs. 1 und 2 GG zugrunde, so dürfte die Maßnahme als Freiheitsbeschränkung, nicht als Freiheitsentziehung einzustufen sein.¹²⁶ Doch ist für jegliche Freiheitsbeschränkung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt zu beachten,¹²⁷ im Fall der zwangsweisen polizeilichen Vorführung umso mehr, als diese von erheblicher diskriminierender Wirkung ist.

¹²⁶ Vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 104 Rdn. 5a; für Freiheitsentziehung *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 104 Rdn. 20.

¹²⁷ BVerfGE 128, 326 Rdn. 98 ff. bei juris; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 104 Rdn.16,

Polizeiliche Freiheitsbeschränkungen etwa zum Zweck der Identitätsfeststellungen setzen daher grundsätzlich eine konkrete Gefahr voraus.¹²⁸ Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG lässt nunmehr bereits eine „drohende Gefahr“ genügen. Die Eingriffsbefugnis wird damit in das Gefahrenvorfeld verlagert, ohne dass das Gesetz nähere Vorgaben über die möglichen Adressaten der Maßnahme enthielte. Wie bereits im Zuge der Sachverständigenanhörung in der Ausschusssitzung vom 21.03.2018¹²⁹ geltend gemacht wurde,¹³⁰ können sich Vorladung und damit auch polizeiliche Vorführung auch gegen Dritte richten, die selbst zu der drohenden Gefahr in keinerlei Beziehung stehen. Dazu trägt entscheidend die rechtsstaatswidrige Unbestimmtheit des Begriffs der drohenden Gefahr und dessen konturenlose Umschreibung in Art. 11 Abs. 2 Satz 1 und 2 PAG bei.

Als zu unbestimmt und zu niederschwellig erweist sich die Eingriffsvoraussetzung der drohenden Gefahr auch für die neu geschaffene Befugnis der Polizei zu Meldeanordnungen nach Art. 16 Abs. 2 Satz i.V.m. Satz 1 Nr. 1 PAG. Die Verpflichtung, sich regelmäßig bei einer bestimmten Dienststelle zu melden, beschränkt das Grundrecht der Freizügigkeit in Art. 109 Abs. 1 BV. Die Bestimmung enthält keine Art. 11 Abs. 2 GG vergleichbare Schrankenregelung. Hiernach sind Beschränkungen zur Abwehr einer drohenden Gefahr (nur) für den Bestand oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Bund oder einem Land zulässig. Die Voraussetzungen für die Meldeanordnung sind deutlich niederschwelliger. Es genügt bereits eine drohende Gefahr für „bedeutende Rechtsgüter“. Unabhängig davon, dass eine nach Art. 11 Abs. 2 GG unzulässige Einschränkung der Freizügigkeit auch nach PAG nicht gerechtfertigt werden kann, spricht die Wertung des Grundgesetzes jedenfalls entscheidend gegen die Verhältnismäßigkeit der Norm.

Ergebnis: Die Eingriffsermächtigung des Art. 15 Abs. 3 PAG trägt dem Gebot strikter Verhältnismäßigkeit freiheitsbeschränkender Maßnahmen nicht hinreichend Rechnung; die Unbestimmtheit führt damit zur

¹²⁸ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 104 Rdn. 17.

¹²⁹ S. Fn. 34.

¹³⁰ Vgl. insbesondere *Löffelmann*, Anlage zum Wortprotokoll, S. 13 (S. 114 der Anlagen).

Unverhältnismäßigkeit und im Ergebnis zur Verfassungswidrigkeit der Norm. Art. 16 Abs. 2 Satz i.V.m. Satz 1 Nr. 1 PAG beschränkt das Grundrecht der Freizügigkeit im Übermaß. Da der Wortlaut der Norm einer verfassungskonformen Auslegung entgegensteht, ist auch sie insoweit verfassungswidrig.

3. § 1 Nr. 12 PAG-Neuordnungsgesetz: Durchsuchung von Datenbeständen - räumlich getrennte Speichermedien, Art. 22 Abs. 2 PAG

a) „Computer-Grundrecht“ - Schutzbereich

Der durch § 1 Nr. 12 PAG-Neuordnungsgesetz in Art. 22 PAG neu eingefügte Absatz 2 gestattet die Erstreckung der Durchsuchung auf „räumlich getrennte Speichermedien“, also die Durchsuchung der „Cloud“. Dies berührt den Schutzbereich des aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme („Computer-Grundrecht“)¹³¹ als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹³² Es „bewahrt den persönlichen und privaten Lebensbereich der Grundrechtsträger vor staatlichem Zugriff im Bereich der Informationstechnik auch insoweit, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen wird und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten“.¹³³ Dabei kann es für die Schutzbedürftigkeit keinen Unterschied machen, ob sich „die zu durchsuchenden Inhalte auf lokalen oder auf über Netzwerkverbindungen, etwa einer serverbasierten Cloud, erreichbaren Speichermedien befinden“, wie die Begründung zum PAG-Neuordnungsgesetz zur Rechtfertigung von Eingriffen ausführt.¹³⁴ Geschützt sind gleichermaßen persönliche Daten, die auf externen Servern in einem berechtigten Vertrauen auf Vertraulichkeit ausgelagert sind,¹³⁵ Der Schutzbereich des Grundrechts ist berührt,

¹³¹ Vgl. *Murawiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rdn. 73c.

¹³² Grundlegend BVerfGE 120, 274.

¹³³ BVerfGE 120, 274 (313); BVerfGE 141, 274 Rdn. 209 f.

¹³⁴ LT-Drucks. 17/20425 S. 44.

¹³⁵ BVerfGE 141, 274 Rdn. 210.

„wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten.“¹³⁶

Grundrechtlich geschützt ist das Vertraulichkeitsinteresse, also das Interesse des Nutzers, dass die am PC oder einen anderen erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben. Wenn dieses Vertraulichkeitsinteresse, ebenso wie das Integritätsinteresse „insbesondere“ gegen heimliche Zugriffe geschützt ist,¹³⁷ so bedeutet dies nicht, dass nicht auch der offene Zugriff in das grundrechtlich geschützte Vertraulichkeitsinteresse eingreifen würde; die Eingriffsintensität ist in diesem Fall jedoch niedriger. Der verdeckte Zugriff demgegenüber ist von höherer Eingriffsintensität und unterliegt daher strengeren Anforderungen an seine Rechtfertigung.¹³⁸ Dass aber eine Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen ein beträchtliches Potential für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen aufweist, dies gilt auch für offene Maßnahmen, gilt bereits für einmalige und punktuelle Zugriffe wie beispielsweise die Beschlagnahme oder Kopie von Speichermedien solcher Systeme.¹³⁹ Gerade bei der Beschlagnahme handelt es sich meist um eine offene Maßnahme.

b) Eingriff gerechtfertigt ?

Auch bei der Durchsuchung von Datenbeständen handelt es sich um eine grundsätzlich offene Maßnahme.¹⁴⁰ Auch sie ist von hoher Eingriffsintensität. Auch für sie gilt, dass sie unbefangene Individualkommunikation

¹³⁶ BVerfGE 120, 274 (314).

¹³⁷ BVerfGE 120, 274 (314 f.).

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 120, 274 (321 f.) zur offenen Durchsuchung als dem milderen Mittel.

¹³⁹ BVerfG a.a.O.

¹⁴⁰ LT-Drucks. 17/20425 S. 44.

behindern kann, auch sie bewirkt auf Grund der notwendig damit verbundenen Datenerhebung über die Kommunikation mit Dritten Eingriffe von großer Streubreite,¹⁴¹ auch wenn nicht das zusätzliche Moment der Heimlichkeit hinzutritt. Denn unabhängig davon kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Erfassung der Kommunikationsinhalte personenbezogene Daten betroffen sind, die sich auf den Kernbereich höchstpersönlicher Lebensführ

ung beziehen.¹⁴² Derartige absolut geschützte Daten können bereits bei der Durchsicht von Datenbeständen betroffen sein.¹⁴³ Der Gesetzgeber hat Vorkehrungen zum Schutz dieses Kernbereichs zu treffen. Sie bestimmen sich nach der Art des Eingriffs, und sind, auch wenn heimliche Maßnahmen erhöhte Anforderungen bedingen, auch bei punktuellen Zugriffen wie der offenen Durchsuchung und Beschlagnahme, nicht verzichtbar.

Für die Befugnisnorm des Art. 22 Abs. 2 PAG sind dahingehende Vorkehrungen nicht getroffen. Der Gesetzgeber scheint, wie der Verweis auf grundsätzlich offene Maßnahmen in der Gesetzesbegründung belegt, davon auszugehen, dass derartige besondere Vorkehrungen nicht erforderlich sind. Sie sind es gleichwohl, da jedenfalls der persönlichkeitsrelevante Kernbereich auch bei der nicht verdeckten Durchsuchung von Datenbeständen zu bewahren ist. Der damit verbundene, wenn auch nur einmalige Zugriff trägt gleichermaßen typischerweise die Gefahr in sich, dass höchstpersönliche, dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnende Daten, die der Nutzer im Vertrauen, dass sie geschützt sind, dem Computer bzw. der Cloud anvertraut hat, offenbar werden. Werden diese Informationen gleichwohl erhoben, so bedeutet auch dies einen Eingriff in den geschützten Kernbereich des Rechts auf die Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme. Dem ist durch geeignete Vorkehrungen vorzubeugen, die sicherstellen, dass kernbereichsrelevante Daten nicht erhoben werden oder aber dass dann, wenn sie nicht bei Erhebung ausgesondert werden können,

¹⁴¹ Vgl. BVerfGE 120, 274 (323).

¹⁴² Vgl. BVerfGE 124, 43 (69) für die Telekommunikationsüberwachung.

¹⁴³ BVerfGE 120, 274 (336).

diese Aussonderung auf der Verwertungsebene erfolgt.¹⁴⁴ Dies gilt auch für geschützte Daten von Berufsheimnisträgern.

Ergebnis: Da es hieran fehlt, ist die Bestimmung insoweit verfassungswidrig. Sie ist auch deshalb verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber hier keine Kenntnis nimmt von den geschützten Vertraulichkeitsinteressen von Berufsheimnisträgern. Hierin liegt auch ein Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit, das für die Bayerische Verfassung in deren Art. 101 zu verorten ist-

4. § 1 Nr. 15 PAG-Neuordnungsgesetz: Sicherstellung, Vermögenspfändung, Art. 25 PAG

a) Absenkung der Eingriffsschwelle – drohende Gefahr

Durch Neufassung des Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 PAG durch § 1 Nr. 15 Buchst. a PAG-Neuordnungsgesetz wird für Sicherstellungen die Eingriffsschwelle abgesenkt, sie sind nunmehr bereits im Vorfeld der Gefahr zulässig.¹⁴⁵ Die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Einwände gegen den Begriff der „drohenden Gefahr“ erfassen auch die erweiterte Befugnisnorm des Art. 25 Abs. 1 PAG. Entsprechend der Weite und Unbestimmtheit des Begriffs bleibt die gegenständliche Reichweite der Sicherstellungsbefugnis gleichermaßen unkonturiert. Bei einer nur drohenden Gefahr, bei der der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehbar ist,¹⁴⁶ können unterschiedlichste Gegenstände der Befugnis zur Sicherstellung unterfallen, ohne dass eine Begrenzung auf unmittelbar gefahrrelevante Gegenstände, von denen insbesondere eine gegenwärtige Gefahr ausgeht, vorgenommen werden könnte. Die Ermächtigungsgrundlage für Sicherstellungen wird damit in verfassungswidriger Weise unbestimmt; auch die Beschränkung auf bedeutende Rechtsgüter trägt darüber nicht hinweg, verstärkt vielmehr die Unbestimmtheit der Norm.

¹⁴⁴ Vgl. auch BVerfGE 141, 220 Rdn. 220.

¹⁴⁵ So auch die Intention des Gesetzgebers, vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 45.

¹⁴⁶ Vgl. BVerfGE 141, 274 Rdn. 112.

b) Vermögenspfändung – erhöhte Eingriffsintensität

Von deutlich gesteigerter Eingriffsintensität ist die durch § 1 Nr. 15 Buchst. b) neu eingeführte Befugnis zur Pfändung von Forderungen und Sicherstellung von Vermögenswerten gemäß Art. 25 Abs. 2 PAG. Hiernach ist die Polizei befugt, die Konten des Betroffenen zu sperren und sein Vermögen zu pfänden. Die Anordnung der Pfändung erfolgt durch die Polizei; die Verweisung auf die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen der ZPO soll lediglich die Art und Weise des Vorgehens regeln.¹⁴⁷ Dass für deren präventivpolizeiliche Sicherstellung ein relevantes rechtspraktisches Bedürfnis bestehen kann, darin kann der Gesetzesbegründung beigetreten werden.¹⁴⁸ Dies befreit den Gesetzgeber nicht von dem rechtsstaatlich begründeten Erfordernis, die Voraussetzungen so weitreichender Eingriffe wie einer Vermögenspfändung mit hinreichender Bestimmtheit begrenzend zu formulieren.

Darin liegt ein intensiver Eingriff in die Eigentümerstellung des Betroffenen, die ja auch seine Verfügungsbefugnis über sein Eigentum und damit über Konten und Forderungen als eigentumsgrundrechtlich geschützte vermögenswerte Rechte umfasst. Mit der Sperrung von Konten, wie sie durch Art. 25 Abs. 2 PAG nunmehr vorgesehen wird, wird der Betroffene weitgehend an der Teilnahme am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben gehindert. Hinzu tritt die diskriminierende Wirkung einer Kontensperrung durch die Polizei. Die Bestimmung genügt nicht dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit, die Eingriffsvoraussetzungen werden nicht hinreichend gesetzlich determiniert, um die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsnorm zu gewährleisten. Da zudem davon auszugehen ist, dass eine Vermögenspfändung oder Kontensperrung mit irreparablen Folgen für den Betroffenen verbunden sein kann, kann hier eine nur nachträgliche Kontrolle der polizeilichen Maßnahmen keinen effektiven Rechtsschutz gewährleisten. Der

¹⁴⁷ Vgl. aus der Gesetzesbegründung LT-Drucks. 17/20425 S. 46.

¹⁴⁸ S. LT-Drucks. 17/20425 S. 45.

Verzicht auf einen Richtervorbehalt verletzt damit auch die aus dem Rechtsstaatsgebot folgende Rechtsschutzgarantie.¹⁴⁹

c) Sicherstellung von Daten

Die Sicherstellung von Daten nach dem durch § 1 Nr. 15 Buchst. b) PAG-Neuordnungsgesetz in das PAG eingefügten Art. 25 Abs. 3 berührt in erster Linie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Denn hierunter fällt auch die Herrschaft über die eigenen Daten, die dann entfällt, wenn diese sichergestellt werden. In der verfassungsrechtlichen Beurteilung gilt, was bereits zur Durchsuchung von Datenbeständen ausgeführt wurde. Es fehlt an hinreichenden Sicherungen für einen Kernbereichsschutz. Dieser ist auch im Fall der Sicherstellung von Daten gefordert, da bereits hierdurch das Vertraulichkeitsinteresse des Betroffenen als wesentlicher Aspekt des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung berührt ist. Auch der Ausschluss des Zugriffs auf die sichergestellten Daten greift in das Grundrecht ein. Grundrechtsschutz hat jedoch grundsätzlich auf der Erhebungsebene anzusetzen und nur dann, wenn auf dieser Ebene die kernbereichsrelevanten Informationen nicht ausgeschieden werden können, auf der Verwertungsebene, auf die Art. 25 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 49 Abs. 5 PAG den Schutz des Kernbereichs und der Berufsgeheimnisträger von vornherein verweisen. Dieser Schutz ist zudem insoweit unzureichend, als die Bestimmung des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 unbestimmt gefasste Ausnahmen von der entsprechenden Anwendung des Art. 49 Abs. 5 PAG vorsieht.

5. § 1 Nr. 25 Buchst. b), c) und e), Nr. 35 PAG-Neuordnungsgesetz: offene Bild- und Tonaufnahmen, Übersichtsaufzeichnungen, Drohneinsatz Art. 33 Abs. 1, 2, Art. 47 Abs. 1 Nr. 1 PAG

¹⁴⁹ Zum Rechtsstaatsgebot des Art. 3 Abs. 1 BV als Grundlage eines Anspruchs auf Rechtsschutz s. BayVerfGH VerfGHE 59, 219 (227).

a) Bild- und Übersichtsaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen als Grundrechtseingriff

Die durch § 1 Nr. 25 Buchst. b) Polizei-Neuordnungsgesetz in den neugefassten Art. 33 Abs. 1 PAG eingefügte Befugnis zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder Übersichtsaufnahmen, Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) oder Übersichtsaufzeichnungen, Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) PAG berührt den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung wie auch der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 101 BV. Dies gilt bereits für die die Bild- und Übersichtsaufnahmen nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a), die – nach dem Kamera-Monitor-Prinzip¹⁵⁰ – eine Übertragung und Beobachtung in Echtzeit ermöglichen,¹⁵¹ erst recht für die Übersichtsaufzeichnungen nach Buchst. b). Ihre Anfertigung ist

„nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten immer ein Grundrechtseingriff, da auch in Übersichtsaufzeichnungen die Einzelpersonen in der Regel individualisierbar mit erfasst sind“¹⁵²

so das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 17.02.2009 zum Bayerischen Versammlungsgesetz. Bei der Aufzeichnung von Versammlungen erfolgt ein Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG; hierauf bezieht sich die Aussage des Bundesverfassungsgerichts. Bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen erfolgt jedenfalls ein Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 101 BV und das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁵³

¹⁵⁰ Vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018 Rdn. 186; BVerfGE 122, 342 (368).

¹⁵¹ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 51.

¹⁵² Vgl. BVerfGE 122, 342 (368) – die Entscheidung datiert aus 2008.

¹⁵³ BVerfG (K) NVwZ 2007, 688 (691) Rdn. 36 ff. bei juris,

b) Eingriffswirkungen

Wer sich zu einer öffentlichen Veranstaltung begibt, muss nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) PAG damit rechnen, dass das Geschehen an eine Leitstelle übermittelt und muss auch damit rechnen, dass es aufgezeichnet wird, was nach Buchst. b) ohne weitere Voraussetzungen zulässig ist. Dass nach Buchst. a) Übersichts- und Bildaufnahmen, nach Buchst. b) aber nur Übersichtsaufzeichnungen zulässig sind, kann angesichts der Individualisierbarkeit auch von Übersichtsaufnahmen, die das Bundesverfassungsgericht schon 2008 als Stand der Technik bezeichnet hat,¹⁵⁴ keine praktisch relevante Einschränkung des polizeilichen Ermessens darstellen. Der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung¹⁵⁵ liegt vor allem darin, dass

„durch die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials ... die beobachteten Lebensvorgänge technisch fixiert (werden) und ... in der Folge abgerufen, aufbereitet und ausgewertet sowie mit anderen Daten verknüpft werden (können). So kann eine Vielzahl von Informationen über bestimmte identifizierbare Betroffene gewonnen werden...“¹⁵⁶

Der Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit ist darin zu sehen, dass das Bewusstsein der potentiellen Beobachtung und Aufzeichnung den Betroffenen faktisch von der Ausübung grundrechtlicher Freiheit abhalten kann.¹⁵⁷

Die Eingriffswirkung wird dadurch in ihrer Intensität gesteigert, dass nach Art. 47 PAG die Beobachtung nach Art. 33 Abs. 1 – 3 PAG mittels unbemannter Luftfahrtsysteme (Drohnen) durchgeführt werden kann. Dies muss

¹⁵⁴ ^Λ BVerfGE 122, 342 (368).

¹⁵⁵ Zur Observation als Eingriff in die Versammlungsfreiheit s. BVerfGE 69, 315 (349); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rdn. 91.

¹⁵⁶ BVerfG a.a.O. Rdn. 38.

¹⁵⁷ Vgl. BVerfGE 122, 342 (368) für die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG – da auf Ansammlungen das spezielle Freiheitsrecht des Art. 8 GG nicht anwendbar ist, ist auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zurückzugreifen, das hier jedoch keinen weitgehenden Schutz als das allgemeine Persönlichkeitsrecht begründet.

bei den Besuchern öffentlicher Veranstaltungen diese Besorgnis, jederzeit beobachtet werden zu können, verstärken – eine über den Köpfen auftauchende Drohne verstärkt das Gefühl des Ausgeliefertseins, die Besorgnis, unter steter potentieller Beobachtung zu stehen. Dass nach Art. 47 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 PAG auf die Verwendung unbemannter Luftfahrtsysteme durch die Polizei gesondert hingewiesen werden „soll“, vermag den Eingriff nicht abzufedern, wenn die Polizei sich erst während der Veranstaltung dazu entschließt.

c) „Gelockerte Voraussetzungen“ – zur Verhältnismäßigkeit

Der hohen Eingriffsintensität von Übersichtsaufnahmen und –aufzeichnungen, insbesondere wenn sie unter Verwendung von Drohnen erfolgen, steht die Niederschwelligkeit der faktischen wie rechtlichen Voraussetzungen entgegen. Der Einsatz von Drohnen erfordert verhältnismäßig geringen technischen wie auch personellen Aufwand. Die rechtlichen Voraussetzungen sind weit gefasst und eröffnen der Polizei dadurch erhebliche Spielräume. So sollten denn auch ausweislich der Gesetzesbegründung auf Grund einer im Verhältnis zur Beobachtung von Versammlungen vermeintlich geringeren Grundrechtsrelevanz die tatbestandlichen Voraussetzungen „gelockert“ werden.¹⁵⁸ Dies wurden sie in der Tat. Größe und Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit, Art. 33 Abs. 1 Satz 1 PAG bezeichnen keine erheblichen Eingriffsschwellen, zumal das Vorliegen dieser Voraussetzungen weitgehend von der polizeilichen Lagebeurteilung abhängt. Übersichtsaufzeichnungen sind an keine weiteren Voraussetzungen gebunden. Die Feststellung der Identität einer auf einer Übersichtsaufnahme festgehaltenen Person ist dann – und nur dann – unzulässig, wenn sie „gezielt“ erfolgt. Die nicht gezielte Identitätsfeststellung bleibt also zulässig – die Praktikabilität und Justitiabilität dieser Differenzierung ist zweifelhaft; sie vermag jedenfalls die Eingriffswirkungen wiederum nicht entscheidend abzufedern. Dies gilt, wie dargelegt, auch für die Sollvorschrift des Art. 47 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 PAG zu polizeilichen Hinweisen auf den Einsatz von Drohnen, der, wie ausgeführt, an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist.

¹⁵⁸ Vgl. LT-Drucks. 17/20425 S. 51.

Auch die „offene“ Anfertigung von Bildaufnahmen, Übersichtsaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen gemäß Art. 33 Abs. 1 und 2 PAG stellt einen Grundrechtseingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – sowie das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit – von erheblicher, durch die Möglichkeit des Drohneneinsatzes noch gesteigerter Intensität dar. Es handelt sich zudem um Eingriffe von erheblicher Streubreite,¹⁵⁹ die durch Art. 33 Abs. 7 PAG auch ausdrücklich gebilligt wird. Die Bestimmung zählt damit, berücksichtigt man zudem den möglichen Einsatz von Drohnen, zu jenen Normen, die entscheidend zur unverhältnismäßigen Überwachungsgesamtbilanz des Gesetzes beitragen. Angesichts des Gewichts und der Reichweite dieser Grundrechtseingriffe sind die tatbestandlichen Voraussetzungen nach Art. 33 Abs. 1 und 2 PAG weder hinreichend bestimmt gefasst, noch genügen sie dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Die Bestimmung ist insoweit verfassungswidrig, der Gesetzgeber hat hier die Grundrechte der Betroffenen etwas zu locker gesehen, um auf die Gesetzesbegründung zurückzukommen.

6. § 1 Nr. 27 PAG-Neuordnungsgesetz: Postsicherstellung, Art. 35 PAG

Die neu als polizeiliche Maßnahme eingeführte Postsicherstellung nach Art. 35 PAG bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 112 BV. Dessen Schutzbereich ist in Parallelität zu Art. 10 GG zu bestimmen.¹⁶⁰ Bereits die Ermittlung der postalischen Kommunikation ist wie dann die nachfolgende Kenntnisnahme als Eingriff zu werten.¹⁶¹ Die Postsicherstellung nach Art. 35 PAG bewirkt also einen intensiven, zudem verdeckten Eingriff in dieses Grundrecht.¹⁶² Dass Maßnahmen, wie sie Art. 35 PAG vorsieht, legitime Zielsetzungen verfolgen und auch hierzu erforderlich sein können, wird nicht in Abrede gestellt

¹⁵⁹ Vgl. zu diesem Kriterium BVerfGE 115, 320 (354); BVerfGE 141, 220 Rdn. 101.

¹⁶⁰ Demgemäß wird in der Gesetzesbegründung unmittelbar auf Art. 10 GG abgestellt, LT-Drucks. 17/20425 S. 54.

¹⁶¹ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 17 Rdn. 11.

¹⁶² Dies konzediert auch die Gesetzesbegründung, a.a.O.

angesichts der Beobachtung, dass bestimmte terroristische Täterkreise verstärkt auf das Mittel konventioneller Postsendungen zurückgreifen.¹⁶³ Doch erlangt die Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals der drohenden Gefahr angesichts der Intensität des Grundrechtseingriffs erhöhtes Gewicht, dies umso mehr, als der Eingriff verdeckt erfolgt und sich die Eingriffsermächtigung auf Personen erstreckt, die mit der Gefahrenlage, die ja in einem bloßen Gefahrenverdacht bestehen, lediglich nach Maßgabe des Art. 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PAG in Zusammenhang stehen. Auch hier ist es die Häufung aufeinander bezogener unbestimmter Rechtsbegriffe und Prognoseerfordernisse, die zu einer rechtsstaatswidrigen Unbestimmtheit der Norm führt. Deren Gewicht ist umso höher zu veranschlagen, als die Möglichkeit unbefristeter Verlängerung, Art. 35 Abs. 3 Satz 2 PAG die Intensität möglicher Eingriffe in nicht vor auszusehender Weise verstärkt.

Die Befugnisnorm des Art. 35 Abs. 1 PAG entspricht damit nicht den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der Normbestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit.

Dies gilt gleichermaßen für die in besonderem Maße eingriffsintensive Befugnis zur Öffnung von Postsendungen. Der hier an sich zwingend gebotene Richtervorbehalt wird durch die weitgehend voraussetzungslose Befugnis zur Übertragung auf die Polizei in unverhältnismäßiger Weise ausgehöhlt.

7. § 1 Nr. 28 PAG-Neuordnungsgesetz: Besondere Mittel der Datenerhebung, Art. 36 PAG

Die Bestimmung des Art. 36 PAG ist weitgehend der des § 20g BKAG in der dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.2016 zugrundeliegenden Fassung des Gesetzes nachgebildet.¹⁶⁴ Die Bestimmung, die durch das Bundesverfassungsgericht einer verfassungskonformen Auslegung zugeführt wurde, enthielt allerdings gerade nicht den Begriff der

¹⁶³ Vgl. die Stellungnahme von *Graulich* zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage 1 zum Wortprotokoll S. 7 (S. 43 der Anlagen).

¹⁶⁴ Darauf stützt sich die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 55.

drohenden Gefahr wie nunmehr Art. 36 Abs. 2 PAG; auch im übrigen sind die tatbestandlichen Voraussetzungen nach PAG niederschwelliger gehalten. Auch insoweit dürfen die Aussagen zu den Befugnissen im Zuge der Terrorismusbekämpfung nicht unbesehen auf das allgemeine Polizeirecht übertragen werden, wenn es etwa darum geht, besondere Mittel der Datenerhebung bereits im Gefahrenvorfeld zur Anwendung zu bringen.¹⁶⁵

a) Polizeiliche Befugnisse

Die Dauerobservation nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 PAG stellt einen intensiven Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Das Grundrecht umfasst das Recht des Einzelnen, selbst darüber zu bestimmen, wann und in welchen Grenzen Informationen über seine Persönlichkeit offenbart und Lebenssachverhalte bekannt werden.¹⁶⁶ Durch die dauernde Observation werden eben diese Informationen auch gegen den Willen des Betroffenen ermittelt. Sein Persönlichkeitsrecht ist des Weiteren auch dadurch berührt, dass die Observation eine diskriminierende und stigmatisierende Wirkung haben kann, und damit eine erhebliche Beeinträchtigung seines sozialen Geltungsanspruchs.

Von intensiver Eingriffswirkung ist der verdeckte Einsatz technischer Mittel. Ton- und Bildaufnahmen, wie sie nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) PAG angefertigt werden können, berühren intensiv den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁶⁷ Sie stellen dann einen besonders intensiven Eingriff dar, wenn sie verdeckt erfolgen. Gestiegenes Eingriffspotential ist zudem mit der Verwendung von Systemen zur automatischen Erkennung und Auswertung von „intelligenter Technik“ im Sinn von Art. 33 Abs. 5 PAG¹⁶⁸ und zum automatischen Datenabgleich

¹⁶⁵ Vgl. auch SächsVerfGH, U.v. 14.05.1996 – Vgl. 44-II-94 – Rdn. 224 ff.: Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung im Vorfeld konkreter Gefahren für bedeutende Rechtsgüter nur im Fall organisierter Kriminalität.

¹⁶⁶ Vgl. z.B. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 33. Aufl. 2017 Rdn. 447 f.

¹⁶⁷ S. bereits o. zu II.5.a).

¹⁶⁸ Vgl. die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 54 – „Muster“ i.S.v. Art. 33 Abs. 5 PAG sind nach der endgültigen Gesetzesfassung, wie sie

verbunden. Maßnahmen nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) und c) PAG - Observation mit technischen Mitteln unter Anfertigung von Bewegungsbildern und Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen - können zu tiefen Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre führen.¹⁶⁹

b) Tatbestandliche Voraussetzungen – Begleit- und Kontaktpersonen

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Anordnungsbefugnis nach Art. 36 Abs. 2 PAG begegnen wiederum durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken im Blick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, da auch hier bereits die drohende Gefahr ausreicht. Die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Einwände gegen diesen Begriff der drohenden Gefahr, die auch durch die einschränkende Bezugnahme auf „bedeutende“ Rechtsgüter nicht entkräftet werden, erlangen angesichts der Eingriffsintensität einer Dauerobservation erhöhtes Gewicht. Die subjektive Reichweite der Befugnisnorm, die sich auf Begleit- und Kontaktpersonen, sowie unter den Voraussetzungen des Art. 10 PAG auch auf Nichtstörer erstreckt, Art. 35 Abs. 2 Nr. 2 und 3 PAG, sowie nach Abs. 3 auf Dritte, wenn diese unvermeidbar betroffen werden, tritt verstärkend hinzu.

Auch wenn Maßnahmen gegenüber Dritten „nicht schlechthin ausgeschlossen“ sind, so das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum BKAG,¹⁷⁰ so stehen sie doch unter einem strikten Gebot der Verhältnismäßigkeit, müssen die Eingriffsvoraussetzungen und muss die Zielrichtung der Maßnahmen hinreichend bestimmt sein. Hier bleiben die Anforderungen des Art. 35 PAG deutlich hinter denen nach § 20g Abs. 1 Nr. 3 BKAG in der zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geltenden Fassung zurück. Dies betrifft die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr, dies betrifft

beschlossen wurde, nur noch auf Gegenstände und nicht, wie in der ursprünglichen Gesetzesfassung vorgesehen, auf das Verhalten von Personen bezogen.

¹⁶⁹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 174 – das demgemäß einen Richtervorbehalt verlangt.

¹⁷⁰ BVerfGE 141, 220 Rdn. 116; hierauf verweisend die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 55.

die hiernach bedrohten Rechtsgüter. Besondere Mittel i.S.v. Art. 36 Abs. 1 PAG können nach Maßgabe von Abs. 2 Nr. 2 auch gegen Kontakt- und Begleitpersonen eingesetzt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehen – auch hierin ist die Norm in rechtsstaatswidriger Weise unbestimmt.

c) Normbestimmtheit, Verhältnismäßigkeit

Drohende Gefahr und Gefahrenzusammenhang sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Sie erfordern jeweils ein ex-ante-Urteil durch die handelnde Polizei. Wie generell gerade die Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe dem Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit zuwider läuft, ist es hier die Häufung aufeinander bezogener Prognoseerfordernisse, die die Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen polizeilicher Maßnahmen erheblich erschwert. Wenn das Bundesverfassungsgericht eine Überwachung von Personen, die – allein gestützt auf die Tatsache eines Kontaktes zu einer Zielperson – feststellen soll, ob sich weitere Ermittlungsansätze erschließen, für verfassungsrechtlich unzulässig erklärt,¹⁷¹ so ist der Ansatz des Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 PAG auf eben eine solche gestufte, im Vorfeld ansetzende Ermittlung gerichtet. Für die Inanspruchnahme des Nichtstörers schließlich wird im Urteil des Bundesverfassungsgerichts das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für die in § 20g Abs. 1 BKAG in der seinerzeitigen Fassung benannten Rechtsgüter gefordert. Diese Voraussetzungen sind i.d.F. Art. 36 Abs. 2 Nr. 3 PAG nicht gegeben.

Wenn also die Gesetzesbegründung sich für die Inanspruchnahme von Begleit- und Kontaktpersonen und Nichtstörern auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG beruft, so bleibt damit nicht nur der Kontext von dessen Aussagen unberücksichtigt. Es wird zudem verkannt, dass dessen Anforderungen sowohl hinsichtlich der voranzusetzenden Gefahrenlage als auch des maßgeblichen Katalogs von Rechtsgütern ebenso wie für die Erfassung von Begleit- und Kontaktpersonen bzw. Nichtstörern deutlich höherschwellig sind, als die nach PAG. Es kann also keine Rede davon sein, dass Art. 36 PAG insoweit „verfassungsrechtlich

¹⁷¹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 168.

unbedenklich“¹⁷² sei. Der Gesetzgeber hat die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung und deren Erstreckung auf Dritte damit in grundsätzlicher Weise verkannt.

Die Voraussetzungen für deren Einsatz werden durch die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle auf das Stadium einer drohenden Gefahr nicht hinreichend bestimmt normiert; damit sind auch die Voraussetzungen für die Erstreckung auf Dritte – also Begleit- und Kontaktpersonen und Nichtstörer – zu unbestimmt. Sie sind auf Grund ihrer Niederschwelligkeit auch unverhältnismäßig. Dazu trägt auch die unzureichende Ausgestaltung des Richtervorbehalts bei.

Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2 PAG verstoßen in ihrer Neufassung durch § 1 Nr. 28 Buchst. b) und c) mithin gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, soweit sie bereits die drohende Gefahr als befugnisbegründend ausreichen lassen. Dies gilt sowohl für die Dauerobservation als auch für den verdeckten Einsatz technischer Mittel. In rechtsstaatswidriger Weise unbestimmt sind zudem die Voraussetzungen für die Ausweitung der Maßnahmen über die Zielpersonen hinaus..

8. § 1 Nr. 29 PAG-Neuordnungsgesetz: Automatisierte Kennzeichenerkennungssysteme, Art. 39 PAG und Ausschreibung zur Beobachtung und Kontrolle, Art. 40 PAG

a) Tatbestandliche Voraussetzungen

Tatbestandlich zu weit gefasst sind die Voraussetzungen für die automatisierte Kennzeichenerfassung nach Art. 39 PAG insbesondere im Zusammenhang mit der Regelung über die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung und gezielten Kontrolle nach Art. 40 PAG. Grundsätzlich ist auch die automatisierte Kennzeichenerfassung als Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung zu sehen.¹⁷³ Ein Eingriff wird von der Rechtsprechung allerdings dann verneint, wenn die Daten unmittelbar nach

¹⁷² So die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 55.

¹⁷³ BVerwG NVwZ 2015, 906 Rdn. 25 f.; BVerfGE 120, 378 (398).

der Erfassung technisch wieder spurenlos, anonym und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, ausgesondert werden.¹⁷⁴ Damit ist allerdings nicht, wie die Gesetzesbegründung suggeriert,¹⁷⁵ die automatisierte Kennzeichenerfassung, wie sie jetzt in Art. 39 PAG vorgesehen ist, „höchstrichterlich gebilligt“. Ihr wird vielmehr grundsätzlich erhebliche Eingriffsintensität zugeschrieben.¹⁷⁶ Dass nach Art. 39 Abs. 1 Satz 4 PAG die automatische Kennzeichenerfassung nicht „flächendeckend“ eingesetzt werden darf, schließt Eingriffe von erheblichem Gewicht nicht aus.¹⁷⁷ Mit der Anknüpfung an das Vorliegen „entsprechender Lageerkenntnisse“ in Art. 39 Abs. 1 Satz 1 PAG werden die Eingriffsvoraussetzungen in einer Weise umschrieben, dass sie sich der Justitiabilität weitestgehend entziehen. Sie sind damit in verfassungswidriger Weise unbestimmt. Das Bestimmtheitsgebot soll ja gerade die Justitiabilität der Maßnahmen sichern.¹⁷⁸ Die Formulierung allerdings ist vom Bundesverfassungsgericht übernommen. Es fehlt jedoch die dort vorgenommene Konkretisierung und Eingrenzung des Begriffs.¹⁷⁹

b) Erstreckung auf Begleit- und Kontaktpersonen

Über Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a wird der Kreis der nach Art. 39 PAG eingriffsmäßig zu erfassenden Personen, für die Datenabgleich und –speicherung – letztere nach Art. 39 Abs. 2 Satz 3 PAG – möglich sein soll, in verfassungswidriger Weise über den Kreis der eigentlichen Zielpersonen hinaus ausgedehnt. Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 PAG ermöglicht die Ausschreibung zur Beobachtung für mutmaßlich mit der Gefahrenlage in Zusammenhang stehende Kontaktpersonen zu Personen nach Nr. 1 oder 2. Diese Zielpersonen nach Nr. 1 und 2 sind wiederum nach weitgefassten tatbestandlichen Voraussetzungen zu bestimmen; auch hier genügt nach Nr. 2 bereits die drohende Gefahr, nach Nr. 1 die Prognose

¹⁷⁴ BVerwG a.a.O. Rdn. 27; BVerfGE 120, 378 (399).

¹⁷⁵ LT-Drucks. 17/20425 S. 58.

¹⁷⁶ Vgl. BVerfGE 120, 374 (406).

¹⁷⁷ Vgl. BVerfGE 120, 374 (407) für längerfristige oder weiträumige Maßnahmen, die „nicht notwendig flächendeckend“ sein müssen.

¹⁷⁸ S.o. I.2.b); I.2.c) dd).

¹⁷⁹ BVerfGE 120, 274 (431).

einer Gefahr, nicht notwendig einer Straftat. Eine derartige Häufung aufeinander bezogener Prognoseerfordernisse, die die Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen polizeilicher Maßnahmen erheblich erschwert, ist kennzeichnend für die Neufassung des Gesetzes.

Augenfällig wird dies auch für Art. 40 Abs. 2 PAG, der in Satz 1 die Übermittlung von Erkenntnissen über „mutmaßlich im Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehende Begleitpersonen und Fahrzeugführer“ an die ausreibende Polizeidienststelle erlaubt – also mutmaßlich mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehende Begleitpersonen von wiederum mutmaßlich mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehenden Kontaktpersonen. Deren Einbeziehung bereits in eingriffsintensive Maßnahmen im Vorfeld von Gefahren kann auch nicht, wie die Gesetzesbegründung wiederum suggeriert,¹⁸⁰ mit den Grundsätzen des BKAG-Urteils zur Einbeziehung von Kontaktpersonen gerechtfertigt werden. Das Bundesverfassungsgericht, das der Einbeziehung von Kontaktpersonen erhebliche Eingriffsrelevanz beimisst, fordert über den Kontakt hinaus zusätzliche Anhaltspunkte dafür, dass der Kontakt einen Bezug zum Ermittlungsziel aufweist und so eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Überwachungsmaßnahme der Aufklärung der Gefahr dienlich sein wird.¹⁸¹ Dem genügen die ohnehin zu unbestimmten Voraussetzungen nach Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 PAG nicht – auch dies zudem ein wesentlicher Aspekt der Überwachungsgesamtrechnung für das Gesetz.

9. § 1 Nr. 30 PAG-Neuordnungsgesetz: Einsatz technischer Mittel in Wohnungen, Art. 41 PAG

Für den in hohem Maße eingriffsintensiven Einsatz technischer Mittel in Wohnungen (Lauschangriff, Spähangriff)¹⁸² werden die Eingriffsschwellen verfassungsrechtlich unzulässig abgesenkt; der verfassungsrechtlich

¹⁸⁰ LT-Drucks. 17/20425 S. 58 unter Hinweis auf BVerfGE 141, 220 Rdn. 116, 166 ff.

¹⁸¹ BVerfGE 141, 220 Rdn. 116.

¹⁸² S. BVerfGE 109, 279 (313, 318 ff., 328 ff.); BVerfGE 141, 220 Rdn. 196.

gebotene Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung¹⁸³ sowie von Berufsgeheimnisträgern¹⁸⁴ wird unzureichend ausgestaltet.

a) Art. 106 Abs. 3 BV – Grundrechtstatbestand und Schranken

Maßnahmen nach Art. 41 PAG berühren den Schutzbereich des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 106 Abs. 3 BV; sie sind darüber hinaus typischerweise geeignet, in den Kernbereich privater Lebensgestaltung, der die Wohnung als elementarer persönlicher Lebensraum zugeordnet ist,¹⁸⁵ einzudringen. Dieser Kernbereich wird im Rahmen des Grundgesetzes geschützt durch das Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG in seinem Menschenwürdebezug. Er ist gleichermaßen schutzwürdig nach Art. 106 Abs. 3 BV. Der Hohe Gerichtshof betont demgemäß zu Recht den engen Zusammenhang des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung der Privatsphäre.¹⁸⁶ Er vertritt gleichzeitig in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Art. 106 Abs. 3 BV immanenten Gewährleistungsschranken unterliegt, die dem Schutz höherwertiger Rechtsgüter dienen.¹⁸⁷ Für die präventive technische Wohnraumüberwachung ist daher Gefahr für hochrangige Rechtsgüter zu fordern.¹⁸⁸ Verhältnismäßigkeit ist strikt zu wahren.¹⁸⁹

Dem werden die Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 41 Abs. 1 PAG nicht gerecht. Nach Art. 13 Abs. 4 GG, dessen Wertung gleichermaßen wie die Interessen- und Güterabwägung des Art. 13 Abs. 7 GG¹⁹⁰ den immanenten Schranken des Art. 106 Abs. 3 BV zugrundezulegen ist, bedarf es

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 109, 279 (313); BVerfGE 141, 220 Rdn. 119 ff.

¹⁸⁴ BVerfGE 141, 220 Rdn. 133.

¹⁸⁵ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 6 Rdn. 16.

¹⁸⁶ BayVerfGH VerfGHE 60, 179 Rdn. 16.

¹⁸⁷ Zuletzt BayVerfGH VerfGHE 60, 179 Rdn. 16 unter Verweis auf VerfGHE 16, 128 (135 f.); 41, 151 (158 f.); 59, 23(25).

¹⁸⁸ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG. 14. Aufl. 2016, Art. 13 Rdn. 30; *Horn*, Schutz der Privatsphäre, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 149 Rdn. 96;

¹⁸⁹ Vgl. *Hermes*, in: *Dreier*, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 13 Rdn. 71 ff.

¹⁹⁰ BayVerfGH VerfGHE 60, 179 Rdn. 17.

dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit. Sie müssen in ihrem Gewicht den Regelbeispielen einer gemeinen Gefahr oder Lebensgefahr entsprechen; erstere muss in ihrer Bedeutung einer Lebensgefahr nahekommen.¹⁹¹ Die Formulierung „Leib und Leben“ in Art. 34 Abs. 1 PAG a.F. brachte dies annähernd zum Ausdruck. Demgegenüber ist das Schutzgut der „Gesundheit“ deutlich zu allgemein formuliert – nicht jegliche gesundheitsgefährdende Verhaltensweise, sondern nur schwerwiegende Gesundheitsgefahren können den Eingriff rechtfertigen.¹⁹² Eine derartige Absenkung der Eingriffsschwelle liegt möglicherweise nicht in der Intention des Gesetzgebers.¹⁹³ Dies kommt jedoch im Wortlaut der Norm nicht zum Ausdruck. Die Eingriffsvoraussetzungen sind damit hinsichtlich der gefährdeten Rechtsgüter zu weit gefasst; dies gilt auch hinsichtlich der Sachgüter des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG.¹⁹⁴

b) Kernbereich privater LebensführDaseinsgestaltung

Die Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs privater Daseinsgestaltung sind insgesamt unzureichend schon deshalb, weil sie kaum praktikabel sein dürften. Art. 41 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 PAG sieht zunächst einen besonderen Schutz von Wohnräumen vor und trägt insoweit der Vermutung Rechnung, dass Gespräche, die in Privaträumen mit Personen des besonderen persönlichen Vertrauens geführt werden, dem Kernbereich privater Lebensführung unterfallen und nicht überwacht werden dürfen:¹⁹⁵

¹⁹¹ *Hermes*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 13 Rdn. 83.

¹⁹² S. auch Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten *Petri* vom 21.12.2017, S.41.

¹⁹³ S. aber die Stellungnahme von *Petri* a.a.O., wonach in der Gesetzesbegründung zunächst eine Beschränkung auf schwere Gesundheitsverletzungen ausdrücklich angesprochen worden war, diese Ausführungen dann aber gestrichen wurden.

¹⁹⁴ Vgl. auch SächsVerfGH, U.v. 14.05.1996 – Vgl. 44-II-94 – Rdn. 226 ff. zur gebotenen Differenzierung.

¹⁹⁵ BVerfGE 109, 279 (320); BVerfGE 141, 220 Rdn. 198.

„Abhörmaßnahmen sind ausgeschlossen, wenn es wahrscheinlich ist, dass mit ihnen absolut geschützte Gespräche erfasst werden.“¹⁹⁶

Die damit aufgestellte Vermutungsregel wird nun in Art. 41 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 PAG Buchst. a) dahingehend formuliert, dass die Überwachung zulässig ist, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass Gespräche geführt werden, die einen unmittelbaren Bezug zu den in Satz 1 genannten Gefahren haben.“ Diese vage Formulierung verunklart die Eingriffsschwelle, wird vor allem aber dem Grundsatz nicht gerecht, dass zunächst die Vermutung dafür spricht, dass der geschützte Kernbereich der Privatsphäre betroffen ist. Eine Vermutung zu widerlegen, stellt höhere Anforderungen, als lediglich die sehr allgemein gehaltenen Anhaltspunkte, wie sie in der Art. 41 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Buchst. a) PAG genannt sind, beizubringen. Vom grundsätzlichen Verbot der automatischen Aufzeichnung sieht die neu eingeführte Regelung des Abs. 2 Satz 2 Ausnahmen vor, in denen die begonnene Überwachung in Gestalt einer automatischen Überwachung fortgeführt werden darf. Voraussetzung sind in der ersten Variante von Satz 2 begründete Zweifel, ob ein Fall des Art. 49 Abs. 3 PAG vorliegt. Die Bestimmung lautet, soweit hier von Belang:

„Ist oder wird ... erkennbar, dass dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnende Daten (Kernbereichsdaten) betroffen sind und bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Daten dazu dienen sollen, ein Erhebungsverbot herbeizuführen, ist die Datenerhebung unzulässig“.

Worauf genau die Zweifel sich beziehen müssen, erschließt sich nicht ohne weiteres. Die automatisierte Fortführung der Datenerhebung dürfte jedenfalls dann zulässig sein, wenn zweifelhaft ist, ob überhaupt Kernbereichsdaten betroffen sind, wohl aber auch dann, wenn zwar unzweifelhaft Kernbereichsdaten betroffen sind, aber Zweifel bestehen, ob dem Kernbereich zuzuordnende Äußerungen nicht in der Absicht erfolgten, das Erhebungsverbot herbeizuführen, was der Fall sein könnte, wenn Gespräche mit Gefahrenbezug in kernbereichsrelevante private Gespräche eingebunden werden. Diese Kriterien sind in hohem Maße unbestimmt und schon deshalb

¹⁹⁶ BVerfGE 109, 279 (320).

nicht geeignet, einen wirksamen Kernbereichsschutz zu gewährleisten, auch wenn grundsätzlich eine automatische Fortführung einer Überwachung nicht ausgeschlossen ist.¹⁹⁷ Unberücksichtigt bleibt schließlich in Art. 41 PAG, dass auch in nicht ausschließlich privat genutzten Räumen kernbereichsrelevante Gespräche geführt werden können.¹⁹⁸

10. § 1 Nr. 31 PAG-Neuordnungsgesetz: Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 PAG

a) Fernmeldegeheimnis, Art. 112 Abs. 1 BV – Schutzbereich und Schranken

Die Bestimmung des Art. 42 PAG genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Telekommunikationsüberwachung, da auch insoweit die tatbestandlichen Voraussetzungen angesichts der erheblichen Eingriffsintensität der Maßnahme¹⁹⁹ deutlich zu niederschwellig ausgestaltet wurden. Auf die grundsätzlichen Einwände gegen den Begriff der drohenden Gefahr wird Bezug genommen. Die in Art. 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PAG aufgeführten Rechtsgüter des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder Nr. 5 PAG entsprechen denen des Art. 41 Abs. 1 PAG²⁰⁰ und begegnen den gleichen verfassungsrechtlichen Einwänden²⁰¹ auf Grund der vergleichbaren Eingriffsintensität; das Fernmeldegeheimnis des Art. 112 BV dient ebenso wie das Wohnungsgrundrecht des Art. 106 Abs. 3 BV dem Schutz der Privatsphäre.

¹⁹⁷ Vgl. BVerfGE 141, 220 Rdn. 199; hierauf beziehend die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 61.

¹⁹⁸ BVerfGE 109, 279 (320)

¹⁹⁹ BVerfGE 110, 33 (53).

²⁰⁰ So auch die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 62 – nicht plausibel auch hier die Behauptung, eine Ausweitung von Befugnissen im Verhältnis zum bisherigen Art. 34a PAG sei damit nicht verbunden.

²⁰¹ Vorstehend 7.a).

Der Bezug zum Recht der Persönlichkeit und zu dessen Menschenwürdegehalt, wie ihn das Bundesverfassungsgericht für Art. 13 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 ebenso wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof für Art. 106 Abs. 3 BV in seinem Bezug zum Schutz der Persönlichkeit und der Menschenwürde gemäß Art. 100, 101 BV zugrundelegen, besteht gleichermaßen für das Fernmeldegeheimnis nach Art. 112 Abs. 1 BV. Wenn für Art. 112 Abs. 1 BV ebenso wie für Art. 106 Abs. 3 BV immanente Gewährleistungsschranken vorausgesetzt werden,²⁰² so müssen Eingriffe auch in gleicher Weise einem strikten Verhältnismäßigkeitsgebot unterworfen werden,²⁰³ zumal die Eingriffsintensität der Telekommunikationsüberwachung ähnlich wie die des Einsatzes technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung durch die Heimlichkeit noch verstärkt wird. Eben deshalb ist auch hier der Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensführung zu gewährleisten. Im verdeckten Zugriff auf die Telekommunikation sind Eingriffe in diesen Kernbereich von vornherein angelegt.

b) Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit

Nach diesen Maßstäben wird Art. 42 PAG den Erfordernissen der Normenklarheit und –bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit nicht gerecht.

Der Begriff der drohenden Gefahr ist, wie wiederholt dargelegt, zu unbestimmt, um als Grundlage für so tiefgehende Grundrechtseingriffe wie die heimliche Überwachung der Telekommunikation herangezogen zu werden. Wird der Eingriff in die Vorfeldphase vorverlegt, so bedingt dies umso höhere Anforderungen an die Gefahrenprognose.²⁰⁴ Auch hierfür beruft sich die Gesetzesbegründung zu Unrecht auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG, wenn darauf verwiesen wird, es habe die Schwelle der drohenden Gefahr für die Telekommunikationsüberwachung ausdrücklich gebilligt.²⁰⁵ Die in der Gesetzesbegründung in Bezug genommene Passage des Urteils lautet:

²⁰² Für Art. 106 Abs. 3 s. BayVerfGH VerfGHE 60, 179 Rdn. 16.

²⁰³ Vgl. Vgl. *Hermes*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 10 Rdn. 69.

²⁰⁴ So auch BVerfGE 113, 348 (377); 120, 274 (327).

²⁰⁵ LT-Drucks. 17/20425 S. 62 mit Verweis auf BVerfGE 141, 220 Rdn. 232-

„Mit der Verfassung nicht zu vereinbaren ist demgegenüber die nicht näher eingeschränkte Erstreckung der Telekommunikationsüberwachung nach § 20 I Nr. 2 BKAG auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten. Die Vorschrift, die über die Abwehr einer konkreten Gefahr hinaus die Eingriffsmöglichkeiten mit dem Ziel der Straftatenverhütung vorverlagert, verstößt in ihrer konturenarmen offenen Fassung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und ist unverhältnismäßig weit.“

Worin hier eine ausdrückliche Billigung liegen soll, wie in der Gesetzesbegründung behauptet wird, ist nicht nachvollziehbar. Ergänzend ist daran zu erinnern, dass, wie ausgeführt, das Bundesverfassungsgericht die Schwelle der drohenden Gefahr höher ansetzt, als dies der Fall ist bei Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG, dass es zudem durchweg auf die Begehung terroristischer Straftaten, die Bekämpfung des internationalen Terrorismus abstellt.

Im Ergebnis entsprechen weder die Schutzgüter des Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG noch die mit dem Begriff der drohenden Gefahr verbundenen Prognoseanforderungen der Bedeutung des Grundrechts und der Intensität des Grundrechtseingriffs. Die Bestimmung ist verfassungswidrig. Sie ist ihrerseits zudem im Lichte der insgesamt grundrechtswidrigen Überwachungsbilanz des Gesetzes zu sehen.

11. § 1 Nr. 34 PAG-Neuordnungsgesetz: Online-Durchsuchung, Art. 45 PAG

a) Verdeckte Überwachung als Maßnahme höchster Eingriffsintensität

Wie bereits zu § 1 Nr. 12 PAG-Neuordnungsgesetz ausgeführt,²⁰⁶ berührt der Zugriff auf informationstechnische Systeme – Computer oder auch Cloud –, im Wege der Durchsuchung und Kenntnisnahme von Datenbeständen eingriffsmäßig den Schutzbereich des aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme („Computer-Grundrecht“) als Ausprägung des

²⁰⁶ Vorstehend II.3.a).

allgemeinen Persönlichkeitsrechts.²⁰⁷ Das mit der Online-Durchsuchung verbundene Eindringen in die Privatsphäre ist von höchster Eingriffsintensität, vergleichbar nur der des Eindringens in deren räumlich geschützten Bereich der Wohnung.²⁰⁸

Der verdeckte Zugriff bewirkt damit den denkbar intensivsten Eingriff in die grundrechtlich geschützte Persönlichkeitssphäre, der nur zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter zulässig ist und auch dann hinreichende Eintrittswahrscheinlichkeit fordert: selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung kann auf das Erfordernis einer hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit nicht verzichtet werden.²⁰⁹

b) Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit – keine „Billigung“ durch BVerfG

Die Ermächtigung zur Vornahme von Online-Durchsuchungen in Art. 45 Abs. 1 Satz 1 PAG, die durch Satz 2 auch auf räumlich getrennte Systeme und Speichermedien (Cloud) erstreckt wird, wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Im Katalog der rechtfertigenden Rechtsgüter wurde die bildhafte Formulierung von Leib und Leben in § 34d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c PAG a.F., die auch in § 20g Abs. 1 Nr. BKAG verwendet wurde, ersetzt durch die in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 PAG genannten bedeutenden Rechtsgüter. Dass diese Bezugnahme für das Schutzgut „Gesundheit“ zu allgemein gehalten ist, wurde bereits ausgeführt zu § 1 Nr. 30 PAG-Neuordnungsgesetz.²¹⁰ Nicht jegliche gesundheitsgefährdende Verhaltensweise, sondern nur schwerwiegende Gesundheitsgefahren können den Eingriff rechtfertigen; auch wenn die Absenkung der Eingriffsschwelle möglicherweise nicht in der Intention des Gesetzgebers liegen mag,²¹¹ kommt dies im Wortlaut der Norm nicht zum Ausdruck.

²⁰⁷ Grundlegend BVerfGE 120, 274.

²⁰⁸ BVerfGE 141, 120 Rdn. 192.

²⁰⁹ BVerfGE 120, 274 (327 f.).

²¹⁰ Vorstehend II.9.a)

²¹¹ S. auch die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 66.

Den durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr auf Grund ihrer Unbestimmtheit und der darin angelegten Gefahr unverhältnismäßiger Eingriffe kann nicht mit dem Hinweis in der Gesetzesbegründung begegnet werden, das Bundesverfassungsgericht habe im BKAG-Urteil eben diese Gefahrenkategorie ausdrücklich gebilligt.²¹² Zum einen definiert, wie ausgeführt,²¹³ das Bundesverfassungsgericht für den Tatbestand des § 20k Abs. 1 Satz 2 BKAG a.F. – und auch anderweitig – die Schwelle der drohenden Gefahr für Vorfeldmaßnahmen deutlich enger, als dies der Fall ist in Art. 11 Abs. 1 Satz 3 PAG.²¹⁴ Zum anderen ist auch hier zu betonen, dass diese ausdrückliche Billigung durch das Bundesverfassungsgericht sich auf die Gesetzgebung zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus bezieht, und nicht auf Normen, „die in ihrer Eingriffswirkung mit großer Streubreite gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen.“²¹⁵

Die Ermächtigung zur Online-Durchsuchung erweist sich damit auf Grund der zu niedrigen und nicht hinreichend bestimmt festgelegten Eingriffsschwelle als zu unbestimmt und als unverhältnismäßig und damit als verfassungswidrig. Dies betrifft auch die Einbeziehung von Begleit- und Kontaktpersonen, wie sie Art. 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PAG ermöglicht, und deren Einbeziehung. so die Gesetzesbegründung,²¹⁶ nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG erfolgen dürfe, wenn sie mutmaßlich im Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehenden Dritten stünden.²¹⁷ Doch beziehen sich die Urteilspassagen, auf die die Gesetzesbegründung sich stützt, gerade nicht auf die Online-Durchsuchung, sondern auf Maßnahmen, die im Urteil als deutlich weniger eingriffsintensiv gewertet werden.

²¹² So aber die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 17/20425 S. 65 unter Hinweis auf BVerfGE 141, 220 Rdn. 232.

²¹³ S.o. I.3.a).

²¹⁴ BVerfGE 141, 220 Rdn. 213; ebenso BVerfGE 120, 274 (329).

²¹⁵ BVerfGE 141, 220 Rdn. 101.

²¹⁶ LT-Drucks. 17/20425 S. 66.

²¹⁷ So die Gesetzesbegründung unter Verweis auf Rdn. 116, 166 ff. des Urteils.

Der Online-Durchsuchung wird demgegenüber ein sehr hohes Eingriffsgewicht attestiert, ebenso wie der Wohnraumüberwachung, der sie hierin entspricht:

„Die Wohnraumüberwachung ist ein besonders schwerwiegender Eingriff, der tief in die Privatsphäre eindringt. Sie hat ... eine stärker belastende Wirkung als ... Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung und findet von ihrem Eingriffsgewicht nur bei Eingriffen in informationstechnische Systeme eine Entsprechung. Deshalb bleibt die Angemessenheit einer solchen Überwachungsmaßnahme nur gewahrt, wenn sie von vornherein ausschließlich auf Gespräche der gefahrenverantwortlichen Zielperson selbst gerichtet ist.... *Eine Erstreckung unmittelbar auf Dritte ist unverhältnismäßig und scheidet für einen solch gravierenden Eingriff aus*“.²¹⁸

Die Aussage ist eindeutig: Die Einbeziehung von Kontaktpersonen ist unzulässig, die Bezugnahme auf das BKAG-Urteil in der Gesetzesbegründung auch hier nicht nur irreführend, sondern schlicht neben der Sache liegend. Art. 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PAG ist, wenn hierin die Online-Durchsuchung auf „andere Personen“ erstreckt wird, unverhältnismäßig. Zudem soll es hierfür zudem auf einen mutmaßlichen – ein Begriff, der im Urteil zum BKAG in diesem Zusammenhang nicht verwendet wird – Zusammenhang mit einer nur drohenden Gefahr ankommen. In dieser Kombination von Prognoseelementen und Vermutungstatbeständen aber verfehlt die Norm in eklatanter Weise das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, das hier auf Grund der besonders hohen Eingriffsintensität entsprechend hohe Anforderungen begründet. Auch deshalb ist die Norm verfassungswidrig.

III. Ergänzende Grundsätze: Überwachungsgesamtrechnung, Gebot der institutionellen Trennung

Unbeschadet durchgreifender verfassungsrechtlicher Bedenken gegen zahlreiche der durch das PAG-Neuordnungsgesetz neu eingeführten oder

²¹⁸ BVerfGE 141, 220 Rdn. 192 – Hervorhebung vom Verf.

erweiterten Befugnisse eignet der Gesetzesnovelle insgesamt eine verfassungsrechtlich in hohem Maße problematische Grundtendenz, die in zahlreichen der Einzelbestimmungen zum Ausdruck kommt und in deren Bewertung ergänzend einzubringen ist. Die überwachungsintensiven Bestimmungen des Gesetzes sind hierbei in eine Überwachungsgesamtrechnung einzustellen,²¹⁹ die mehr ist als die Summe der Einzelmaßnahmen. Dazu tragen entscheidend die in verstärktem Maße der Polizei zugewiesenen Vorfeldbefugnisse bei. Sie lassen ihrerseits die Abgrenzung von nachrichtendienstlichen und polizeilichen Maßnahmen an Trennschärfe verlieren und gefährden damit das informationelle Trennungsgebot.²²⁰

1. Überwachungsgesamtrechnung

a) Erfordernis einer Gesamtbilanz

In seiner Stellungnahme zum Entwurf des PAG-Neuordnungsgesetzes äußert der bayerische Datenschutzbeauftragte zu Recht Zweifel, ob angesichts der erweiterten und intensivierten Befugnisse der Polizei die verfassungsrechtlich geforderte „Überwachungsgesamtrechnung“ oder „Überwachungsgesamtbilanz“ noch gewahrt ist.²²¹ Das PAG begründet insbesondere in seiner durch das PAG-Neuordnungsgesetz ebenso umfangreiche wie intensive Befugnisse, den Bürger in der Wahrnehmung seiner grundrechtlichen Freiheit in unterschiedlichen Situationen und aus unterschiedlichem Anlass zu erfassen, ihn zu beobachten und zu überwachen. Man wird der Bedeutung der damit einhergehenden Grundrechtseingriffe nicht in vollem Umfang gerecht, wenn man sie ausschließlich isoliert und jeweils für sich betrachtet. Denn selbst einzelne Befugnisse, die, für sich betrachtet, hinnehmbar sein mögen, können dazu beitragen, dass sich die unterschiedlichen Maßnahmen in einer Weise summieren, dass in der Gesamtbilanz ein Übermaß zu besorgen ist. Denn dass

²¹⁹ Vgl. zum Begriff *Roßnagel*, NJW 2010, 1238.

²²⁰ Vgl. BVerfGE 133, 277 (329); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 33. Aufl. 2017 Rdn. 461.

²²¹ Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten *Petri* vom 21.12.2017,

„die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland.“²²²

Bereits das Bewusstsein, in verschiedensten Situationen unter Beobachtung und Registrierung zu stehen, schränkt grundrechtliche Freiheitswahrnehmung ein. Dies gilt für offene Maßnahmen wie Videoüberwachung und Übersichtsaufnahmen, verstärkt aber noch für verdeckte Maßnahmen und betrifft vor allem Maßnahmen mit erheblicher Streubreite, wie auch Maßnahmen, die schon im Vorfeld von Gefahren ansetzen, da hier der potentiell Betroffene das Ausmaß seiner Betroffenheit nicht von vornherein einschätzen kann. Gerade bei verdeckten Maßnahmen ist deren besonderes Gefährdungspotential, insbesondere „additiver“ Grundrechtseingriffe²²³ zu berücksichtigen.

b) Bilanz des PAG

Nach diesen Maßstäben entspricht auch die Gesamtbilanz der summierten Eingriffe durch das PAG nicht mehr dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.²²⁴ Zu dieser insgesamt nicht mehr verhältnismäßigen Gesamtbilanz tragen bereits eine Reihe offener Befugnisse bei, so Art. 22 Abs. 2 PAG, der den Zugriff auch auf höchstpersönliche Datenbestände erlaubt, verbunden mit der Möglichkeit der Sicherstellung nach Art. 25 Abs. 3 PAG.²²⁵ Angesichts der weitgefassten tatbestandlichen Voraussetzungen muss auch derjenige, der in keiner Beziehung zu einer Gefahrenlage steht, mit derartigen Eingriffen, die in Ermangelung besonderer Schutzvorkehrungen auch den Kernbereich der Persönlichkeit betreffen können, rechnen. Typischerweise damit zu rechnen, von polizeilichen Maßnahmen erfasst zu werden, ist bei der Teilnahme an öffentlichen Veranstaltungen als eines wesentlichen Aspekts der Freiheitswahrnehmung der Bürger – auch hier werden die

²²² BVerfGE 125, 260 (324).

²²³ BVerfGE 112, 304 (320).

²²⁴ Vgl. zu dieser mehrstufigen Verhältnismäßigkeitsprüfung *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1241 f.).

²²⁵ S.o. II.4.

Eingriffsschwellen abgesenkt und die Eingriffsintensität gesteigert, auch durch den vorgesehenen Drohneneinsatz. Zur Überwachungsgesamtbilanz tragen hier zudem die entsprechenden Befugnisse nach Art. 9 BayVersG bei. Hier werden Dritte unvermeidbar in Überwachungsmaßnahmen mit einbezogen, die ihrerseits keinerlei Anlass dafür gegeben haben – auch dies trägt zu einem Gesamtbild umfassender Überwachungsmöglichkeiten jedenfalls im öffentlichen Raum bei.

Stärker noch muss ins Gewicht fallen, dass der Schutz der Privatsphäre vor allem durch verdeckte Maßnahmen der Datenerhebung immer stärkere Lücken aufweist, so dass sich der Bürger gerade im privaten, persönlichen Bereich der Möglichkeit vielfältiger Beobachtung und Erfassung ausgesetzt sieht. Dazu trägt entscheidend bei, dass nicht nur offene Maßnahmen wie im Fall des Art. 33 Abs. 7 PAG, sondern gerade auch verdeckte Maßnahmen zur Datenerhebung auch dann ergriffen werden dürfen, wenn Dritte unvermeidbar betroffen sind, so z.B. beim Einsatz technischer Mittel in Wohnungen nach Art. 41 Abs. 3 Satz 3 PAG oder bei der Online-Durchsuchung nach Art. 45 Abs. 2 Satz 4 PAG, also bei Maßnahmen von höchstem Eingriffsgewicht.²²⁶ Dazu tragen ebenso die Unbestimmtheit und Weite der tatbestandlichen Voraussetzungen, zumal in den Fällen der drohenden Gefahr bei. Denn einerseits wird durch die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle der Kreis der potentiellen Zielpersonen erweitert, andererseits werden deren Begleit- und Kontaktpersonen in verstärktem Maße einbezogen. Dies betrifft durchweg die im PAG vorgesehen verdeckten Maßnahmen, die „Freiheitswahrnehmung der Bürger“ erfassen,²²⁷ so etwa die Post sicherstellung des Art. 35 PAG oder die automatisierte Kennzeichenerfassung des Art. 41 PAG.

c) „Ein nahezu unlesbares Gesetz“ – Vollzugsfragen

In die Gesamtbilanz des PAG-Neuordnungsgesetzes sind schließlich offene Fragen des Gesetzesvollzugs einzustellen, die sich aus der vielfach

²²⁶ BVerfGE 141, 120 Rdn. 192.

²²⁷ Vgl. BVerfGE 125, 260 (324).

gerügten mangelnden Praktikabilität zahlreicher Bestimmungen, auf Grund derer dem Gesetz nahezu „Unlesbarkeit“ attestiert wurde.²²⁸ Nicht nur der zentrale Begriff der drohenden Gefahr,²²⁹ auch das Gesetz in seiner Gesamtbilanz leidet an rechtsstaatlichen Bestimmtheitsdefiziten. Wenn unter systematischen Gesichtspunkten kritisch angemerkt wurde, dass die dem Datenschutz dienenden Regelungen verstreut in den allgemeinen Grundsätzen des Art. 30 PAG, in speziellen Befugnisnormen wie den Art. 48 bis 51 PA, sowie in Bestimmungen für jede Form der Datenverarbeitung nach dem PAG, Art. 53 bis 65 enthalten sind und dass dies das Erfassen des maßgeblichen Regelungsgehalts erheblich erschwert,²³⁰ so ist dies eine Frage nicht nur der Gesetzgebungsästhetik, sondern auch der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes. Denn es liegt auf der Hand, dass einerseits die handelnden Polizeibeamten mit der Erfassung des Regelungsgehalts schlicht überfordert sind, wenn es darum geht, die Grenzen ihrer Befugnisse festzustellen, dass andererseits aber auch die Justitiabilität der Normen, der ja das Gebot der Normenklarheit dienen soll,²³¹ sich verflüchtigt. Hierin sind auch verfassungsrechtlich relevante Rechtsschutzdefizite angelegt, die auch flankierende Garantien durch die Richtervorbehalte des Gesetzes relativieren. Wie bereits ausgeführt, kann dies nicht mit angeblich überzogenen Anforderungen an den Schutz der Grundrechte und hier insbesondere des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gerechtfertigt werden. Vielmehr stellt sich umgekehrt die Frage, ob es gerechtfertigt sein kann, der Polizei so weitreichende Eingriffsbefugnisse zu verleihen, dass diese nicht mehr in praktikabler Weise rechtsstaatlich eingegrenzt werden können.

2. Informationelles Trennungsprinzip

Wenn das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum ATDG vom 24.04.2013 ausführt, dass die Polizei grundsätzlich offen arbeitet und auch im Bereich

²²⁸ S.o. I.4. und die dort erwähnten Stellungnahmen etwa von *Möstl* und *Lindner*.

²²⁹ Dazu o. I.2.

²³⁰ Vgl. *Löffelmann* (Fn. 7), S. 62 Rdn. 102.

²³¹ S.o. I.2.b, I.2.c) dd).

der Gefahrenabwehr dem Grundsatz der offenen Datenerhebung unterliegt, während Nachrichtendienste grundsätzlich verdeckt arbeiten,²³² so ist diese Feststellung nicht nur deskriptiv zu sehen. Unbeschadet der Frage, ob ein institutionelles Trennungsgebot im Verhältnis von Polizei und Nachrichtendiensten Verfassungsrang hat,²³³ besteht jedenfalls ein informationelles Trennungsgebot: Daten dürfen zwischen Nachrichtendiensten und Polizei grundsätzlich nicht ausgetauscht werden: Einschränkungen sind nur ausnahmsweise zulässig.²³⁴

§ 60 Abs. 3 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 42 Buchst. d) PAG-Neuordnungsgesetz erlaubt diesen Datenaustausch. Nach Art. 60 Abs. 2 PAG (Art. 42 Abs. 2 PAG a.F.) kann die Polizei bei öffentlichen Stellen um die Übermittlung von Daten zur Erfüllung ihrer Aufgaben ersuchen. Nach Abs. 3 i kann sie von den Nachrichtendiensten Daten abfragen zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut, § 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG oder gemäß Nr. 2 dann, wenn die Informationen auch mit eigenen Befugnissen in gleicher Weise hätten erhoben werden können. Es handelt sich also um einen Fall des Datenaustausches zu operativen Zwecken, der, so das Bundesverfassungsgericht, einen besonders schweren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bewirkt. Er muss daher

„grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt. Dies muss durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für

²³² BVerfGE 133, 277 Rdn. 121 f.; vgl. auch SächsVerfGH, U.v. 14.05.1996 – Vgl. 44-II-94 – Rdn. 283.

²³³ Vgl. dazu verneinend *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018 Rdn. 444; die bej. Auffassung bei SächsVerfGH, U.v. 14.05.1996 – Vgl. 44-II-94 – Rdn. 282 – bezieht sich auf Art. 83 Abs. 3 SächsVerf und kann insoweit nicht verallgemeinert werden.

²³⁴ BVerfGE 133, 277 Rdn. 123.

die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden.“²³⁵

Die „drohende Gefahr“ – auch hierin Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten im Gesetzgebungsverfahren – bezeichnet jedoch gerade keine hinreichend konkrete und normenklar bestimmte Eingriffsschwelle, ebenso wenig, wie der Begriff der hier in keiner Weise eingeschränkte Begriff der bedeutenden Rechtsgüter hier dem Bestimmtheitserfordernis genügt. Angesichts der sehr hohen Eingriffsintensität des Datenaustausches zu operativen Zwecken ist die Eingriffsschwelle des Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG evident zu niedrig angesetzt. Insbesondere kann von einer qualifizierten Eingriffsschwelle und von einer nur ausnahmsweisen Zulässigkeit des Datenaustausches keine Rede sein, wenn, wie nach der Neufassung des PAG durch das PAG-Neuordnungsgesetz, polizeiliches Tätigwerden bereits bei drohender Gefahr für bedeutende Rechtsgüter annähernd den Regelfall und jedenfalls nicht die Ausnahme darstellt. Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG verletzt daher den aus dem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung aus Art. 101 i.V.m. Art. 100 PAG folgenden, verfassungskräftigen Grundsatz der jedenfalls informationellen Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten und ist deshalb verfassungswidrig und nichtig.

V. Zusammenfassung

Die nachstehend aufgeführten Normen des PAG i.d.F. des PAG-Neuordnungsgesetz erwiesen sich als verfassungswidrig. Sie erwiesen sich insbesondere ungeachtet im Grundsatz legitimer Eingriffsziele als unverhältnismäßig auf Grund ihrer Eingriffsintensität, wie auch einer nicht eingriffsadäquaten Weite und Unbestimmtheit der tatbestandlichen Voraussetzungen. Die gebotene Überwachungsbilanz erweist sich insgesamt als grundrechtswidrig. In der unklaren Fassung zahlreicher Einzelbestimmungen, aber auch in seiner extremen Unübersichtlichkeit und mangelnden Praktikabilität verfehlt das PAG insgesamt in eklatanter Weise das rechtsstaatliche Gebot, Rechtssicherheit für den Bürger und für die

²³⁵ BVerfGE 133, 277 Rdn. 123.

gesetzesausführende Verwaltung zu sichern und dem Gebot der Justitiabilität gemäßige Maßstäbe für die gerichtliche Kontrolle vorzugeben. Dies und ein nicht adäquates gerichtliches Verfahrens²³⁶ führen zu verfassungswidrigen Rechtsschutzdefiziten bei den im einzelnen betroffenen Grundrechten.

Im einzelnen:

Identitätsfeststellung, genetischer Fingerabdruck, Art. 14 Abs. 3, 32 PAG

Art. 14 Abs. 3 PAG über den „genetischen Fingerabdruck“ ist in den Eingriffsvoraussetzungen zu weit und zu ungenau gefasst, so dass die Norm an einem rechtsstaatswidrigen Bestimmtheitsdefizit leidet. Das Eingriffsermessen der Polizei ist nicht nach Verhältnismäßigkeitskriterien begrenzt. Art. 14 Abs. 3 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 6 PAG-Neuordnungsgesetz verstößt gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot und greift in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise unverhältnismäßig in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV. Dies ist auch der Fall bei Art. 32 Satz 2 – 4 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 23 Buchst. b PAG-Neuordnungsgesetz. Hier wird verfassungswidrig in den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts eingegriffen.

Vorführung, Meldeanordnung, Art. 15, 16 PAG

Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 7 PAG-Neuordnungsgesetz lässt für die polizeiliche Vorführung in ihrer Eingriffsqualität als Freiheitsbeschränkung bereits eine „drohende Gefahr“ genügen. Die Norm ist damit zu unbestimmt und bewirkt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Freiheit der Person nach Art. 102 Abs. 1 BV. Art. 16 Abs. 2 Satz i.V.m. Satz 1 Nr. 1 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 8 PAG-Neuordnungsgesetz beschränkt das Grundrecht der Freizügigkeit aus Art. 109 Abs. 1 BV im Übermaß. Da der Wortlaut der Norm einer verfassungskonformen Auslegung entgegensteht, ist auch sie insoweit verfassungswidrig.

Durchsuchung und Sicherstellung, Art. 22, 25 PAG

²³⁶

S.o. I.5.

Die Durchsuchung von Datenbeständen nach Art. 22 Abs. 2 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 12 PAG-Neuordnungsgesetz, bewirkt jedenfalls insoweit einen verfassungswidrigen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV, als hiernach der Schutz des Kernbereichs des Persönlichkeitsrechts nicht vorgesehen ist. Der fehlende Schutz für Berufsgeheimnisträger verstößt gegen das in Art. 101 BV zu verortende Grundrecht der Berufsfreiheit.

Die Sicherstellungsbefugnis nach Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 15 Buchst. a) ist jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als bereits die drohende Gefahr den Eingriff auslösen soll. Die neu eingeführte Befugnis zur Pfändung von Forderungen und Sicherstellung von Vermögenswerten gemäß Art. 25 Abs. 2 PAG greift in intensiver Weise in die Eigentümerstellung des Betroffenen ein und ist, auch wegen ihrer diskriminierenden und existenzbedrohenden Wirkung, unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig. Für die Sicherstellung von Daten nach Art. 25 Abs. 3 PAG fehlt es am gebotenen Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz.

Offene Bild- und Tonaufnahmen, Übersichtsaufnahmen, Art. 33 PAG

Die Anfertigung von Bildaufnahmen, Übersichtsaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 1, 2 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 25 Buchst. b), c) und e) erwies sich als in den Voraussetzungen zu weit gefasster, unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 101 BV. Die Bestimmung trägt auch zu einer unverhältnismäßigen Gesamtüberwachungsbilanz des Gesetzes bei. Dies gilt ganz besonders für den nach Art. 47 Abs. 1 Nr. 1 PAG zugelassenen Einsatz von Drohnen.

Postsicherstellung, Art. 35 PAG

Gleichfalls zu dieser zu unverhältnismäßigen Gesamtüberwachungsbilanz des Gesetzes trägt die Bestimmung des Art. 35 Abs. 1 PAG bei. Sie entspricht auch in sich nicht den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der Normbestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit. Der mit der Postöffnung

verbundene noch intensivere Eingriff in das Postgeheimnis des Art. 112 Abs. 1 BV wird auch durch den Richtervorbehalt nicht ausgeglichen.

Dauerobservation, verdeckter Einsatz technischer Mittel, Art. 36 PAG

Zu den weitreichenden Überwachungsbefugnissen des Gesetzes, die dessen Gesamttendenz maßgeblich bestimmen, zählt der Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung wie die Dauerobservation und der den verdeckte Einsatz technischer Mittel nach Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2 PAG in ihrer Neufassung durch § 1 Nr. 28 Buchst. b) und c). Damit ist ein verfassungswidriger Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden, soweit sie bereits die drohende Gefahr befugnisbegründend wirkt. In rechtsstaatswidriger Weise unbestimmt sind zudem die Voraussetzungen für die Ausweitung der Maßnahmen über die Zielpersonen hinaus.

Kennzeichenerfassung, Ausschreibung zur Beobachtung, Art. 39, 40 PAG

In verfassungswidriger Weise unbestimmt sind die Voraussetzungen für die automatisierte Kennzeichenerfassung in Art. 39 Abs. 1 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 29 PAG-Neuordnungsgesetz mit der Anknüpfung an das Vorliegen „entsprechender Lageerkenntnisse“. Die Einbeziehung Dritter, also von Begleit- und Kontaktpersonen ist unverhältnismäßig. Auch dies ist ein wesentlicher Aspekt der Überwachungsgesamtrechnung des Gesetzes. Die tatbestandlichen Voraussetzungen sind mit ihrer Häufung aufeinander bezogener Prognoseerfordernisse in rechtsstaatswidriger Weise unbestimmt.

Lausch- und Spähangriff, Art. 41 PAG

Für den in hohem Maße eingriffsintensiven Einsatz technischer Mittel in Wohnungen (Lauschangriff, Spähangriff) gemäß Art. 41 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 30 PAG-Neuordnungsgesetz werden die Eingriffsschwellen verfassungsrechtlich unzulässig abgesenkt; der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie von Berufsgeheimnisträgern wird unzureichend ausgestaltet. Die Bestimmung verstößt gegen das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in Art. 106 Abs. 3 BV und, soweit Berufsgeheimnisträger unzureichend geschützt werden, auch gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit als Element der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 101 BV.

Telekommunikationsüberwachung, Art. 42 PAG

Ebenso wie Lauschangriff und Spähangriff, tragen auch die weitgefassten Voraussetzungen für Eingriffe in die Telekommunikation nach Art. 42 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 31 PAG-Neuordnungsgesetz zum Gesamtbild umfassender Überwachungsmöglichkeiten im Sinn einer Überwachungsgesamtrechnung maßgeblich bei. Dabei genügen weder die Schutzgüter des Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG noch die mit dem Begriff der drohenden Gefahr verbundenen Prognoseanforderungen der Bedeutung des Grundrechts und der Intensität des Grundrechtseingriffs. Dies führt unter Gesichtspunkten der Normbestimmtheit wie der Verhältnismäßigkeit der Norm zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Art. 112 Abs. 1 BV ist verletzt.

Online-Durchsuchung, Art. 45 PAG

Bei der tief in die Privatsphäre eindringenden Online-Durchsuchung handelt es sich um eine Maßnahme von höchster Eingriffsintensität, vergleichbar nur der des Eindringens in deren räumlich geschützten Bereich der Wohnung, die nur zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter und auch dann nur bei hinreichender Eintrittswahrscheinlichkeit zulässig ist. Diese Voraussetzungen werden durch Art. 45 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 34 PAG-Neuordnungsgesetz nicht gewahrt. Entgegen der Gesetzesbegründung kann der Gesetzgeber sich auch in diesem Punkt nicht auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG stützen.

Polizei und Nachrichtendienste, Art. 60 <

Art. 60 Abs. 3 PAG verstößt gegen das Gebot der informationellen Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten. Hierin liegt ein intensiver und nicht gerechtfertigter Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 101 i.V.m. Art. 100 PAG. Die Bestimmung ist daher verfassungswidrig und nichtig.

Es wird gebeten, nach Antrag zu entscheiden.

München, den 06. Juni 2018

(Prof. Dr. Christoph Degenhart)

Anlagenverzeichnis

- 1) Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 9/2018 vom 24. Mai 2018;
- 2) Bayerischer Landtag, Drucksache 17/20425;
- 3) Bayerischer Landtag, Plenarprotokoll 17/123 vom 07.02.2018, (Auszug), S. 10973, 10986 – 10993;
- 4) Bayerischer Landtag, Anhörung 90. Kl, 86. VF vom 21.03.2018 mit Anlagen;
- 5) Bayerischer Landtag, Drucksache 17/21971;
- 6) Bayerischer Landtag, Drucksache 17/22102;
- 7) Bayerischer Landtag, vorläufiges Wortprotokoll 17/132 vom 15.05.2018, (Auszug), S. 11855, 11859 – 11860, 11939 – 11945.