

Masterarbeit zum Thema:

Eine Analyse des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes unter besonderer
Berücksichtigung des Begriffs der drohenden Gefahr

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
1. Einleitung.....	6
2. Staatsaufgabe Sicherheit.....	11
3. Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei.....	17
3.1 Allgemeine Vorstellung des BayPAG und dessen Veränderungen	17
3.2 Begriff der drohenden Gefahr.....	20
3.2.1 Die drohende Gefahr – ein Begriff entsteht	21
3.2.2 Drohende Gefahr – eine Definition	29
3.2.3 Rechtliche Einordnung des Gefahrenbegriffs	33
3.3 Zwischenfazit	42
4. Kritische Betrachtung.....	43
4.1 Urteil des BVerfG vs. Umsetzung BayPAG	43
4.2 Bestimmtheitsgebot.....	53
4.2.1 Allgemeine rechtliche Grundlagen des Bestimmtheitsgebots	53
4.2.2 Bezug des Bestimmtheitsgebots zu Artikel 11 Absatz 3 BayPAG	55
4.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	65
4.3.1 Allgemeine rechtliche Grundlagen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	65
4.3.2 Bezug des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu Artikel 11 Absatz 3 BayPAG	67
4.4 Adressatenbezug	70
4.4.1 Allgemeine rechtliche Grundlage.....	70
4.4.2 Bezug der Adressatenregelung zu Artikel 11 Absatz 3 BayPAG	71
4.5 Konkrete Gefahr vs. drohende Gefahr	73

4.6	Zwischenfazit	76
5.	Der Präventionsstaat	78
6.	Ausblick	84
7.	Fazit.....	87
	Rechtsquellenverzeichnis	90
	Literaturverzeichnis	93

Abkürzungsverzeichnis

Az.	Aktenzeichen
Bay.VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Bundeskriminalamtgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BvR	Registerzeichen Bundesverfassungs- gericht für Verfassungsbeschwerden und Kommunalverfassungsbeschwerden

EU	Europäische Union
G10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz)
GG	Grundgesetz
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
h. M.	herrschende Meinung
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Ober- verwaltungsgerichts
StGB	Strafgesetzbuch
VerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshof
VSG NRW	Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen

1. Einleitung

„Wer wesentliche Freiheit aufgeben kann um eine geringfügige bloß jeweilige Sicherheit zu bewirken, verdient weder Freiheit, noch Sicherheit.“¹

Benjamin Franklin folgend, verlieren die Menschen sowohl die Freiheit als auch die vermeintliche Sicherheit, wenn Freiheit als wesentliches Gut der Menschen zum Zwecke der Sicherheit zu stark eingeschränkt wird.

Sicherheit und Freiheit sind wichtige Aspekte eines demokratischen, modernen Rechtsstaates. Es besteht ein Spannungsverhältnis, denn auf der einen Seite ist es Aufgabe des Staates, seine Bürger zu schützen, dies notfalls auch mit der Anwendung physischer Gewalt. Auf der anderen Seite hat der Staat das Begehren nach Freiheit seiner Bürger zu gewährleisten.²

Besonders in der heutigen Gesellschaft und dem weltpolitischen Geschehen gewinnen die Aspekt der Freiheit und Sicherheit an Bedeutung.

Faktoren wie das Phänomen des internationalen Terrorismus, Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität, die Veränderungen in der medialen Berichterstattung und die damit einhergehenden Auswirkungen auf das subjektive Sicherheitsgefühl der Bürger bewirken einen in der Bevölkerung weitverbreiteten Ruf nach mehr Sicherheit. Einfache Lösungen, um die Balance von Freiheit und Sicherheit zu wahren und dennoch Sicherheit auch in Zukunft gewährleisten zu können, sind nicht zu erwarten.

Die Komplexität der Thematik spiegelt sich auch in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung wider. Eine Reihe verschiedener Forschungsdisziplinen beleuchten den Forschungsgegenstand aus ihren eigenen Blickwinkeln. Eine dieser Forschungsdisziplinen ist die Kriminologie.

In einem ihrer Teilbereiche beschäftigt sich die Kriminalpolitik genau mit diesem Spannungsfeld zwischen der Gewährleistung der inneren Sicherheit auf der einen Seite, also dem Schutz vor Straftaten, und auf der anderen Seite der Gewährleistung von Freiheit.³ Des Weiteren hat die Kriminalpolitik aber

¹ Franklin / Wagner, 1818, S. 442.

² Vgl. Glaeßner, 2003, S. 89.

³ Vgl. Putzke, o. J.

auch zum Ziel, einen Schutz vor staatlicher Willkür zu garantieren. Als mögliches Mittel zur Erreichung dieser Ziele gilt auch die Gesetzgebung.⁴

Bei der Gewährleistung von Sicherheit im Zuge der Gesetzgebung stehen besonders das Polizeirecht im Fokus der politischen Diskussionen und dessen resultierenden Anpassungen. Das Polizeirecht ist somit aus kriminalpolitischer und kriminologischer Sicht ein bedeutender Forschungsgegenstand.

Der Freistaat Bayern sieht sich und sein aktualisiertes Polizeirecht in einer Art Vorreiterrolle, denn „Bayern ist gerade deshalb das mit Abstand sicherste Bundesland, weil [es, d. Verf.] [...] neben einer personell und technisch gut ausgestatteten Polizei auch moderne Polizeibefugnisse“⁵ hat. Dem Innenminister Bayerns Joachim Herrmann folgend, gelten trotz moderner Polizeibefugnisse für „die Bayerische Polizei [...] auch in Zukunft ganz klare und überprüfbare Regeln [...], die rechtsstaatlich einwandfrei und ausgewogen sind“⁶.

Herrmann bezieht sich bei seinen Aussagen auf die Novellierung des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, das am 25.05.2018 in Kraft getreten ist. Aus kriminalpolitischer Sicht gilt es nun zu erforschen, ob diese Novellierung wirklich rechtsstaatlich einwandfrei und ausgewogen ist.

Die Novellierung und damit einhergehend auch die Einführung der neuen Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr stehen im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit. Mit der Einführung der neuen Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr und deren Ausgestaltung im Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG) betritt der bayerische Gesetzgeber Neuland⁷. Eine abschließende rechtliche Bewertung und ein übereinstimmendes Meinungsbild in der einschlägigen Literatur sind bislang nicht vorhanden.

Der Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr ist in der aktuellen politischen und gesellschaftlichen Diskussion allgegenwärtig; dies besonders weil Veränderungen im Polizeirecht immer Auswirkungen auf die Gesellschaft und sogar auf das einzelne Individuum haben. Die drohende Gefahr im Allgemeinen und im Rahmen des BayPAG soll auch den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit darstellen.

⁴ Vgl. Hofmann, 2017, S. 26.

⁵ Herrmann, 2018a.

⁶ Herrmann, 2018b.

⁷ Möstl, 2018, S. 156.

Ziel dieser Arbeit soll es sein, einen Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion des neuen Gefahrenbegriffs der drohenden Gefahr in der Ausgestaltung des BayPAG zu leisten. Die vorliegende Arbeit versteht sich als eine kriminalpolitische Analyse, die sich kritisch mit der Novellierung des BayPAG durch den bayerischen Gesetzgeber auseinandersetzt. Die Neuerungen sind mit Wirkung zum 25.05.2018 in Kraft getreten und sind somit in der wissenschaftlichen Diskussion sehr aktuell. Es existieren dennoch bereits wissenschaftlich fundierte literaturtheoretische Abhandlungen und unterschiedliche Meinungsbilder zur Thematik. Eine ganzheitliche Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der vorhanden kritischen Meinungen und deren Abwägung unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist jedoch bisher nicht erfolgt. Die vorliegende Arbeit soll die dadurch entstandene Forschungslücke helfen zu schließen, indem die verschiedenen Meinungen in der Literatur zusammengeführt und unter Zuhilfenahme anhand einschlägiger Rechtsprechungen beurteilt werden.

Zum Zweck der Beurteilung und Analyse des BayPAG unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der drohenden Gefahr sollen drei wesentliche Fragestellungen in dieser Arbeit beantwortet werden. Zu Beginn und zum Verständnis der neuen Begriffskategorie soll die Frage erörtert werden, wie der Begriff der drohenden Gefahr entstanden ist und wie dieser von den herkömmlichen Gefahrenbegriffen rechtlich abgegrenzt wird. Im Weiteren wird der Frage nach der rechtsstaatlichen Beurteilung des Begriffs der drohenden Gefahr in der Novellierung des BayPAG durch den bayerischen Gesetzgeber nachgegangen. Anschließend soll die Frage nach der Notwendigkeit der Einführung einer neuen Kategorie beantwortet und ein möglicher Ausblick gegeben werden.

Zur Beantwortung dieser drei wesentlichen und der Arbeit zugrunde liegenden Fragestellungen wird sich an aktueller Literatur und einschlägigen Rechtsprechungen orientiert.

Zu Beginn und auch gleichzeitig als Einstieg in die Thematik steht der Begriff der Sicherheit im Fokus. Der bayerische Gesetzgeber hat das Polizeirecht umfangreich novelliert mit dem Ziel, Sicherheit zu gewährleisten. Zum Verständnis der rechtlichen Anpassungen ist es notwendig, den thematischen

Hintergrund, die Gewährleistung innerer Sicherheit als staatliche Aufgabe zu skizzieren. Dadurch wird ein thematisches Grundverständnis vermittelt, das für die anschließende Analyse der Entstehung des Begriffs der drohenden Gefahr von Bedeutung ist. Zur Beantwortung der Frage nach der Entstehung der neuen Kategorie bedarf es einer historischen Betrachtung der Rechtsprechung, der Rechtswissenschaft im Kontext der gesellschaftlichen und politischen Veränderungen. Im Ergebnis kann so die Entstehung der neuen Gefahrenbegriffskategorie aufgezeigt werden. Anschließend kann eine Definition des Begriffs der drohenden Gefahr herausgearbeitet werden. Die damit vermittelten theoretischen Grundlagen ermöglichen es, eine Abgrenzung zu den herkömmlichen, bekannten Gefahrenbegriffen vorzunehmen, die für das Verständnis und die weitere kritische Reflexion essentiell ist.

In der anschließenden kritischen Reflexion wird der Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr unter rechtsstaatlichen Aspekten diskutiert. Der bayerische Gesetzgeber bezieht sich bei der Novellierung des Polizeirechts explizit auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), sodass besonders diese Bezugnahme kritisch analysiert wird. Im Weiteren wird sich an den verfassungsrechtlichen Kategorien orientiert: dem Bestimmtheitsgebot, dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und dem Adressatenbezug. Es wird zu zeigen sein, wie die Einführung und Ausgestaltung der neuen Kategorie der drohenden Gefahr rechtsstaatlich zu beurteilen ist.

Die kritische Betrachtung, Analyse und Beurteilung ermöglicht eine fundierte Aussage über die Notwendigkeit der Einführung einer neuen Gefahrenbegriffskategorie. Es wird anhand der Unterscheidung von konkreter und drohender Gefahr herauszuarbeiten sein, inwieweit die Notwendigkeit gegeben ist.

Die Einführung der neuen Gefahrenbegriffskategorie und die damit einhergehende Novellierung eignen sich gut, um exemplarisch eine zentrale dynamische, kriminalpolitische Entwicklung, die Entwicklung zum Präventionsstaat knapp aufzuzeigen und ebenfalls kritisch einzuordnen. Daran an- und die Thematik beschließend wird ein Ausblick beschrieben, der die mögliche weitere Entwicklung unter Berücksichtigung der erarbeiteten kritischen Betrachtung

tung beinhaltet. Das Fazit fasst die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit zusammen.

2. Staatsaufgabe Sicherheit

„Sicherheit ist ein komplexes gesellschaftliches und politisches Phänomen und sie ist ein empfindliches und gefährdetes Gut. Menschen sehnen sich danach, in verlässlichen Lebenspartnerschaften, einer Vertrauen erweckenden Umgebung und in sicheren wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen zu leben.“⁸

An diesem Zitat kann man die Bedeutung des Begriffs der Sicherheit in der Gesellschaft schon erahnen. Für die Gesellschaft und vor allem für das einzelne Individuum ist Sicherheit – und darin ist auch das subjektive Gefühl der Sicherheit inbegriffen – lebensnotwendig. Denn ohne ein Grundmaß an Sicherheit könnte Gerechtigkeit nicht gewährleistet werden; das freie Handeln eines Individuums und auch die Freiheit selbst wären ebenfalls eingeschränkt.⁹

Weiterhin lässt sich die Vielschichtigkeit des Begriffs der Sicherheit schon erkennen. Eine einheitliche und präzise Definition ist nicht vorhanden.¹⁰ Denn Sicherheit ist ein mehrdimensionaler Begriff. Er beinhaltet soziale und zeitliche Aspekte sowie Erwartungen und Risiken.¹¹

Der Begriff Sicherheit leitet sich aus dem lateinischen Wort securus ab, das sorglos bedeutet. Dem Duden zufolge wird mit der Wortschöpfung Sicherheit ein Zustand bezeichnet, der das höchstmögliche Freisein von Gefahren beschreibt.¹² Es sei hier bereits darauf hingewiesen, dass Sicherheit kein völliges Ausbleiben von Gefahren oder Risiken bedeutet.¹³

Die Beschreibung ist jedoch wissenschaftlich nicht ausreichend, denn es wird damit die Unterscheidung zwischen der objektiven und der subjektiven wahrnehmbaren Sicherheit nicht berücksichtigt. Dabei ist die objektive Sicherheit empirisch und wissenschaftlich belegbar, während die subjektive Sicherheit eine individuell unterschiedliche Wahrnehmung ist.¹⁴ Besonders der Aspekt der Subjektivität, der bei der Beschreibung von Sicherheit von Bedeutung ist,

⁸ Glaeßner, 2003, S. 9.

⁹ Vgl. Steffen, 2013, S. 54.

¹⁰ Vgl. Hofmann, 2017, S. 36.

¹¹ Vgl. Glaeßner, 2003, S. 18 ff.

¹² Dudenredaktion, o. J.

¹³ Vgl. Steffen, 2013, S. 54.

¹⁴ Vgl. Klebelsberg, 1977, S. 285 ff.

erschwert die Definition des Begriffs der Sicherheit in politisch-konzeptioneller Hinsicht.¹⁵

Darüber hinaus ist aufgrund der Komplexität der modernen Gesellschaft häufig eine Diskrepanz zwischen der objektiven Sicherheitslage und dem subjektiven Sicherheitsgefühl zu erkennen.¹⁶ Zur Verdeutlichung sei hier nur die Gefahr eines terroristischen Anschlages in Deutschland genannt. Während rein objektiv die Wahrscheinlichkeit, Opfer einer solchen Bedrohung zu werden, ziemlich gering ist, ist nach subjektivem Befinden die Angst vor einem terroristischen Anschlag um einiges höher und somit ist auch das subjektive Sicherheitsgefühl der Bürger diesbezüglich negativer ausgeprägt.¹⁷

Unabhängig von den objektiven und subjektiven Dimensionen des Sicherheitsbegriffs gibt es noch weitere zu beachtende Dimensionen des Begriffs der Sicherheit.

So lässt sich zwar festhalten, dass Sicherheit die Reduzierung von und den Schutz vor Gefahren beschreibt und infolgedessen mögliche Risiken minimiert werden sollen. Jedoch umfasst diese Auffassung eine große Bandbreite an Konzepten und Dimensionen. Denn Risiken können militärischer, ökonomischer, ökologischer und humanitärer Art sein. Sie können national oder global auftreten.¹⁸ Hinzu kommt die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Sicherheit.

Private Sicherheit beschreibt die Sicherheit, die das Individuum selbst bestimmt und nach eigenen Interessen selbst gestaltet.

Demgegenüber beschreibt die öffentliche Sicherheit die vom Staat im Sinne des Rechtssystems zu gewährleistende Sicherheit; diese wird wiederum in die innere und die äußere Sicherheit unterteilt.¹⁹

Die äußere Sicherheit beschreibt im traditionellen Sinn die Landesverteidigung nach außen, während die innere Sicherheit ein System ist „von staatlichen Institutionen und Einrichtungen, die durch Verfassung und Organe der demokratischen Willensbildung legitimiert sind, das öffentliche Gewaltmono-

¹⁵ Vgl. Gareis, 2014, S. 90.

¹⁶ Vgl. Glaeßner, 2003, S. 18.

¹⁷ Vgl. Hofmann, 2017, S. 41 f.

¹⁸ Vgl. ebd., S. 37.

¹⁹ Vgl. Simon, 2009, S. 146.

pol im Rahmen kodifizierter Regeln exekutiv unter Anwendung auch von unmittelbarem Zwang auszuüben“²⁰. Damit sind die gesamten Zuständigkeitsbereiche der Polizeibehörden und des Verfassungsschutzes gemeint.

Innere Sicherheit umfasst den Schutz von Leib, Leben, Gesundheit, den Schutz vor Kriminalität und den Schutz der Freiheit.²¹ Damit umfasst der Begriff der inneren Sicherheit „querschnittsartig die Sicherheitsfelder aus dem Kreis interner Stabilitätsbereiche“²². Sie umfasst damit auch das klassische Polizeirecht, das die öffentliche Sicherheit mit seinen Eingriffsbefugnissen bzw. der Generalklausel zu schützen hat.

Im Sinne dieser Arbeit wird der Begriff der Sicherheit mit der dargestellten Dimension der inneren Sicherheit gleichgesetzt.

Angemerkt sei hier jedoch, dass die Grenzen zwischen der inneren und der äußeren Sicherheit stark verschwimmen, aufgrund der nicht an nationalstaatlichen Grenzen haltmachenden Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit durch den internationalen Drogenhandel, die Prostitution und eben auch den international agierenden Terrorismus. In diesem internationalen Kontext kommt es zu einer „Verpolizeilichung“ ehemals militärischer Aufgaben.²³

Dieses komplexe und notwendige Konstrukt der Sicherheit zu gewährleisten ist eine der Herausforderungen des modernen Staates, der modernen Gesellschaft. Besonders für die Aufgabenerfüllung des Staates ist es problematisch, dass es sich bei modernen Gesellschaften um unsichere Gesellschaften²⁴ handelt.

Unsicherheit bewirkt ein Streben nach mehr Sicherheit. Dabei besteht in der heutigen modernen Gesellschaft eine große Unsicherheit, die durch folgende beispielhaft aufgeführte Faktoren begünstigt wird: die Veränderungen der Sozialstrukturen, die wirtschaftliche Globalisierung, die Veränderungen in Bereichen der Kommunikation, die Bedrohung durch international agierende

²⁰ Lange, 2000, S. 240.

²¹ Vgl. Hofmann, 2017, S. 44.

²² Erbel, 2002, S. 16.

²³ Vgl. Hofmann, 2017, S. 34 f.

²⁴ Vgl. Gläßner, 2003, S. 9.

Banden im Bereich der organisierten Kriminalität und vor allem die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus.²⁵

Die Bürger erwarten vom Staat, dass dieser Sicherheit gewährleisten kann und somit die Bürger vor Angriffen auf ihr Leib und Leben, ihr Eigentum und ihre Lebensweise schützt sowie die Grundrechte auf Freiheiten aufrechterhalten kann. Im Gegenzug unterwerfen sich die Bürger gewissen Regelungen und Normen und gewähren dem Staat die Möglichkeit, gewisse Kompetenzen in Anspruch zu nehmen. Der Staat hat das Gewaltmonopol und die Aufgabe, in die Grundrechte der Bürger einzugreifen, um das Ziel der Gewährleistung der Sicherheit zu erreichen.

In der modernen Gesellschaft verändern sich jedoch Lebensumstände und -bedingungen rasant. Beispielhaft ist hier vor allem der technologische Fortschritt anzuführen. Die Geschwindigkeit der Veränderungen bewirkt eine Unsicherheit bei den Bürgern, die der Staat nicht in der Lage ist innerhalb kurzer Zeit aufzufangen und darauf entsprechend zu reagieren. In der Folge wird von den Bürgern ein starker Staat gefordert, der in der Lage ist, Sicherheit zu gewährleisten auch unter der Bedingung von weiteren in die Freiheitsgrundrechte der Bürger einschneidenden Befugnisnormen.²⁶ Gleichzeitig macht die Politik weitgehende Versprechungen zur inneren Sicherheit, die das Unsicherheitsgefühl der Bürger positiv beeinflussen sollen, ohne aber zu berücksichtigen, dass der Sicherheitsapparat zur Erfüllung dieser Versprechungen nicht mehr in der Lage ist. Als Resultat bedeutet dies, „je höher die bereitgestellte Sicherheit [ist, d. Verf.], desto weitgehender werden die gesellschaftlichen Sicherheitsanforderungen und desto weniger sind die Regierungen selbst in der Lage, diese zu befriedigen“²⁷.

Dieser Zirkelschluss bewirkt, dass das Streben nach Sicherheit eine immer wichtigere Rolle im politischen Diskurs einnimmt. Es zeigt sich, dass der gesellschaftliche Wandel einen politischen Wandel und somit auch einen Wandel der Sicherheitskultur bewirkt. Bedingt durch das große Unsicherheitsgefühl der Bürger und das damit im Vordergrund stehende Streben nach mehr Sicherheit, ist der Staat in der Pflicht, seine Aufgabe der sicherheitsstiftenden

²⁵ Vgl. Glaeßner, 2003, S. 9.

²⁶ Vgl. ebd., S. 10.

²⁷ Hofmann, 2017, S. 38.

Funktion zu erfüllen und damit auch jederzeit neue Bedrohungen und Gefahren zu identifizieren und zu beseitigen. „Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“²⁸

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit neu zu justieren, jedoch ist es dem BVerfG zufolge nicht möglich, für den Gesetzgeber eine grundlegende Verschiebung zu bewirken.²⁹

Der politische und gesellschaftliche Drang zu vorrangig mehr Sicherheit führt zu einer ansteigenden „Versicherheitlichung“ der Gesellschaft. Dabei werden Freiheiten der Bürger eingeschränkt, um Sicherheit und somit im Ergebnis auch Freiheit zu gewährleisten.³⁰

„Eng verknüpft mit diesem Vorrang ist eine Entwicklung, die unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit durch Prävention diskutiert wird, und über Partei-, Ressort- und Ländergrenzen hinweg Konjunktur hat.“³¹ Damit einhergehen auch die Veränderungen des klassischen liberalen Polizeirechts durch den Gesetzgeber hin zu einem Polizeirecht, das im Gefahrenvorfeld polizeiliche Maßnahmen ermöglicht.

Die aufgezeigten Entwicklungen der objektiven Sicherheit und des subjektiven Sicherheitsgefühls sowie deren gegenseitige Beeinflussung führen dazu, dass der Staat sich auf den Bereich der Sicherheit fokussiert und dort auch fortschreibend Neuerungen einführt. Dabei sind Anpassungen an die aktuellen Rahmenbedingungen (technologischer Fortschritt, Kommunikationsbereich) sowie die Erweiterung von Befugnisnormen und die Einführung neuer Eingriffsvoraussetzungen und Normen möglich. Vor allem in Bereichen der Sicherheitsgesetzgebung wird der Staat tätig und versucht damit, den Entwicklungen zu entsprechen oder ihnen sogar vorzugreifen.

Das Polizeirecht steht dabei besonders im Fokus weitergehender Novellierungen; aufgrund der Bedeutung des Polizeirechts für die innere Sicherheit

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 01.08.1978, 2 BvR 123/76 = BVerfGE 49, 24, (56 f.).

²⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.04.2006, 1 BvR 518/02 = BVerfGE, 115, 320, (360).

³⁰ Vgl. Schwarz, 2018a, S. 4.

³¹ Hofmann, 2017, S. 46.

steht das Bayerische Polizeirecht in Form des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes im Mittelpunkt dieser Arbeit.

3. Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei

Das Bayerische Polizeiaufgabengesetz ist ein Landespolizeigesetz, das im Folgenden rechtlich und historisch eingeordnet wird. Wandlungen und Veränderungen im Polizeirecht sind zur Gewährleistung der inneren Sicherheit allgegenwärtig. Je nach politischen Machtverhältnissen, gesellschaftlichen Veränderungen oder auch aufgrund größerer Ereignisse wird das Polizeirecht ständig weiterentwickelt und/oder aktualisiert.

3.1 Allgemeine Vorstellung des BayPAG und dessen Veränderungen

In der Bundesrepublik Deutschland bezeichnet das Verwaltungsrecht das Recht der Exekutive. Als ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts regelt das Verwaltungsrecht alle rechtlichen Beziehungen zwischen den Bürgern und dem Staat. Des Weiteren regelt es aber auch das Verhältnis unterhalb und die Funktionsweisen in den Verwaltungsbehörden. Unterschieden wird zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Verwaltungsrecht. Während das allgemeine Verwaltungsrecht alle Grundsätze und Regelungen des besonderen Verwaltungsrechts beinhaltet (vergleichbar mit dem Allgemeinen Teil des Strafrechts), bündelt das besondere Verwaltungsrecht die einzelnen Rechtsgebiete des materiellen Verwaltungsrechts. Ein Teil davon ist das Polizei- und Ordnungsrecht.³² Die Entwicklung des Polizei- und Ordnungsrechtes hängt eng mit der Entwicklung und dem Verständnis des Begriffs der Polizei zusammen. Der Begriff der Polizei geht auf das griechische Wort politeia zurück, das allgemein die Politik oder das öffentliche Leben beschreibt.³³ Im deutschsprachigen Raum wird erst seit dem 15. Jahrhundert der Begriff der Polizei im Sinne einer „guten Polizey“ gebraucht. Die gute Polizey beschreibt die Aufrechterhaltung der Ordnung, des Wohls und des guten Zustandes in allen Lebensbereichen der Bürger.³⁴ Erst im Kreuzbergurteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (PrOVG) vom 14.06.1882³⁵ wurde hervorge-

³² Vgl. Erbguth / Guckelberger, 2018, S. 39.

³³ Vgl. Nitschke, 1992, S. 2.

³⁴ Vgl. Knemeyer, 2007, S. 213.

³⁵ Vgl. PrOVG, Urteil vom 14.06.1882, Rep. II B. 23/82 = PrOVGE, 9, 353 ff.(= Neuabdruck).

hoben, dass die Hauptaufgabe der Polizei die Gefahrenabwehr sei und nicht die Wohlfahrtspflege. Die Aufgaben und Befugnisse der Polizei wurden durch dieses Urteil verrechtlicht.³⁶

Gefahrenabwehr ist eine staatliche Tätigkeit und dient im Spannungsverhältnis von Sicherheit und Freiheit der Gewährleistung verfassungsrechtlicher Ziele. Die Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist – mit dem Gefahrenbegriff als zentrales Element – eine der Hauptaufgaben der Polizei.³⁷

Nach dem Zweiten Weltkrieg obliegt nach Artikel 30 und 70 des Grundgesetzes (GG) die gesamte Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz für das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht den Ländern. Nach der Gründung der Bundesrepublik begannen daher die Länder mit dem Erlass von einzelnen Polizeigesetzen, die sich weitgehend am Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz von 1931 orientierten und eine ähnliche Struktur aufwiesen.³⁸

Im Zuge dessen trat im Freistaat Bayern am 01.12.1954 das Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern in Kraft, am 24.08.1978 umbenannt in den noch heute gültigen Titel: Gesetz über Aufgaben und Befugnisse der Staatlichen Bayerischen Polizei.³⁹ Im Rahmen der Überarbeitung des Polizeigesetzes orientierten sich die Gesetzgeber vor allem am Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, den die Innenministerkonferenz zwischen 1972 und 1976 erarbeitete.⁴⁰ In seiner Kurzform wird es als Bayerisches Polizeiaufgabengesetz bezeichnet (abgekürzt BayPAG oder auch nur PAG).

Als Teil des Polizei- und Ordnungsrechtes fokussiert das Bayerische Polizeigesetz auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und vor allem auf den Aufgabenbereich der Gefahrenabwehr.

³⁶ Vgl. Schenke, 2009, S. 2.

³⁷ Vgl. Denninger, 2007, S. 209 ff.

³⁸ Vgl. Naas, 2003, S. 2.

³⁹ Vgl. Artikel 95 (1), Absatz 1 BayPAG.

⁴⁰ Vgl. Lutz, 2018.

Polizeigesetze im Allgemeinen werden – bedingt durch Rechtsprechung, politisches Geschehen und technologischen Fortschritt – fortlaufend aktualisiert bzw. angepasst.

Eine umfassende Ergänzung und Aktualisierung des BayPAG war für 2018 geplant, ausgelöst durch die Datenschutzrichtlinie 2016/680 der Europäischen Union (EU) sowie das Urteil des BVerfG vom 20.04.2016, Aktenzeichen (Az.) 1 BvR 966/09 und 1 BvR 1140/09.⁴¹

Im Jahre 2016 kam es jedoch innerhalb kurzer Zeit zu zwei islamistisch motivierten Anschlägen in Würzburg und Ansbach. Der damalige Ministerpräsident Bayerns Horst Seehofer gab in einer Pressekonferenz im Juli 2016 zu Protokoll, dass der islamistische Terror in Deutschland angekommen sei.⁴² Am 19.12.2016 forderte der Anschlag auf den Berliner Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz durch den islamistisch motivierten Attentäter Amri zwölf Todesopfer.⁴³ Aufgrund des islamistischen Terrorismus und der oben angesprochenen Geschehnisse sah die Bayerische Regierung unmittelbaren Handlungsbedarf. Am 27.01.2017 wurde das „Sofortprogramm Innere Sicherheit“ beschlossen.⁴⁴ Im Zuge dessen wurde auch das BayPAG zeitlich vorgezogen überarbeitet und durch dem Gesetzgeber besonders wichtige Regelungen und Befugnisse ergänzt.

Dies geschah in Form des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen. Das Gesetz trat nach einer Expertenanhörung am 17.05.2017 und zwei Lesungen im Landtag am 01.08.2017 in Kraft.⁴⁵ Wesentliche Änderungen waren die Aufhebung der Höchstdauer des Präventivgewahrsams von 14 Tagen, die Einführung und Regelung der präventivpolizeilichen Maßnahme der Quellen- und Telekommunikationsüberwachung sowie die Einführung von Befugnisnormen zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung. Des Weiteren wurde als neue Gefahrenbegriffskategorie die sogenannte drohende Gefahr eingeführt. Letzteres geschah in Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG-

⁴¹ Vgl. Müller, 2018, S. 110; BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE, 141, 220-378.

⁴² Vgl. Seehofer, Pressekonferenz vor der Kabinettsitzung in St. Quirin am 26.07.2016.

⁴³ Vgl. Süddeutsche Zeitung, o.J.

⁴⁴ Vgl. Bayerisches Staatsministerium, 2017.

⁴⁵ Vgl. Müller, 2018, S. 110.

Urteil).⁴⁶ Dabei wurde in der Novellierung des BayPAG von 2017 eine allgemeine Befugnisnorm begründet und bestimmte Standardbefugnisse wie die Identitätsfeststellung durch die Einführung der neuen Gefahrenbegriffskategorie ergänzt.

Mit dem Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts, das am 25.05.2018 in Kraft trat,⁴⁷ wurde das BayPAG weiter novelliert. Besonderes Augenmerk lag dabei auf der Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie 2016/680 sowie auf der Aktualisierung der Befugnisnormen zur heimlichen Datenerhebung. Des Weiteren wurde die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr für bedeutende Rechtsgüter im Sinne des BKAG-Urteils (siehe oben) in weitere Befugnisse eingeführt.⁴⁸

Die Novellierung des BayPAG und vor allem die neue Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr werden kontrovers diskutiert. Während auf der einen Seite Befürworter des BayPAG dies als ein Fundament für ein neues Musterpolizeigesetz feiern,⁴⁹ wird das Gesetz aber durchaus hinsichtlich seiner Verfassungskonformität auch kritisch gesehen⁵⁰. Dabei steht vor allem die Kategorie der drohenden Gefahr im Mittelpunkt der Diskussionen.

3.2 Begriff der drohenden Gefahr

Im Zuge der Änderungen des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes wurden die Paragraphen erweitert bzw. angeglichen und der Begriff der drohenden Gefahr eingeführt. Die Bayerische Polizei ist nun berechtigt, gewisse Maßnahmen bei einer drohenden Gefahr für bedeutende Rechtsgüter zu ergreifen.⁵¹ Zu den möglichen Maßnahmen gehören informatorische Maßnahmen, um einen Sachverhalt weiter aufzuklären, weiterhin aktionelle Maßnahmen, die der Entstehung einer Gefahr für bedeutende Rechtsgüter im Kausalverlauf entgegenwirken (gemäß Artikel 11 Absatz 3 BayPAG). Zudem ist die neue Kategorie der drohenden Gefahr als Eingriffsschwelle zu finden bei der Identitätsfeststellung (Artikel 13 Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe b BayPAG), der

⁴⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE, 141, 220-378.

⁴⁷ Vgl. § 7 des Gesetzes zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts.

⁴⁸ Vgl. Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts.

⁴⁹ Vgl. Gürgen, 2018.

⁵⁰ Vgl. unter anderem Heidebach, 2017; Brodmerkel, 2017.

⁵¹ Vgl. Müller, 2018, S. 112.

erkennungsdienstlichen Behandlung (Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 BayPAG), der Platzverweisung und dem Kontaktverbot (Artikel 16 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BayPAG), der Durchsuchung von Personen (Artikel 21 Absatz 1 Nr. 3 BayPAG), der Datenerhebung durch offene Bild und Tonaufnahmen (Artikel 32 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b BayPAG) sowie bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (Artikel 32a Absatz 1 Satz 1 BayPAG).

Die Vielzahl der Maßnahmen verdeutlicht, dass die tägliche polizeiliche Arbeit durch die Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr nachhaltig beeinflusst werden wird. In der Öffentlichkeit wird der Begriff der drohenden Gefahr stark diskutiert, was auch zu mehreren Großkundgebungen im Freistaat Bayern geführt hat.

Inwieweit die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr sich von den anderen bekannten Gefahrenbegriffskategorien unterscheidet und wie der Begriff der drohenden Gefahr theoretisch in der rechtswissenschaftlichen Literatur entstanden ist, wird im Folgenden dargelegt.

Eine der Leitfragen wird sein, wie der Begriff der drohenden Gefahr rechtlich und historisch einzuordnen ist.

3.2.1 Die drohende Gefahr – ein Begriff entsteht

Um die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr in seiner Entstehung zu beschreiben und einzuordnen, bedarf es einer Differenzierung: auf der einen Seite muss der Wandel des Begriffs der Gefahr in der Wahrnehmung der Rechtsprechung, der Rechtswissenschaft im allgemeinen gesehen werden, und auf der anderen Seite spielt das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit unter Beachtung der Rechtsprechung des BVerfG eine entscheidende Rolle. Diese beiden im Folgenden darzustellenden Entwicklungen gipfeln in der Begründung der neuen Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr.

Der Gefahrenbegriff im Polizeirecht obliegt einer stetigen Wandlung. Seinem ursprünglichen Wortsinn nach wird als Gefahr ein fried- oder vertragsbrüchiges Verhalten verstanden, das in der Lage ist, Furcht zu erregen. Gefahr bezeichnet somit eine gewisse Feindseligkeit, der aus der Sicht des Herrschers

präventiv zu begegnen ist. Doch es gelang lange nicht, eine gültige Definition der Gefahr zu begründen, stattdessen wurden Gefahrvermeidungsvorschriften für alle möglichen Bereiche aufgestellt. Noch im 19. Jahrhundert war eine Konkretisierung des Begriffs der Gefahr nicht vorhanden.⁵² Das heutige Gefahrenverständnis begründet sich auf der Rechtsprechung des Preußischen Obergerichtes, das die Gefahr als eine Sachlage bezeichnet, in der objektiv erkennbar die Möglichkeit eines Schadens enthalten ist.⁵³ Dabei stand die Objektivität im Vordergrund. So war polizeiliches Handeln nur dann möglich, wenn objektiv überprüfbar eine Gefahr vorlag.⁵⁴ Eine Gefahrenprognose oder eine Wahrscheinlichkeitsprognose fand zum Zeitpunkt des polizeilichen Tätigwerdens nicht statt. Erst nach dem Ersten Weltkrieg fand auch die Wahrscheinlichkeitsprognose bei der Bewertung einer Gefahr Beachtung.⁵⁵ Zugrunde liegen verschiedene Kriterien, wie zum Beispiel das Ermessen und die Lebenserfahrung der Beamten, das zu schützende Rechtsgut und die Entstehungshäufigkeit der Gefahr/des Schadens. In der Folge wurde in der Literatur und in der Rechtsprechung die sogenannte J-desto-Formel entwickelt, wonach die Polizei desto eher einschreiten darf, je höher das zu schützende Rechtsgut zu bewerten ist und je genauer der Polizei die zugrunde liegenden Tatsachen zu dessen Gefährdung bekannt sind.⁵⁶ Nach dem Zweiten Weltkrieg war ein Trend zu mehr Subjektivität bei der Beurteilung der Gefahr zu erkennen. Dadurch ist die Verhältnismäßigkeit bei der Beurteilung des polizeilichen Tätigwerdens aufgrund eines Gefahrenverdachts in den Vordergrund gerückt. In der Literatur ist das Gefahrenverständnis in der Folge in zwei Lager geteilt. Auf der einen Seite wird die Subjektivität positiv hervorgehoben, während auf der anderen Seite die Objektivierung des Gefahrenbegriffs im Vordergrund steht.⁵⁷

In der jüngeren Entwicklung ist eine zunehmende Subjektivierung des Gefahrenbegriffs zu verzeichnen, die dem Wunsch der Bevölkerung nach mehr

⁵² Vgl. Pils, 2008, S. 941 f.

⁵³ Vgl. ebd., S. 942.

⁵⁴ Vgl. Pieroth / Schlink / Kniesel, 2010, S. 67.

⁵⁵ Vgl. Pils, 2008, S. 942 f.

⁵⁶ Siehe dazu BVerwG, Urteil vom 26.02.1974, BVerwG I C 31.72 = BVerwGE, 45, 51 (61); sowie Leisner-Egensperger, 2002, S. 333.

⁵⁷ Vgl. Pils, 2008, S. 943.

subjektiver Sicherheit entspricht.⁵⁸ Es findet ein „Paradigmenwechsel von der Gefahren- zur Risikoabwehr“⁵⁹ statt.

Die Subjektivierung und der Wechsel der Gefahrenabwehr hin zur Risikoabwehr sind eng mit dem Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit verbunden. Als Sicherheit wird im polizeirechtlichen Sinne die Gefahrenabwehr verstanden, die – einfach ausgedrückt – die Abwesenheit von Gefahren bewirken soll.⁶⁰ Sicherheit ist mit dem Begriff der Gefahr eng verbunden und so begründet sich auch das Spannungsverhältnis zwischen den Schutzpflichten des Staates gegenüber seinen Bürgern und der Aufrechterhaltung und Gewährleistung der Freiheitsgrundrechte.

Sicherheit und Freiheit sind wichtige Aspekte eines demokratischen, modernen Rechtsstaates. Das Grundgesetz umfasst zahlreiche Freiheitsgrundrechte, während der Begriff der Sicherheit und das Recht auf Sicherheit im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland nicht explizit aufgeführt sind. Das Grundrecht auf Sicherheit wird in Deutschland kontrovers diskutiert. Auf der einen Seite wird Sicherheit als „status positivus libertatis“⁶¹ bezeichnet und somit als Grundvoraussetzung für Freiheit angesehen. Auf der anderen Seite bietet dies eine argumentative Grundlage für die sukzessive Stärkung des Staates mit der Gefahr, einen Sicherheitsstaat zu schaffen.

International werden Freiheit und Sicherheit auf eine Ebene gestellt. Nach Artikel 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte hat jeder das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit der Person.⁶²

Wie eingangs erwähnt, besteht hier ein Spannungsverhältnis, denn einerseits ist es Aufgabe des Staates, seine Bürger zu schützen, dies notfalls auch unter Anwendung physischer Gewalt. Andererseits hat der Staat das Begehren nach Freiheit seiner Bürger zu gewährleisten.⁶³

Das Verhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit unterliegt gewissen Schwankungen. Die Machtverhältnisse in der politischen Landschaft und aktuelle tagespolitische Ereignisse können das Verhältnis nachhaltig beeinflussen.

⁵⁸ Vgl. Pils, 2008, S. 942 f.

⁵⁹ Ebd., S. 948.

⁶⁰ Vgl. Calliess, 2003, S. 1097.

⁶¹ Isensee, 1983, S. 21.

⁶² Vgl. Vereinte Nationen, 2015.

⁶³ Vgl. Glaeßner, 2003, S. 89.

Als bedeutende tagespolitische Ereignisse zählen größere Gefahren und Schadenslagen, Anschläge oder auch Umweltkatastrophen. Ereignisse wie diese verändern das Sicherheitsgefühl der Bürger.

In der heutigen Zeit spielt im Besonderen der Extremismus, vor allem in der Form des Terrorismus eine große Rolle in der medialen Berichterstattung wie auch für das subjektive Sicherheitsgefühl der Bürger. Terrorismus wird hier als ein sicherheitspolitisches Phänomen verstanden, wonach Personen versuchen, durch schwere Gewalttaten bestimmte Ziele mit Zwang zu erreichen.⁶⁴ Terrorismus hat zum Ziel, einen großen Schaden zu verursachen und hohe mediale Aufmerksamkeit zu erregen. Dabei soll der Staat als Gesetzgeber proaktiv tätig werden; ein anderes Verhalten ist weder gegenüber den Bürgern politisch und moralisch zu vertreten noch das vermeintliche Restrisiko durch die Bürger hinzunehmen, da der mögliche Schaden des terroristischen Aktes überwiegt.⁶⁵ Voraussetzung hinter dem terroristischen Akt ist menschliches und somit auch steuerbares Verhalten. Insofern kann der Gesetzgeber respektive der Staat eingreifend tätig werden und präventiv überwachend und eingreifend der Gefahr des Terrorismus entgegenzutreten.⁶⁶

Auf nationaler Ebene wie auf europäischer Ebene wird durch den Gesetzgeber versucht, der als neu empfundenen Bedrohung mit der Verabschiedung, Aktualisierung und Erweiterung weitreichender Sicherheitsgesetze zu begegnen.⁶⁷ Das Polizeirecht steht hierbei besonders im Fokus. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe und die Pflicht zu entscheiden, welches Risiko zugrunde liegt und wie die Schutzpflicht des Staates zu gewährleisten ist. Dabei darf er aber nicht die vom Grundgesetz vorgegebene Linie des freiheitlichen demokratischen Staates vernachlässigen.⁶⁸

In einem Rechtsstaat wie der Bundesrepublik Deutschland können alle Gesetze und Gesetzesvorhaben auf ihre verfassungsrechtliche Konformität hin überprüft werden. Jeder Bürger ist berechtigt eine Prüfung anzuzeigen. Die Sicherheitsgesetzgebung schränkt zumeist gewisse Grundrechte der Bürger ein, im Besonderen werden Freiheitsgrundrechte tangiert. Die Verfassungs-

⁶⁴ Vgl. Mosfer, 2015, S. 52.

⁶⁵ Vgl. Simon, 2009, S. 126

⁶⁶ Vgl. Byungwoog, 2013, S. 137.

⁶⁷ Vgl. Kuschewitz, 2014, S. 7.

⁶⁸ Vgl. Simon, 2009, S. 128.

gerichtsbarkeit ist für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Einschränkungen zuständig.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem BVerfG als oberstes Organ unterwirft den Gesetzgeber, die Legislative, Recht und Gesetz. Das BVerfG bildet einen verfassungsrechtlichen Rahmen, in dem der Gesetzgeber sich bewegen darf. Dabei kann das BVerfG jedes hoheitliche Handeln auf seine Verfassungskonformität hin überprüfen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit und somit auch das BVerfG wurden bei der Gründung 1949 im Besonderen zum Schutz der Grundrechte nach dem Grundgesetz begründet.⁶⁹ „Das Bundesverfassungsgericht [ist, d. Verf.] als Garant der Freiheit für den Bürger zu verstehen, welche als letzte Instanz über jede Form von staatlicher Macht steht, um das verfassungsrechtliche Minimum an individueller Freiheit zu schützen.“⁷⁰ Mit diesem Aufgaben- und Rollenverständnis hat das BVerfG im Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit Sicherheitsgesetze auf ihre verfassungsrechtliche Konformität hin zu überprüfen.

Aufgrund der terroristischen Bedrohungslage hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren, vor allem nach dem Anschlag am 11.09.2001 auf das World Trade Center in den Vereinigten Staaten von Amerika viele neue Gesetze, Aktualisierungen und Erweiterungen auf den Weg gebracht. Einige davon wurden vom BVerfG überprüft. Dazu zählen zum Beispiel die Vorratsdatenspeicherung,⁷¹ das Antiterrordateigesetz⁷² und die nachträgliche Sicherheitsverwahrung⁷³. Dabei vertritt das BVerfG keine klare Rechtsprechungslinie in der Gesetzgebung zur inneren Sicherheit. Stattdessen finden sich Entscheidungen, die eindeutig freiheitsschützend ausfallen, während andere Entscheidungen zu Lasten der individuellen Freiheit und zugunsten der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit sind. Der bereits angesprochene allgemeine sicherheitspolitische Trend, der die Einschränkungen der individuellen Freiheiten der Bürger zugunsten eines forcierten Sicherheitsbestrebens hin- nimmt, kann durch das BVerfG nicht gestoppt werden. Das BVerfG kann den

⁶⁹ Vgl. Mosfer, 2015, S. 36 ff.

⁷⁰ Ebd., S. 38.

⁷¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 = BVerfGE 125, 260.

⁷² Vgl. BVerfG, Urteil vom 24.04.2013, 1 BvR 1215/07 = BVerfGE 133, 277.

⁷³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.02.2004, 2 BvR 2029/01 = BVerfGE 109, 133.

verfassungsrechtlichen Rahmen der freiheitseinschränkenden Sicherheitsgesetzgebung lediglich festlegen und somit den Trend in seiner Intensität gegebenenfalls abschwächen und verlangsamen.⁷⁴

In die Reihe der oben angesprochenen Entscheidungen und in die angesprochene Problematik fügt sich das BVerfG-Urteil von 2007 zu Online-Durchsuchungen.⁷⁵ Die der Verfassungsbeschwerde zugrunde liegende Thematik war das Verfassungsschutzgesetz des Bundeslandes Nordrhein Westfalen (VSG-NRW). Das Gericht stellte fest, dass bei der Gefahrenprognose ein Eingriff in informatorische Systeme verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, sobald eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens in naher Zukunft vorliege, sofern Tatsachen auf das Vorliegen einer drohenden Gefahr für bedeutende Rechtsgüter hinwiesen.⁷⁶ Der Begriff der drohenden Gefahr erhält hier vom BVerfG einen sicherheitsdogmatischen Begriffsinhalt.⁷⁷

Weiter präzisiert wird der Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr im Urteil des BVerfG vom 20.04.2016⁷⁸ in Bezug auf das BKAG. Nach der in der Öffentlichkeit weitverbreiteten Ansicht wird der Begriff der drohenden Gefahr erst durch dieses Urteil in die Rechtsordnung eingeführt.⁷⁹ Das Bundeskriminalamt (BKA) sollte im Jahr 2008 vom Gesetzgeber die Befugnis zur Abwehr der Gefahren des internationalen Terrorismus übertragen bekommen. Dazu wurden im BKAG neue Vorschriften durch den Gesetzgeber eingefügt. Im Zuge einer Verfassungsbeschwerde wurden Teile des BKAG in der Folge vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt.⁸⁰ Besonders im Fokus standen in die Privatsphäre tief eingreifende Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse, die dem BKA ermöglichen sollten, im Gefahrenvorfeld tätig zu werden. Das BVerfG führte dazu Folgendes aus:

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der

⁷⁴ Vgl. Mosfer, 2015, S. 191 ff.

⁷⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 27.02.2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 = BVerfGE 120, 274.

⁷⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 27.02.2008, a. a. O. = BVerfGE 120, 274, (328 f.).

⁷⁷ Vgl. Leisner-Egensperger, 2018, S. 679 f.

⁷⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220.

⁷⁹ Vgl. Thurm, 2018.

⁸⁰ Vgl. Kießling, 2017, S. 282.

Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.“⁸¹

Das BVerfG erlaubt somit unter bestimmten Voraussetzungen dem Gesetzgeber von dem bekannten „alten“ Modell der Gefahrenabwehr abzuweichen. Gleichwohl beschreibt das BVerfG einige damit einhergehende Einschränkungen:

„Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen.“⁸²

Diese Einschränkung ist in Bezug auf die angesprochene Wandlung des Gefahrenbegriffs einzuordnen. Eine subjektive Auslegung des Gefahrenbegriffs wird hier nicht kategorisch verneint, stattdessen besagt das BVerfG das eine rein subjektive Auslegung des Gefahrenbegriffs nur nicht ausreichend sei.

„Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen (vgl. BVerfGE 110, 33 <56 f., 61>; 113, 348 <377 f.>). Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen.“⁸³

Der Begriff der drohenden Gefahr als Gefahrenbegriff im Gefahrenvorfeld wird hier zum ersten Mal benannt.

Bei der Begründung des Begriffs der drohenden Gefahr hatte das BVerfG vor allem Situationen vor Augen, die aufgrund bestimmter Tatsachen den Schluss auf einen Schaden eines überragend wichtigen zu schützenden

⁸¹ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (272).

⁸² Ebd.

⁸³ Ebd.

Rechtsgut zulassen, ohne die Kenntnis wann, wo oder wie der Schaden eintreten wird.⁸⁴ Exemplarisch sind dafür terroristische Handlungen aufzuführen, wie das BVerfG auch im Folgenden darlegt:

„In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“⁸⁵

Anknüpfend an die vom BVerfG im BKA-Urteil als zulässig anerkannte Vorfeldbefugnisse⁸⁶ hat der bayerische Gesetzgeber die drohende Gefahr als neuen Gefahrenbegriff im novellierten bayerischen Polizeirecht berücksichtigt.

Die Entwicklung des Gefahrenbegriffs der drohenden Gefahr lässt sich wie oben gezeigt einordnen in die fortlaufende Subjektivierung des Gefahrenbegriffs durch gesellschaftliche, politische und tagesaktuelle Ereignisse und die damit einhergehende Rechtsprechung des BVerfG.

⁸⁴ Vgl. Möstl, 2018, S. 158 f.

⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (272).

⁸⁶ Vgl. Möstl, 2018, S. 156.

3.2.2 Drohende Gefahr – eine Definition

Nach dem BVerfG kennzeichnen den Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr folgende Aspekte:

1. die Möglichkeit eines Schadens für überragend wichtige Rechtsgüter
2. Tatsachen als Prognosegrundlage
3. die Erkennbarkeit eines Geschehens, das konkretisierbar und zeitlich absehbar ist, oder eine konkrete Wahrscheinlichkeit allgemeiner Tatbegehung aufgrund individuellen Verhaltens einer bestimmten Person
4. weitgehend personelle Beschränkung auf bestimmte Personen

Das BVerfG hat die oben aufgeführten Aspekte immer in Bezug zu Straftaten mit terroristischem Hintergrund gesetzt und so den Begriff der drohenden Gefahr definiert.⁸⁷

Der bayerische Gesetzgeber geht bei der Novellierung seines Polizeigesetzes über das BKAG-Urteil hinaus. Zum einen nimmt er die drohende Gefahr als neuen Gefahrenbegriff explizit in sein novelliertes Polizeirecht auf, zum anderen beschränkt er die Befugnisse bei drohender Gefahr nicht auf Standardbefugnisse. Vielmehr führt er eine Generalklausel ein, in der die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr immanent ist.⁸⁸

Der Begriff der drohenden Gefahr wird vom bayerischen Gesetzgeber in einer Art Generalklausel in Artikel 11 Absatz 3 BayPAG eingeführt.

Um eine Definition des Gefahrenbegriffs der drohenden Gefahr zu entwerfen, soll im Folgenden der Artikel des BayPAG analysiert werden. Er lautet:

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

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

⁸⁷ Vgl. Leisner-Egensperger, 2018, S. 680.

⁸⁸ Vgl. Möstl, 2018, S. 157.

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

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Artikel 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. Bedeutende Rechtsgüter sind:

1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,
2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,
3. die sexuelle Selbstbestimmung,
4. erhebliche Eigentumspositionen oder
5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.⁸⁹

Mit der Kategorie der drohenden Gefahr umschreibt der Gesetzgeber einen Vorfeldtatbestand. Bedeutende Rechtsgüter werden als Schutzgüter festgelegt, wobei auf eine Spezifizierung auf bestimmte Konstellationen (z. B. Terrorismus) verzichtet wird. Im Folgenden soll die Generalklausel zum Verständnis der drohenden Gefahr analysiert werden. Die neue Vorfeldgeneralklausel enthält eine Zweckbestimmung, einen Tatbestand und eine Generalklausel in Bezug auf die möglichen Rechtsfolgen.

Als Zweck wird auf der einen Seite die Verhinderung der Entstehung einer Gefahr genannt und auf der anderen Seite die Beschaffung von Informationen, um einen Sachverhalt aufzuklären. Während die Sachverhaltsaufklärung eine Beschaffungsmaßnahme darstellt, stellt das Verhindern einer Gefahr eine Beseitigungsmaßnahme dar.⁹⁰

Im Tatbestand fordert der Gesetzgeber als Grundtatbestand ein individuelles Verhalten. Diesbezüglich werden keine weiteren Tatsachen gefordert. Dabei lässt sich nicht mal die Art des Geschehens konkretisieren: Es reicht dem Gesetzgeber eine abstrakte Form des zu erwartenden Geschehens aus.⁹¹ Der Gesetzgeber verlangt für die erste Alternative eine konkrete Wahrscheinlichkeit. Eine rein subjektive Bewertung aufgrund von Erfahrungssätzen ist

⁸⁹ Artikel 11 Absatz 3 BayPAG.

⁹⁰ Vgl. Waechter, 2018, S. 459 f.

⁹¹ Vgl. Möstl, 2018, S. 158.

hier nicht ausreichend, da der Benennung einer konkreten Wahrscheinlichkeit objektive Tatsachen zugrunde liegen.

Als zweite Alternative werden Vorbereitungshandlungen mit oder ohne zusätzliche Tatsachen benannt. Vorbereitungshandlungen sind per se ebenfalls individuelles Verhalten und auch hier werden nicht unbedingt weitere Tatsachen gefordert.⁹² In der zweiten Alternative werden vom Gesetzgeber Handlungen verlangt, die den Schluss auf einen Angriff zulassen. Dieser Schluss ist auch nur eine Form der Wahrscheinlichkeit und ist vor den Anforderungen der Wahrscheinlichkeit der konkreten Gefahr zu finden.

Fraglich bleibt der Adressat der Maßnahme. Da in der zu analysierenden Norm kein Adressat explizit genannt wird, wird auf einen Normadressaten im Sinne der allgemeinen Regeln der Störerhaftung (Artikel 7 ff. BayPAG) zurückgegriffen. Da es sich aber um einen Vorfeldtatbestand handelt, ist dies – aufgrund des Fehlens eines konkret Verantwortlichen – nicht ohne weiteres möglich. Es wird jedoch davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber sich am Urteil des BVerfG orientiert, wonach nur die Personen als Adressat der Maßnahmen in Frage kommen, bei denen bestimmte Tatsachen den Schluss zulassen, dass sie sich an dem möglichen Angriff beteiligen. Maßnahmen sind nach dem BVerfG gezielt gegen bestimmte Personen zu richten und weitgehend auf diese zu beschränken.⁹³ Nicht verantwortliche Dritte sind insofern in Anspruch zu nehmen, sobald eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass die dabei zu treffenden Maßnahmen den Sachverhalt aufzuklären helfen.⁹⁴ Es ist demnach davon auszugehen, dass der bayerische Gesetzgeber nur Personen als Adressat benennt, von denen zwar noch keine konkrete, aber eine drohende Gefahr ausgeht.⁹⁵ Im Ergebnis muss die Eingriffsmaßnahme im Sinne des BVerfG weitgehend auf einen bestimmten Adressatenkreis beschränkbar sein.^{96 97}

Die angesprochenen Angriffe zielen dabei auf bedeutende Rechtsgüter, die in Satz 2 aufgezählt werden.

⁹² Vgl. Waechter, 2018, S. 459 f.

⁹³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (272).

⁹⁴ Vgl. Leisner-Egensperger, 2018, S. 686.

⁹⁵ Vgl. Möstl, 2018, S. 163.

⁹⁶ Vgl. Leisner-Egensperger, 2018, S. 686.

⁹⁷ Siehe weiterführend die kritische Betrachtung unter Abschnitt 4.4.

Bei der Aufzählung der bedeutenden Rechtsgüter orientiert sich das erste Rechtsgut an den Bestimmungen des § 4 Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG),⁹⁸ in dem Angriffe auf den Bestand und die Sicherheit des Bundes und des Landes definiert werden. Während § 4 BVerfSchG Bestrebungen voraussetzt, die den Bestand und die Sicherheit des Bundes und des Landes gefährden, setzt der bayerische Gesetzgeber Angriffe gegen diese voraus.

Das zweite Rechtsgut ist auf terroristische Gefährder und auf die organisierte Kriminalität gleichermaßen anwendbar, wobei auch hier der Einzelfall berücksichtigt werden muss.

Das dritte Rechtsgut ermöglicht das Treffen von Maßnahmen gegen Personen, die die sexuelle Selbstbestimmung Dritter in naher Zukunft gefährden könnten.

Als viertes Rechtsgut nennt der bayerische Gesetzgeber erhebliche Eigentumspositionen, die einen qualifizierten Sachwertschutz darstellen.⁹⁹

Das fünfte Rechtsgut beschreibt die Erhaltung von Sachen, wobei vor allem dann ein öffentliches Interesse vorliegt, wenn diese der Daseinsvorsorge dienen.¹⁰⁰

Als Rechtsfolge dürfen alle notwendigen Maßnahmen getroffen werden; im Sinne der Befugnisnorm dürfen dies Sachverhalts klärende Maßnahmen und auch Verhinderungsmaßnahmen sein.¹⁰¹ Die Generalklausel ist nicht an die Eingriffsvoraussetzung der konkreten Gefahr gebunden. Zu den Maßnahmen zählen insbesondere informationelle Maßnahmen, die noch nicht in den möglichen Geschehensablauf eingreifen, sondern lediglich der Sachverhaltsaufklärung dienen. Nach der zweiten Alternative werden aber auch Maßnahmen zugelassen, die im Gefahrenvorfeld in den Kausalverlauf eingreifen und somit die Entstehung der Gefahr verhindern sollen.

⁹⁸ Siehe dazu Bundesverfassungsschutzgesetz.

⁹⁹ Vgl. Möstl, 2018, S. 161.

¹⁰⁰ Vgl. Bayerischer Landtag, 2017, S. 10.

¹⁰¹ Vgl. Waechter, 2018, S. 460 ff.

Im Folgenden wird der Begriff der drohenden Gefahr im Sinne der Legaldefinition des BayPAG verwendet und zugrunde gelegt. Zusammenfassend werden für das Vorliegen einer drohenden Gefahr folgende Kriterien benötigt:

Eine drohende Gefahr liegt vor, wenn im Einzelfall in einem absehbaren Zeitraum Angriffe erheblicher Intensität und Auswirkungen auf bedeutende Rechtsgüter, die abstrakt und nicht abschließend aufgeführt sind, zu erwarten sind, wenn eine konkrete Wahrscheinlichkeit in Bezug auf das individuelle Verhalten vorliegt oder wenn Vorbereitungshandlungen vorliegen, die im Ergebnis ein seiner Art nach konkretes Geschehen zulassen.

3.2.3 Rechtliche Einordnung des Gefahrenbegriffs

Das Gefahrenabwehrrecht hat, wie oben beschrieben und wie es der Name schon sagt, die Hauptaufgabe, Gefahren abzuwehren. Der Begriff der Gefahr steht dabei in der polizeirechtlichen Dogmatik im Mittelpunkt. Die Begriffskategorie der Gefahr legt als Eingriffsschwelle fest, ab wann der Staat und seine ausführenden Organe staatliche Sicherheitsaufgaben überhaupt wahrnehmen können. Nur bei Vorliegen einer Gefahr darf der Staat in die Grundrechte, in Freiheiten der Bürger eingreifen. Als eine weitere Eingriffsschwelle gelten alle dazugehörigen Abstufungen der Gefahr. Des Weiteren markiert die Unterscheidung zwischen dem Vorliegen einer Gefahr, dass ein Schaden eintreten könnte, auf der einen Seite oder des schon erfolgreich eingetretenen Schadens auf der anderen Seite eine Grenze zwischen präventivem und repressivem Handeln.¹⁰²

Der Begriff der Gefahr ist dabei mit einer konkreten Gefahr gleichzusetzen. Die Legaldefinition einer konkreten Gefahr lautet: „Eine Gefahr liegt vor, wenn im Falle des ungehinderten Fortgangs eines Geschehensverlaufs mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden an einem polizeilichen Schutzgut eintreten wird.“¹⁰³ Als polizeiliches Schutzgut wird die öffentliche Sicherheit und Ordnung begriffen. Im Sinne der schon angesprochenen „Jedesto-Formel“ wird der Begriff „hinreichend“, wie folgt definiert: „Je größer die Schadenshöhe, desto niedriger darf die Eintrittswahrscheinlichkeit sein, um

¹⁰² Vgl. Byungwoog, 2013, S. 182.

¹⁰³ Meyer, 2017a, S. 1259.

als hinreichend zu gelten.“¹⁰⁴ Bei der Beurteilung einer Gefahr handelt es sich grundsätzlich um Wahrscheinlichkeiten, da es sich bei der Gefahrenabwehr um eine präventive Handlung handelt, die einen möglichen Schaden abwenden soll.

Ob wirklich eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen Schaden vorliegt, können in der Situation nur die Polizei- und Ordnungsbehörden feststellen. Dabei ist für die Beurteilung des Vorliegens einer (konkreten) Gefahr wichtig, eine Unterscheidung zwischen dem subjektiven und objektiven Gefahrenbegriff zu gewährleisten. Bei Vorliegen des objektiven Gefahrenbegriffs muss der Gefahrenprognose ein auf Tatsachen basierender Sachverhalt zugrunde liegen. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Sachverhalt womöglich ex ante aufzuklären ist. Als Folge sind falsche Annahmen des einschreitenden Beamten rechtswidrig. Im Gegensatz dazu ist beim subjektiven Gefahrenbegriff die Einschätzung der vor Ort befindlichen Beamten ausschlaggebend für das Vorliegen einer Gefahr. Weder ein ausschließlich objektiver noch subjektiver Gefahrenbegriff erscheint für das polizeiliche gefahrenabwehrrechtliche Handeln als sinnvoll. Bei Vorliegen und Verwenden eines rein objektiven Gefahrenbegriffs ist es für die eingesetzten Beamten in einer Gefahrenabwehrsituation nicht möglich, Maßnahmen zu treffen, da nicht alle Fakten direkt offenkundig vorliegen. Auch in Bezug auf einen rein subjektiven Gefahrenbegriff kann es vorkommen, dass die einschreitenden Beamten trotz offensichtlich vorliegender Tatsachen nicht tätig werden, da sie nach der persönlichen Erfahrung subjektiv keine Gefahr erkennen.¹⁰⁵

Durch die Anerkennung des subjektiven Aspekts der Gefahrenprognose werden Gefahrenbegriffskategorien, die vor der konkreten Gefahr anzusiedeln sind, überhaupt erst rational-juristisch möglich. So ist es möglich, das Vorliegen einer Gefahr zu bestätigen, wenn dies zum einen objektiv erklärbar ist und wenn die Polizei zwar nach subjektiver, aber vernünftiger, sorgfältiger Einschätzung von einer Gefahr ausgeht.¹⁰⁶

In der Hierarchie der Gefahrenbegriffe ist der konkreten Gefahr die abstrakte Gefahr vorgestellt. Die abstrakte Gefahr wurde als eine Voraussetzung für

¹⁰⁴ Meyer, 2017a, S. 1259.

¹⁰⁵ Vgl. Meyer, 2017a, S. 1259 ff.

¹⁰⁶ Vgl. Schlink, 1999, S. 170.

den Erlass von Rechtsordnungen eingeführt. Die abstrakte Gefahr ist ein theoretisches gedachtes Modell. So wird die abstrakte Gefahr aus Sicht eines Verordnungsgebers betrachtet, der in einem räumlichen und zeitlichen Rahmen viele Einzelfälle mit der Möglichkeit eines Schadenseintritts begutachtet. Dabei spielt eher die statistische Möglichkeit eines Schadens eine Rolle. Das Vorliegen einer abstrakten Gefahr erlaubt es dem Verordnungsgeber, Ge- und Verbotsnormen auszusprechen, ohne im Gegensatz zur konkreten Gefahr eine Einzelfallprüfung einer Schutzgutbedrohung zu betreiben. Diese so entstehenden Gefahrenabwehrverordnungen sind dem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit zuzuordnen und erlauben es den Polizeibehörden, im Einzelfall bei einem Verstoß im Sinne der konkreten Gefahr tätig zu werden. Unter der Begriffsnorm der abstrakten Gefahr ist es somit möglich, das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit zu erweitern, ohne dass die Begriffsnorm selbst als Eingriffsschwelle für Verwaltungs- oder Realakten gilt.¹⁰⁷ Die abstrakte Gefahr ermöglicht es, einen gewissen Grad an Ungewissheit auszugleichen, sie ermöglicht es aber nicht, einzelfallbezogene Sachverhalte aufzuklären.

Um im Vorfeld einer konkreten Gefahr im Einzelfall tätig zu werden, bedarf es somit weiterer Gefahrenbegriffskategorien. In diesem Zusammenhang wurde in den Polizeigesetzen die Kategorie der „tatsächlichen Anhaltspunkte, die die Annahme rechtfertigen“ eingeführt.¹⁰⁸ Diese Kategorie wird auch mit dem Gefahrenverdacht gleichgesetzt.¹⁰⁹ „Ein Gefahrenverdacht liegt vor, wenn die Polizei das Vorliegen einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts lediglich für möglich hält.“¹¹⁰ Hierbei ist der handelnde Beamte noch im Ungewissen, inwieweit eine Gefahr überhaupt vorliegt. Es besteht lediglich die Möglichkeit eines Schadenseintritts. Um die Ungewissheit auszugleichen oder sogar zu beseitigen, ist dann nur der Gefahrerforschungseingriff zulässig, der dazu beiträgt, wichtige Informationen für das Bestätigen oder die Negation des Vorliegens einer Gefahr zu erhalten.¹¹¹ Durch solche Maßnahmen soll der zum Schaden führende Kausalverlauf unterbrochen

¹⁰⁷ Vgl. Meyer, 2017b, S. 432 f.

¹⁰⁸ Vgl. Poscher, 1999, S. 29 ff.

¹⁰⁹ Vgl. Meyer, 2017b, S. 430.

¹¹⁰ Meyer, 2017a, S. 1265.

¹¹¹ Vgl. Byungwoog, 2013, S. 196.

werden.¹¹² Bei Vorliegen eines Gefahrenverdachts fehlen wenige weitere Informationen, um dann eine hinreichende Wahrscheinlichkeit zu begründen und somit eine konkrete Gefahr zu erkennen und in der Rechtsfolge Gefahrenabwehrmaßnahmen zu treffen. Der Gefahrenverdacht ist daher in einer zeitlichen und räumlichen Nähe zur konkreten Gefahr anzusiedeln und wird im Ergebnis als eine Form des Verdachts einer konkreten Gefahr angesehen. Die Eingriffsschwelle des Gefahrenverdachts gilt jedoch nur für Gefahrforschungsmaßnahmen.

Grundsätzlich ist das Tätigwerden bei Vorhandensein eines Gefahrenverdachts schon eine Vorfeldbefugnis.¹¹³ Vorfeldbefugnisse sind meist informationelle Maßnahmen, die dazu dienen, einen Sachverhalt weiter aufzuklären, um so einen möglichen schadensträchtigen Kausalverlauf weiter zu untersuchen. Diese Maßnahmen setzen augenscheinlich im Gefahrenvorfeld an. Der Gefahrenverdacht ist im Ergebnis im Gefahrenvorfeld einzuordnen, mit direktem und engem Bezug zur konkreten Gefahr.

Als Gefahrenvorfeld wird das Stadium vor dem Eintreten einer Gefahr genannt einschließlich vorliegender exzeptioneller Ungewissheit.¹¹⁴ Eine präzise Definition des Gefahrenvorfeldes ist nicht möglich. So kann es im Gefahrenvorfeld durchaus möglich sein, eine Relation zur konkreten Gefahr herzustellen. Dazu ist eine Gefahrenprognose aus subjektiver und auch aus objektiver Sicht möglich. Eine Gefahrenprognose kann aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, der persönlichen Einschätzung und aufgrund der persönlichen emotionalen Wahrnehmung für den Beamten in der vermeintlichen Gefahrensituation erfolgen, oder es kann bei Vorliegen sachlich überprüfbarer Fakten, die für einen möglichen Schadenseintritt sprechen, eine Relation zur konkreten Gefahr hergestellt werden.

Das Gefahrenvorfeld kann aber auch so weit ausgedehnt werden, dass eine solche Prognose und somit eine Relation zur konkreten Gefahr nicht mehr herzustellen ist. Zumeist ist das Gefahrenvorfeld die Stufe mit dem frühest-

¹¹² Vgl. Meyer, 2017b, S. 433.

¹¹³ Zum Begriff insbesondere Kral, 2012, S. 71 ff.

¹¹⁴ Vgl. Meyer, 2017b, S. 438.

möglichen Tätigwerden der Sicherheitsbehörden. Darunter fallen auch die Tätigkeitsfelder der Nachrichtendienste.¹¹⁵

Das Gefahrenvorfeld ist weit ausdehnbar und beinhaltet die Möglichkeit, sowohl einen Bezug zur konkreten Gefahr, zum möglichen Schadenseintritt herzustellen als auch ohne die vorgenommene Prognose tätig zu werden.

Im Ergebnis ist der Begriff des Gefahrenvorfeldes – aufgrund der definitorischen Schwierigkeiten und der schwierigen Gefahrenprognose – nur unzureichend abschließend zu definieren.¹¹⁶

Angesichts der terroristischen Bedrohung und der Schwierigkeit, deren Vorhandensein zu prognostizieren, verlagert sich die Schwelle auch im Gefahrenrecht ins Vorfeld. Die klassische Gefahrenabwehr transformiert aufgrund von „Risikovorsorge und Risikominimierung“¹¹⁷ zur Gefahrenvorsorge. Bisher standen dabei vor allem informationelle Maßnahmen im Vordergrund. Weil effektivere Maßnahmen im Vorfeld der Gefahr verlangt werden,¹¹⁸ wird auch der Präventionsgedanke diskutiert. Dabei geht es um die Möglichkeit von Maßnahmen im Vorfeld der Gefahr. Die damit einhergehende Gefahrenprävention wird zurzeit als dritte Säule der polizeilichen Tätigkeit – neben der Abwehr von konkreten Gefahren und dem repressiven Handeln – diskutiert.¹¹⁹ Die oben genannten Vorfeldbefugnisse, die als Aufgabe lediglich einen informatorischen Zweck verfolgen, werden somit unter dem Aspekt des Präventionsgedanken weiter ausgebaut. So soll eine Gefahr bzw. eine mögliche Gefahr und deren Kausalverlauf nicht nur weiter aufgeklärt, sondern es soll ihr auch vorgebeugt werden.¹²⁰

Die polizeiliche Vorfeldtätigkeit orientiert sich im Gefahrenvorfeld an der Vermeidung einer Entstehung einer Gefahr, indem die Polizei Gefahren frühzeitig mit Hilfe informationeller Maßnahmen erkennt und diesen durch adäquate Gegenmaßnahmen versucht präventiv zu begegnen.¹²¹ Die Befugnis zu informationellen Maßnahmen geht zurück auf das Volkszählungsurteil

¹¹⁵ Vgl. Kipker, 2016, S. 14.

¹¹⁶ Vgl. Byungwoog, 2013, S. 206.

¹¹⁷ Vgl. Schwarz, 2018a, S. 3.

¹¹⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 15.12.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69 = BVerfGE 30, 1, (29).

¹¹⁹ Vgl. Simon, 2009, S. 132.

¹²⁰ Vgl. Byungwoog, 2013, S. 204.

¹²¹ Vgl. Kugelmann, 2012, S. 113; sowie Waechter, 2002, S. 854.

vom 15.12.1993¹²² und wurde im Vorentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes¹²³ aufgenommen. Für das Treffen von aktionellen Maßnahmen gestaltet sich die Bezugnahme auf die konkrete Gefahr im (traditionellen) Polizeirecht als schwierig. Denn im Gegensatz zu einer informationellen Maßnahme, die dazu beitragen kann, eine konkrete Gefahr zu verifizieren, dienen aktionelle Maßnahmen dazu, eine konkrete Gefahr gar nicht erst aufkommen zu lassen. Eine Bezugnahme zur konkreten Gefahr ist somit nicht möglich.

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Im Gefahrenabwehrrecht ist die konkrete Gefahr elementar und aufgrund bestimmter Veränderungen und rechtlicher Bedürfnisse wurden neue Formen einer Eingriffsschwelle vor der konkreten Gefahr entwickelt. Dabei kann eine Relation zur konkreten Gefahr gegeben sein oder die Eingriffsschwelle liegt weit im Vorfeld einer konkreten Gefahr, sodass eine solche Bezugnahme nicht möglich erscheint. Weiterhin ist die Unterscheidung zwischen informationellen und aktionellen Maßnahmen hervorzuheben.

Es gilt nun die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr in die oben genannten Ausführungen einzuordnen.

Dabei sei nochmals erwähnt, dass sich die vorliegende Arbeit an der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr im BayPAG orientiert.

Die Kategorie der drohenden Gefahr in der zugrunde liegenden Definition ist eine für die Rechtsprechung und Literatur neue Kategorie. Denn in der Konzeption der Gefahrenbegriffskategorie ist die drohende Gefahr im Sinne des BayPAG bisher einmalig. Es gibt deutlich divergierende Ideen und Vorstellungen vom Begriff der drohenden Gefahr und daher wird er in der Rechtsprechung wie in der Literatur auch uneinheitlich verwendet.

So wird der Begriff bisher sowohl als Synonym für eine konkrete Gefahr¹²⁴ und damit als Verweis auf die allgemeine Gefahrrechtsdogmatik als auch für eine gegenwärtige Gefahr¹²⁵ im Sinne einer gesteigerten Schadenswahrscheinlichkeit gebraucht. In diesem Deutungszusammenhang als Synonym

¹²² BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, u.a. = BVerfGE 65, 1 (4).

¹²³ Vgl. Heise / Riegel, 1978, S. 26.

¹²⁴ Vgl. Bayerischer Landtag, 2017, S. 10.

¹²⁵ Vgl. Pewestdorf / Söllner / Tölle, 2017, § 1 Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes Berlin, Rn. 26 mit weiteren Nachweisen.

für eine konkrete Gefahr wird der Begriff im Grundgesetz (etwa in Artikel 11 Absatz 2 GG – Eingriffsvoraussetzung für Beschränkungen der Freizügigkeit, Artikel 87a Absatz 4 Satz 1 GG und Artikel 91 Absatz 1 GG – Einsatz der Bundeswehr im Inneren sowie Unterstützung der Polizei der Länder und des Bundes untereinander) sowie im Bundesgesetzbuch (§ 228 BGB – Voraussetzung gerechtfertigten Notstand) interpretiert.¹²⁶ Nach diesem Verständnis geht es nicht um eine Vorverlagerung des Gefahrenbegriffs.

Auf das Gefahrenvorfeld verweisend wird der Begriff der drohenden Gefahr bisher in § 1 Absatz 1 Nr. 1 G10 verwendet. Im Zusammenhang mit der nachrichtendienstlichen Schutzrichtung wird die drohende Gefahr nicht als Gefahrenbegriff eingeordnet, sondern beschreibt stattdessen lediglich eine mögliche Bedrohungslage, wofür wiederum tatsächliche Anhaltspunkte und somit in der traditionellen Gefahrrechtsdogmatik eine Gefahr vorliegen muss.¹²⁷

Unabhängig von gängigen Interpretationen gehen das Konstrukt der drohenden Gefahr nach dem BVerfG im Zuge des BKA-Urteils und die Intention des bayerischen Gesetzgebers darüber hinaus. Das BVerfG beschreibt die Möglichkeit einer Vorfeldbefugnis und begründet in diesem Zusammenhang die Kategorie der drohenden Gefahr.¹²⁸ Der bayerische Gesetzgeber geht über die hergebrachte Systematisierung und sogar über die Intention des BVerfG hinaus. Die drohende Gefahr soll es ermöglichen, die Anforderungen an den Kausalverlauf zu reduzieren, und so in den Vorfeldbereich hineinreichen.¹²⁹ Dabei stellt die Kategorie selbst eine Eingriffsvoraussetzung dar.

So kann die Begriffskategorie als Vorfeldbefugnis erweiternd wahrgenommen werden. Denn die drohende Gefahr setzt vor der konkreten Gefahr und somit vor einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit an. Im Ergebnis wäre die drohende Gefahr somit eine Kategorie des Gefahrenverdachts und stellt als solche auch eine Vorfeldbefugnis dar.¹³⁰ Unklar bleibt bei dieser Einordnung die

¹²⁶ Vgl. Augsberg, 2018, S. 27.

¹²⁷ Vgl. Löffelmann, 2018a, S. 6.

¹²⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (272).

¹²⁹ Vgl. Bayerischer Landtag, 2017, S. 9 f.

¹³⁰ Vgl. unter anderem Leisner-Egensperger, 2018, S. 686 ff.; sowie Möstl, 2018, S. 156 ff.

Unterscheidung zwischen einem Gefahrenverdacht und der Kategorie der drohenden Gefahr.¹³¹

Problematisch ist dabei anzusehen, dass im BayPAG die drohende Gefahr nicht nur als Eingriffsschwelle für Gefahrerforschungsmaßnahmen, sondern auch für aktionelle Maßnahmen dient, und somit über die traditionelle Sicht auf die Kategorie des Gefahrenverdachts hinausgeht. Daher wird die Kategorie der drohenden Gefahr im Bereich des Gefahrenvorfelds und mit Erweiterung auch im Bereich der Gefahrenprävention eingeordnet.¹³²

Diese rechtliche Einordnung der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr im Gefahrenvorfeld wird in der Literatur aber auch kritisch betrachtet.

So wird auf der anderen Seite die drohende Gefahr als Kategorie zwischen einem konkreten Gefahrenverdacht und der konkreten Gefahr gesehen. Somit wäre die Begriffskategorie noch nicht im Vorfeld der Gefahr einzuordnen, da der Gefahrenbegriff selbst nicht ausgeweitet worden wäre.

Als Argumentation wird das BVerfG-Urteil zum BKAG angeführt, wonach das BVerfG in seinem Urteil explizit einen Zeitraum herausgearbeitet habe, in dem noch keine hinreichende Wahrscheinlichkeit gegeben ist, aber Tatsachen für die Möglichkeit eines Schadenseintritts sprechen würden. Im Ergebnis würde der Zeitraum für Maßnahmen erweitert werden, jedoch nicht der Gefahrenbegriff als solcher.¹³³

Bei dieser Einordnung des Begriffs der drohenden Gefahr wird kritisiert, dass die drohende Gefahr im Sinne des BayPAG nicht ausschließlich im Sinne des BVerfG-Urteils ausgelegt werden könne, da das Urteil sich auf einen ganz anderen Kontext bezogen habe.¹³⁴ Das BayPAG normiere zudem Standardbefugnisse und eine Generalklausel und dies stehe im Gegensatz zum Kontext des Zweckes der reinen Terrorismusbekämpfung im Sinne des BKAG und des erfolgten Urteil des BVerfG.¹³⁵

Während auf der einen Seite eine Vorverlagerung gesehen wird und auf der anderen Seite eine Einordnung des Begriffs im Bereich der konkreten Gefahr

¹³¹ Vgl. Augsberg, 2018, S. 30.

¹³² Vgl. Leisner-Egensperger, 2018, S. 686 ff.

¹³³ Vgl. Müller, 2018, S. 113.

¹³⁴ Vgl. Augsberg, 2018, S. 31, sowie ausführlich unter Abschnitt 4.1.

¹³⁵ Vgl. Löffelmann, 2018a, S. 4.

favorisiert wird, wird in der Literatur auch eine Kombination beider Konzepte diskutiert: So stelle die Kategorie der drohenden Gefahr in Bezug auf die Vorhersehbarkeit und die zeitliche Nähe zum Kausalverlauf eine Vorverlagerung dar. Jedoch sei eine konkrete Bezugnahme zu der Art und der Zielrichtung (konkrete Vorbereitungshandlung, individuelles Verhalten) Voraussetzung einer drohenden Gefahr. Somit wäre eine hinreichende Wahrscheinlichkeit als Teilaspekt der Norm zu bejahen.¹³⁶

Die Einordnung des Begriffs der drohenden Gefahr erscheint somit schon ohne die noch ausstehende abschließende rechtliche Würdigung schwierig. Als weiteren Problembereich in diesem Zusammenhang ist das Urteil des BVerfG selbst anzusprechen: Denn die Interpretation, dass das BVerfG einer Vorverlagerung grundsätzlich zustimmt, wird einer Mindermeinung zufolge auch kritisch gesehen. Eine Reduzierung des Kausalverlaufs ist im Sinne des BVerfG möglich, solange die Eingriffsgrundlagen eine hinreichend konkretisierte Gefahr verlangen.¹³⁷ Nach der Mindermeinung bedeute dies jedoch keine Vorverlagerung der Eingriffsbefugnisse, stattdessen orientiere sich die Reduzierung der Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs an der in der Rechtsprechung geprägten und genutzten „Je-desto-Formel“.¹³⁸ In diesem Zusammenhang würde dies heißen: Je bedeutender die Verletzung und je bedeutender die relevanten Schutzgüter einzustufen seien, desto zutreffender müsse die zu treffende Prognosewahrscheinlichkeit sein.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die drohende Gefahr als neue Kategorie im Sinne des BayPAG nicht ohne Schwierigkeiten in die Konzeption der Gefahrenbegriffe einzuordnen ist.

¹³⁶ Vgl. Möstl, 2018, S. 159.

¹³⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O.= BVerfGE 141, 220, Rn. 112.

¹³⁸ Vgl. Thiel, 2018, S. 5.

3.3 Zwischenfazit

Eine der Aufgaben des Staates ist es, seinen Bürgern Sicherheit zu gewährleisten. Das Polizeirecht steht dabei besonders im Fokus. Da abgesehen von der Bundesebene Polizeirecht noch immer Ländersache ist, fällt auch dem bayerischen Gesetzgeber die Aufgabe zu, das Polizeirecht fortlaufend zu aktualisieren und somit dem Wunsch der Bürger nach Sicherheit zu entsprechen. Die verschiedenen Vorstellungen von Sicherheit und die Problematiken bei der Erfüllung dieser Vorstellungen wurden angesprochen.

Der bayerische Gesetzgeber hatte die Entwicklungen in der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft, die gesellschaftlichen Entwicklungen sowie die Herausforderungen der Gegenwart zu berücksichtigen.

Dies antizipierend hat der Gesetzgeber einen neuen Gefahrenbegriff, den der drohenden Gefahr, in das bayerische Polizeirecht neu aufgenommen. Wenn auch festzuhalten ist, dass die Einführung dieser neuen Kategorie das Ergebnis einer Entwicklung ist, die als durchaus historisch relevant angesehen werden kann, so ist dennoch die Gefahrenbegriffskategorie für die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft eine neue Kategorie.

Eine rechtliche Beurteilung der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr im BayPAG steht noch aus. Damit steht auch eine konkrete rechtliche Einordnung der Kategorie der drohenden Gefahr noch nicht fest. Eine abschließende Einordnung in das Gefahrenvorfeld respektive in die Gefahrenprävention oder eine Einordnung in den Nahbereich der konkreten Gefahr ist ohne eine abschließende rechtliche Bewertung zurzeit nicht möglich. Auch die Orientierung an der Literatur bringt keine weitere Erhellung: Denn diese verfolgt ebenfalls, wie oben herausgearbeitet, keinen einheitlichen Ansatz. Die rechtliche Einordnung des Begriffs der drohenden Gefahr ist daher nicht einwandfrei möglich.

Im Ergebnis nimmt der bayerische Gesetzgeber mit der Einführung der neuen Kategorie der drohenden Gefahr und deren Ausgestaltung unter Umständen eine Vorreiterrolle ein. Im Folgenden gilt es herauszuarbeiten, ob dies zukunftsweisend ist. Dafür wird die zugrunde liegende Norm kritisch betrachtet und analysiert.

4. Kritische Betrachtung

Im folgenden Kapitel werden die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr sowie die damit einhergehende Befugnisnorm im BayPAG aus rechtsstaatlicher Sicht kritisch betrachtet. In der Rechtsprechung hat bisher keine Überprüfung der Norm aus verfassungsrechtlicher Sicht stattgefunden, sodass im Folgenden das Meinungsbild in der einschlägigen Literatur dargestellt wird. Im Ergebnis soll herausgearbeitet werden, inwieweit die Einführung der Kategorie der drohenden Gefahr notwendig erscheint und wie diese aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beurteilen ist.

4.1 Urteil des BVerfG vs. Umsetzung BayPAG

Der bayerische Gesetzgeber richtet sich nach eigener Aussage bei der „Einführung der sog. drohenden Gefahr als zusätzliche Gefahrenbegriffskategorie nach den Maßgaben des o. a. Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)“.¹³⁹ Er legt dabei die Grundsätze des Urteils und deren Aussagen zugrunde, um darauf die Novellierung des BayPAG zu stützen.

Demzufolge ist die Umsetzung der Novellierung auch am Maßstab des vom BVerfG getroffenen Urteils zum BKAG zu messen.¹⁴⁰

Des Weiteren ist nach der Intention des bayerischen Gesetzgebers und aufgrund der genauen Übernahme des Wortlauts der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr im BayPAG auch diese somit im Sinne des BKA-Urteils zu interpretieren und einzuordnen.¹⁴¹

Eigentlich wäre nun anzunehmen, „dass der Gesetzgeber, wenn er auf ausdrückliche Formulierungen des BVerfG zurückgreift, sich prinzipiell auf der verfassungsrechtlichen sicheren Seite wähnen“ kann.¹⁴²

¹³⁹ Bayerischer Landtag, 2017, S. 2.

¹⁴⁰ Im Zuge der Debatte um die Einführung der drohenden Gefahr im Polizeirecht Nordrhein-Westfalens wird die Bezugnahme der Landesgesetzgeber auf das Urteil des BVerfG kritisiert: „Auch hat das BVerfG im Rahmen der Gewaltenteilung in Deutschland weder die Kompetenz noch die Absicht, dem Polizeirechtsgeber im Rahmen eines Urteils Vorgaben oder Vorschläge für gesetzliche Formulierungen vorzulegen, was hier aber mit dem Rückgriff auf den Wortlaut der Entscheidungsgründe suggeriert wird.“ (Arzt, 2018, S. 3)

¹⁴¹ Vgl. Möstl, 2018, S. 158.

¹⁴² Ebd., S. 159.

Um dies zu verifizieren, werden das Urteil des BVerfG zum BKAG und die darauffolgende Umsetzung im BayPAG gegenübergestellt.

Beginnend mit einer möglichen Vorverlagerung des Gefahrenvorfelds beschreibt das BVerfG in seinem Urteil die Möglichkeit des Gesetzgebers, die Grenzen für die konkrete Gefahr weiter zu ziehen und somit auch die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs zu reduzieren.¹⁴³ Damit wäre die Möglichkeit einer Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen vor das Vorliegen einer konkreten Gefahr möglich.

In der Literatur wird nach herrschender Meinung (h. M.)¹⁴⁴ der Auffassung gefolgt, dass eine Vorverlagerung möglich ist und durch die drohende Gefahr die Voraussetzungen für die Vorverlagerung der Eingriffsbefugnis gegeben sind.¹⁴⁵

Der h. M. in Bezug auf die Interpretation des Urteils des BVerfG zum BKAG folgt auch der bayerische Gesetzgeber, sodass im Ergebnis eine Vorverlagerung durch diesen gewollt und gewünscht zu sein scheint. Dieser Auffassung wird sich im Folgenden angeschlossen.

Im Weiteren wird der thematische Hintergrund des Urteils mit der Fassung des BayPAG verglichen.

Aufgabe des BVerfG war es, das BKAG und die damit einhergehenden Eingriffsbefugnisse des BKA zu überprüfen. Dabei hat das BVerfG vor allem Situationen in den Blick genommen, die den Schluss zulassen, „dass auf Grund bestimmter Tatsachen [...] durchaus mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass es in überschaubarer Zeit zu einem Schaden für ein bedeutendes polizeiliches Schutzgut kommen könnte, dass andererseits aber noch weitgehend unklar ist und nicht näher bestimmt werden kann, wann, wo und auf welche Weise sich dieser Schaden realisieren wird“¹⁴⁶.

¹⁴³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (272).

¹⁴⁴ Vgl. dazu nur Augsberg, 2018, S. 47; Löffelmann, 2018a, S. 8; Müller, 2018, S. 113; Möstl, 2018, S. 158, und so auch der Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 04.04.2017, Landtag Drucksache 17/16299, Bayerischer Landtag, 2017, S. 9.

¹⁴⁵ Siehe Abschnitt 3.2.3; die Problematik der rechtlichen Einordnung besteht nicht in Bezug auf die Frage, ob eine Vorverlagerung der Eingriffsbefugnisse vor die konkrete Gefahr vorliegt, sondern wie weit diese Vorverlagerung stattfindet.

¹⁴⁶ Möstl, 2018, S. 157 f.

Das BVerfG bezieht sich damit vor allem auf die Aufgabe des Bundeskriminalamts, der Bekämpfung und Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus.¹⁴⁷ In diesem Zusammenhang hatte das BVerfG über tiefgreifende Eingriffsbefugnisse und damit auch grundrechtbeschneidende Eingriffe zu befinden.

Zur Terrorismusbekämpfung hat das BVerfG Eingriffsbefugnisse des BKA als verfassungskonform bestätigt, wobei das Prinzip der Verhältnismäßigkeit unter dem Maßstab der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus beachtet werden muss. Vor diesem Hintergrund wird der Begriff der drohenden Gefahr vom BVerfG benannt.

Das BayPAG übernimmt, wie unter Abschnitt 3.2.2 dargestellt, den Begriff der drohenden Gefahr. Bei der Novellierung des BayPAG verlässt der bayerische Gesetzgeber den Hintergrund des Terrorismus und fügt die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr in das gesamte polizeiliche Aufgabenspektrum ein. Im Ergebnis unterscheidet sich damit die Zielsetzung der drohenden Gefahr im Urteil des BVerfG in Bezug auf die Aufgaben des BKA und der drohenden Gefahr im polizeilichen Alltag im Sinne des BayPAG.¹⁴⁸

Des Weiteren hat die Polizei bei einer drohenden Gefahr einen größeren Ermessensspielraum, da der geforderte Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostizierbar ist. „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‘.“¹⁴⁹ Hiermit kann ein Rückschluss gezogen werden auf das Urteil des BVerfG unter Berücksichtigung der Auffassung, dass das Urteil mit Blick auf die Terrorismusbekämpfung entstanden ist. Denn bei der Abwehr terroristischer Gefahren ist der Polizei und auch aus Ex-ante-Sicht den Gerichten im Regelfall ersichtlich und auch einfacher zu belegen, ob ein Kausalverlauf zu schwerwiegenden Schutzgüterverletzungen führen kann. Demgegenüber ist dies „auf dem weiten Feld der allgemeinen polizeilichen Gefahrenabwehr [...]

¹⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (268).

¹⁴⁸ Vgl. Degenhart, 2018, S. 22 f.

¹⁴⁹ Ebd., S. 34.

nicht mehr der Fall“¹⁵⁰, denn hier „wird das polizeiliche Handlungsermessen rechtsstaatswidrig entgrenzt“¹⁵¹.

Die Terrorismusbekämpfung gibt einen speziellen Rahmen vor, in dem Befugnisse einer engen Begrenzung durch die Art der möglichen Maßnahmen unterliegen.¹⁵² Eine Gleichstellung der allgemeinen polizeilichen Gefahrenabwehr mit der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus erscheint nicht möglich.¹⁵³ Somit bleibt im Ergebnis, wenn man dieser Auffassung folgt, festzuhalten: „BKAG und PAG sind nicht vergleichbar“.¹⁵⁴

Nach anderer Auffassung ist eine Übertragung des BVerfG-Urteils auf das BayPAG möglich und auch eine Ausweitung ohne Beschränkung auf die Terrorismusabwehr erscheint demnach angebracht. Begründet wird diese Auffassung mit dem größeren Aufgabenbereich der Länderpolizeien gegenüber dem Aufgabenbereich des BKA.¹⁵⁵ Hierbei wird allerdings außer Acht gelassen, dass die Aufgaben des BKA nicht auf die Terrorismusabwehr beschränkt sind. Trotzdem erscheint es aufgrund des größeren Aufgabenspektrums zumindest diskutabel, das Urteil des BVerfG, das die Erweiterung der Befugnisnormen des BKA vor dem Hintergrund der Terrorabwehr zu würdigen hatte, auf das gesamte Spektrum der Aufgabenwahrnehmung der Länderpolizeien zu beziehen.

Als weiteres Argument für die Ausweitung der Eingriffsbefugnisse wird der Aufbau des Urteils des BVerfG angeführt. Demnach behandelt das BVerfG zwar das BKAG, beschränkt sich aber im Urteil selber nicht auf dieses. Stattdessen formuliert das BVerfG zu Beginn die allgemeinen Bedingungen und Anforderungen für eine hinreichende konkretisierte Gefahr. Erst im Anschluss daran bezieht das BVerfG seine Ausführungen auf die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus.¹⁵⁶ Somit ist davon auszugehen, dass „das Gericht die Gefahrenkategorie der drohenden Gefahr mithin nicht allein für Maßnahmen entwickelt hat, die der Bekämpfung terroristischer Be-

¹⁵⁰ Degenhart, 2018, S. 34.

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² Ähnlich Löffelmann, 2018a, S. 11; Degenhart, 2018, S. 22; sowie Prantl, 2018, S. 1.

¹⁵³ Vgl. Degenhart, 2018, S. 22

¹⁵⁴ Ebd., S. 22.

¹⁵⁵ Vgl. Müller, 2018, S. 114.

¹⁵⁶ Vgl. Thiel, 2018, S. 6.

drohungslagen dienen“¹⁵⁷ und im Ergebnis eine Verengung auf das Feld der Terrorbekämpfung nicht im Sinne des BVerfG ist. Diesem interpretatorischen Ansatz ist der juristische Gutachtenstil entgegenzuhalten. So werden zuerst die notwendigen Definitionen, hier der allgemeine Teil dargestellt, bevor dann die Subsumtion und Conclusio stattfindet. Wenn das BVerfG dieser Technik gefolgt ist, erklären sich auch Aufbau und Struktur des Urteils. Demnach beziehen sich die Definitionen und der allgemeine Teil auf den Terrorismus.

Einer Beschränkung auf das Themenfeld des Terrorismus wird besonders entgegengehalten, dass eine Beschränkung auf die Abwehr von Gefahren des Terrorismus eine Fokussierung auf eine bestimmte Person oder eine Gruppe zulässt und dabei aber außer Acht gelassen wird, welches Rechtsgut im konkreten Fall betroffen ist: „Wenn höchste Rechtsgüter wie Leben und Freiheit bedroht sind, macht es keinen Unterschied, ob die Gefahr von einem Terroristen, Amoktäter oder einem anderen Verbrecher ausgeht [...]“¹⁵⁸ Entscheidend ist also das betroffene Rechtsgut und nicht, ob dieses von einem Attentäter oder einem anderen Verbrecher bedroht wird.

In diesem Argument zum thematischen Hintergrund des Urteils ist jedoch ein deutlicher Unterschied zwischen dem Urteil des BVerfG und der Ausgestaltung des BayPAG zu erkennen.

Während im Urteil des BVerfG von überragend wichtigen Rechtsgütern¹⁵⁹ die Rede ist, werden im BayPAG bedeutende Rechtsgüter aufgeführt. Die Bedeutung und Definition der beiden Rechtsbegriffe unterscheiden sich.¹⁶⁰ Der bayerische Gesetzgeber begründet in Artikel 11 BayPAG Fallkategorien, die sein Verständnis des Rechtsbegriffs der bedeutenden Rechtsgüter darlegen sollen.¹⁶¹

Die vom Gesetzgeber definierten Fallkategorien gehen über die Abwehr terroristischer Straftaten hinaus und orientieren sich an der Auffassung, das gesamte polizeiliche Aufgabenspektrum mit der neu gefassten Norm abzudecken. Somit werden auch eher mögliche Schadenseintritte benannt, die

¹⁵⁷ Thiel, 2018, S. 6.

¹⁵⁸ Müller, 2018, S. 114.

¹⁵⁹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE, 141, 220, (271).

¹⁶⁰ Vgl. Degenhart, 2018, S. 24; sowie Neue Richtervereinigung, 2018, S. 2.

¹⁶¹ Zur Problematik der inhaltlichen Bestimmtheit auch in Bezug auf die damit einhergehenden unbestimmten Rechtsbegriffe siehe Abschnitt 4.2.

über das Bedrohungsszenario terroristischer Anschläge hinausgehen.¹⁶² Durch die Erweiterung der Fallkategorien auf alltägliche polizeiliche Aufgaben geht der bayerische Gesetzgeber auch in Bezug auf die damit einhergehenden möglichen Maßnahmen über die Regelungen des BVerfG hinaus. Anzumerken bleibt, dass das BVerfG Beispiele für nach seiner Auffassung in Betracht kommende Verhaltensweisen nennt, die letztlich einen Maßstab ergeben, nach dem polizeiliches Tätigwerden möglich ist. Solche Orientierungshilfen schafft das BayPAG trotz Einführung der Fallkategorien nicht.¹⁶³

Der bayerische Gesetzgeber fügt eine Generalklausel ein, wonach die Polizei über die einzelnen Standardbefugnisse hinaus Maßnahmen treffen kann.¹⁶⁴ Damit geht der bayerische Gesetzgeber weit über die Befugnisse des BKA hinaus, über die im Urteil zum BKAG entschieden wurde: „Während das BKA lediglich über wenige ausgewählte Befugnisse im Bereich des Gefahrenvorfelds verfügt, steht der bayerischen Polizei im Gefahrenvorfeld beinahe das vollständige polizeiliche Handlungsspektrum offen.“¹⁶⁵ Des Weiteren machen die Ausführungen des BVerfG zum BKAG deutlich, dass Befugnisse der Polizei im Bereich der Vorfeldbefugnisse Ausnahmecharakter haben und auch nur dann in Betracht gezogen werden können, wenn Befugnisse der tradierten polizeirechtlichen Normen nicht mehr angewendet werden können, da diese nicht mehr als ausreichend betrachtet werden können.¹⁶⁶

Im Urteil des BVerfG zum BKAG heißt es:

„In Bezug auf terroristische Straftaten [...] können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, [...]“¹⁶⁷.

Demnach werden vor allem die Überwachungsmaßnahmen, als eine Form der informationellen Maßnahmen behandelt.

Schließt man sich der h. M. an, dass eine Vorverlagerung durch die Eingriffsbefugnis der drohenden Gefahr gegeben ist, ist dies auch aus rechts-

¹⁶² Vgl. Augsberg, 2018, S. 51.

¹⁶³ Vgl. Amnesty International, 2018, S. 3; zur Begründung siehe Abschnitt 4.2 Bestimmtheitsgebot.

¹⁶⁴ Vgl. Möstl, 2018, S. 157.

¹⁶⁵ Löffelmann, 2018a, S. 8.

¹⁶⁶ Vgl. ebd.

¹⁶⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE, 141, 220, (271).

staatlicher Sicht verständlich. Denn im Gefahrenvorfeld, vor dem Vorhandensein einer konkreten Gefahr sind nach der notwendigerweise zugrunde liegenden rechtsstaatlichen Dogmatik nur Gefahraufklärungsmaßnahmen in Betracht zu ziehen.¹⁶⁸ Als Gefahrerforschungsmaßnahmen lässt das BVerfG somit nur informationelle Maßnahmen, hier in Form von Überwachungsmaßnahmen zu.¹⁶⁹

Die Problematik der heimlichen Überwachungsmaßnahmen wird im BVerfG-Urteil hauptsächlich behandelt, aber die Argumentation dazu ist im Urteil allgemein gehalten, sodass eine Beschränkung nur auf Überwachungsmaßnahmen nicht gegeben ist. Dieser Argumentation werden der Aufbau und die Struktur des Urteils zugrunde gelegt. So wird von einer Zwei-Ebenen-Argumentation ausgegangen: Zuerst werden vom BVerfG allgemeine Anforderungen genannt, bevor im Anschluss ein Rückschluss zur eigentlichen Thematik des verfassungsgerichtlichen Verfahrens bewerkstelligt wird. Somit werden im Ergebnis, da diese die Thematik des Verfahrens sind, die Überwachungsmaßnahmen einer Prüfung unterzogen. Die Schlussfolgerung, das BVerfG erlaube nur informationelle Maßnahmen und insbesondere nur Überwachungsmaßnahmen, ist nach dieser Auffassung nicht zu folgen, denn andere Maßnahmen als Überwachungsmaßnahmen wurden vom BVerfG einfach nicht überprüft.¹⁷⁰

Dem Argument, dass das BVerfG nur Überwachungsmaßnahmen als Form der informationellen Maßnahmen überprüft und somit grundsätzlich keine Aussage zur Verfassungskonformität von aktionellen Maßnahmen getroffen hat, folgt auch der bayerische Gesetzgeber.¹⁷¹ Dennoch ermöglicht der Landesgesetzgeber das Treffen von aktionellen Maßnahmen. Wenn man der Intention des bayerischen Gesetzgebers folgt, ermöglicht er somit das Treffen von Maßnahmen im Vorfeld einer Gefahr. Dies erscheint angesichts der tradierten polizeirechtlichen Dogmatik nicht unproblematisch. Maßnahmen, die dazu dienen, eine Entstehung einer Gefahr zu verhindern, und somit ak-

¹⁶⁸ Siehe dazu ausführlich Abschnitt 3.2.3 Rechtliche Einordnung.

¹⁶⁹ Vgl. Neue Richtervereinigung, 2018, S. 2.

¹⁷⁰ Vgl. Thiel, 2018, S. 6 f.

¹⁷¹ Vgl. Bayerischer Landtag, 2018, S. 10 f.

tionelle Maßnahmen darstellen, waren bisher an das Vorliegen einer konkreten Gefahr als Eingriffsvoraussetzung gebunden.¹⁷²

Im Gegensatz dazu wird nun bei einer Reduzierung der Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs eine drohende Gefahr für aktionelle Maßnahmen zugrunde gelegt.

In der Literatur wird übereinstimmend festgestellt, dass der bayerische Gesetzgeber „hier zumindest Neuland“¹⁷³ betritt. Während auf der einen Seite dies als ein mutiger und interessanter Schritt im Bereich der juristischen Entwicklung bezeichnet wird,¹⁷⁴ werden der dieser Lösung auch verfassungsrechtliche und rechtsstaatliche Bedenken entgegengebracht.¹⁷⁵

Auf der einen Seite wird die bereits angesprochene Mindermeinung, dass eine Vorverlagerung im Bereich der Vorfeldbefugnisse vom BVerfG nicht gewollt ist, auch zur Begründung von aktionellen Maßnahmen herangezogen. So sind aktionelle Maßnahmen im Sinne dieser Auffassung möglich, da das BVerfG keine Vorverlagerung in Bereich des Gefahrenverdachts vorsieht und Maßnahmen so nicht auf den Gefahraufklärungsbereich beschränkt bleiben müssen.¹⁷⁶

Folgende Auffassung wird vertreten: Es sind „auch diese aktionellen Maßnahmen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da sie von Verfassungswegen zu rechtfertigen sind“¹⁷⁷. Eine konkrete Ausführung, inwieweit die aktionellen Maßnahmen von der Verfassung gerechtfertigt sind, bleibt der Verfasser jedoch schuldig.

Es wird durchaus die Möglichkeit in Betracht gezogen, von der Gefahrenschwelle der konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts auch bei aktionellen Maßnahmen abzuweichen, wenn dies als Voraussetzung im Einzelfall gerechtfertigt ist. So kann es möglich sein, dass eine Gefahraufklärung nicht weit genug reicht, vor allem in einer Situation, „da das Risiko, dass sich vielleicht plötzlich realisiert, noch bevor sie aufgeklärt ist [...] als zu hoch er-

¹⁷² Vgl. Schwarz, 2018b, S. 6.

¹⁷³ Möstl, 2018, S. 156; sowie vgl. Schwarz, 2018b, S. 6; Augsberg, 2018, S. 52.

¹⁷⁴ Vgl. Möstl, 2018, S. 163.

¹⁷⁵ Vgl. Augsberg, 2018, S. 56; Degenhart, 2018, S. 34.

¹⁷⁶ Vgl. Thiel, 2018, S. 6.

¹⁷⁷ Schwarz, 2018b, S. 6.

scheint.“¹⁷⁸ Dabei ist jedoch anzumerken, dass bei einem Risiko, das sich realisiert, direkt eine konkrete Gefahr mit hoher Prognosewahrscheinlichkeit bestimmen lässt. Fraglich bleibt insofern, ob aktionelle Maßnahmen im Bereich der Eingriffsbefugnis der drohenden Gefahr erforderlich sind, wenn doch der oben angeführten Argumentation zufolge eine konkrete Gefahr mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt.

Aktionelle Maßnahmen können auch von Vorteil sein, wenn „reine Gefahraufklärung [...] auch zu aufwendig sein“¹⁷⁹ kann. Fraglich bleibt, ob aktionelle Maßnahmen nicht eingriffsintensiver sind als informationelle Maßnahmen. Im Weiteren bleibt es auch fraglich, wie eine aufwendige Maßnahme nach der zugrunde liegenden Intention definiert wird (Kosten, Dauer, Intensität, Anzahl der Mitarbeiter/Personal?). In diesem Zusammenhang wird auf den Aspekt und die Problematik der Verhältnismäßigkeit verwiesen.¹⁸⁰

Ein weiteres Argument wird für die Notwendigkeit der aktionellen Maßnahmen angeführt. Denn es sei ansonsten „befremdlich - und auch realitätsfern - im Gefahrenvorfeld nur die Gefahrenforschung zu gestatten, dann aber bis zur konkreten Gefahr warten zu müssen, um aktionelle Handlungsbefugnisse in Anspruch nehmen zu können“¹⁸¹.

Dem wiederum entgegengehalten wird die Argumentation, dass die Gefahrenforschung durch Gefahraufklärungsmaßnahmen dazu beiträgt, eine konkrete Gefahr zu bestimmen. Sollte die Gefahraufklärungsmaßnahme respektive die informationelle Maßnahme dazu beitragen, eine konkrete Gefahr festzustellen, wäre eine aktionelle Maßnahme im Vorfeld nicht von Nöten. Sollte sich des Weiteren während der Durchführung einer informationellen Maßnahme herausstellen, dass keine konkrete Gefahr belegbar ist, so wäre hier eine aktionelle Maßnahme nicht von Nöten, da bei beiden Varianten eine hinreichende Wahrscheinlichkeit zu bejahen und somit aktionelle Maßnahmen im Sinne der tradierten polizeirechtlichen Dogmatik ausreichend sind.¹⁸²

¹⁷⁸ Möstl, 2018, S. 162.

¹⁷⁹ Ebd.

¹⁸⁰ Siehe Abschnitt 4.3.

¹⁸¹ Schwarz, 2018b, S. 6.

¹⁸² Vgl. Degenhart, 2018, S. 34.

Ein Konzept der aufeinander aufbauenden Maßnahmen wird ebenfalls in die Diskussion eingebracht. So bestehen hierbei keinerlei Zweifel an der Notwendigkeit der aktionellen Maßnahmen, aber es wird von einer vom bayerischen Gesetzgeber gewollten Abstufung der Maßnahmen ausgegangen. Damit hätte die Polizei die Möglichkeit, mehr Maßnahmen in verschiedenen Abstufungen zu treffen. Demnach sollen informationelle Maßnahmen als mildestes Mittel angesehen und daher vor den eingriffsintensiveren aktionellen Maßnahmen getroffen werden.¹⁸³ Vom Gesetzestext des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG ist eine solche Abstufung nicht abzuleiten. Vielmehr werden hier die informationellen Maßnahmen mit den aktionellen Maßnahmen als Alternativen mit einem verbindenden „und“ aufgeführt. Dies berücksichtigend wird eine Klarstellung favorisiert, wonach „die notwendigen Maßnahmen [...] [getroffen werden können, d. Verf.], um den Sachverhalt aufzuklären und, soweit erforderlich, die Entstehung einer Gefahr“¹⁸⁴ zu verhindern.

Offen bleibt bei dieser Alternative jedoch die Bestimmtheit des Einschubes „soweit erforderlich“.¹⁸⁵

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Ausweitung der polizeilichen Befugnisse in das Gefahrenvorfeld sowie die Ausweitung des Maßnahmenkatalogs auf aktionelle Maßnahmen als zumindest „verfassungsrechtlich bedenklich“¹⁸⁶ eingestuft wird. „Durch die Verlagerung fast aller Befugnisse in das Gefahrenvorfeld wird diese Problematik nochmals ganz erheblich verschärft.“¹⁸⁷ Keine der dargestellten Interpretationen und Auslegungen vermag eine diskussionswürdige Begründung der Notwendigkeit von aktionellen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld zu liefern.

Abschließend und aufbauend auf der Problematik der zu treffenden Maßnahmen schließt sich die Maßnahmenrichtung an. Das BVerfG gibt in seinem Urteil zu beachten, „dass es sich nicht um Normen handelt, die in ihrer Eingriffswirkung mit großer Streubreite gleichsam die gesamte Bevölkerung be-

¹⁸³ Vgl. Müller, 2018, S. 116.

¹⁸⁴ Möstl, 2018, S. 163.

¹⁸⁵ Hier kann auf die allgemeine Problematik der inhaltlichen Bestimmtheit (Abschnitt 4.2.1) verwiesen werden.

¹⁸⁶ Löffelmann, 2018a, S. 11.

¹⁸⁷ Ebd.

treffen“¹⁸⁸. Es handelt sich dem BVerfG zufolge nur um Einzelfälle und eine Einzelfallentscheidung aufgrund einer vorgenommenen Prognose, ob Maßnahmen gegen jemanden getroffen werden.

Das BayPAG nimmt diese Einschränkung in den Artikel 1 Absatz 3 BayPAG nicht mit auf. Es wird im Folgenden zu zeigen sein, dass auch hier ein anderer Maßstab zugrunde gelegt wird und verfassungs- und rechtsstaatliche Konformität nicht gegeben ist.¹⁸⁹

4.2 Bestimmtheitsgebot

4.2.1 Allgemeine rechtliche Grundlagen des Bestimmtheitsgebots

An die Darstellung der problematischen rechtlichen Einordnung des Gefahrenbegriffs der drohenden Gefahr und der Unterschiede zwischen der Novellierung des BayPAG und dem zugrunde liegenden Urteil des BVerfG schließt sich die kritische Betrachtung des Gebots der Bestimmtheit an.

Gesetzliche Normen müssen ein Maß an inhaltlicher Bestimmtheit aufweisen. Diese Feststellung geht direkt auf das Rechtsstaatsprinzip zurück. Denn nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Bay. VGH) beinhaltet das Rechtsstaatsprinzip¹⁹⁰ insbesondere die inhaltliche Bestimmtheit.¹⁹¹ Drei wesentliche Gründe lassen sich als Grundlage dafür nennen:

Der erste Grund ist in Bezug auf die Bürger und Bürgerinnen zu sehen, die grundsätzlich von einer gesetzlichen Norm Betroffenen und in Anspruch genommenen Personen. Die Bürgerinnen und Bürger sollen die Möglichkeit haben, sich der Norm entsprechend zu verhalten. Dafür ist die inhaltliche Bestimmtheit einer Norm eine wesentliche Voraussetzung. Denn nur so ist es ihnen möglich, von der Norm abzuleiten, was der Gesetzgeber als normkonformes Verhalten von ihnen verlangt, und sich dementsprechend zu verhalten. „Der Grundsatz der Rechtssicherheit als wesentliches Element des Rechtsstaatsgebots umfasst das Gebot der Klarheit und Bestimmtheit der

¹⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE, 141, 220, (269).

¹⁸⁹ Siehe dazu Abschnitt 4.4 Adressatenbezug.

¹⁹⁰ Vgl. Artikel 3 Absatz 1 Verfassung des Freistaates Bayern.

¹⁹¹ Vgl. VerfGH, Urteil vom 11.11.1997, 22-VII-94 = VerfGHE 50, 226 (248 f.).

Norm.“¹⁹² Dabei muss die Normenklarheit jedoch nicht für jeden Bürger ersichtlich sein, stattdessen ist es nach dem Bay. VGH ausreichend, wenn bei einer juristischen Betrachtungsweise – auch aus der Ex-ante-Sicht – die Normenklarheit gegeben ist. Erst wenn bei einer juristischen Begutachtung die Norm nicht zu konkretisieren ist, wird die inhaltliche Bestimmtheit als nicht gegeben angesehen.¹⁹³

Als weiterer Grund bedarf die Judikative einer inhaltlichen Bestimmtheit der Normen, damit diese bei ihrer Aufgabenwahrnehmung, der rechtlichen Würdigung, einen hinreichenden Prüfungsmaßstab zur Verfügung haben. Ohne den Maßstab ist es für die Judikative nicht möglich, dem Gesetzgeber in seiner Intention zu folgen. Die Auslegung der Norm liegt dann im Interpretationsspielraum der Judikative.

Auch die Exekutive ist auf eine Bestimmtheit der Normen angewiesen, damit auch diese die ihr zugewiesenen Aufgaben im rechtlichen Rahmen wahrnehmen kann und nicht in die Lage gebracht wird, selbst gesetzliche Normen zu konkretisieren, zu analysieren und gegebenenfalls – bei einer nachträglichen rechtlichen Würdigung durch die Judikative – eine rechtswidrige Auslegung der Norm bescheinigt zu bekommen.¹⁹⁴

Die inhaltliche Bestimmtheit ist jedoch kein absolutes Konstrukt, denn gewisse Handlungs- und Entscheidungsspielräume sollen der Exekutive vor Ort noch zu Verfügung stehen.¹⁹⁵

„Bei der Prüfung, ob eine gesetzliche Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit genügt, ist auch zu berücksichtigen, mit welcher Intensität das Gesetz auf die Grundrechtsstellung des Betroffenen einwirkt“¹⁹⁶ Im Ergebnis bedeutet dies, je größer die Grundrechtseingriffe sind, desto klarer muss die inhaltliche Bestimmtheit der Norm gewährleistet sein.¹⁹⁷

Die inhaltliche Bestimmtheit wird durch den Gesetzgeber vorgegeben, der die wesentlichen Grundzüge der Norm zu skizzieren hat. Dabei kann dieser

¹⁹² Degenhart, 2018, S. 27.

¹⁹³ Vgl. VerfGH, Urteil vom 21.12.1989, 9-VII-88 = VerfGHE 42, 188 (196).

¹⁹⁴ Vgl. Augsberg, 2018, S. 22.

¹⁹⁵ Vgl. ebd., S. 23.

¹⁹⁶ VerfGH, Urteil vom 07.02.2006, 69-VI-04 = VerfGHE 59, 29 (41).

¹⁹⁷ Vgl. Degenhart, 2018, S. 27.

jedoch nicht jede mögliche Situation, in der das Handeln der Exekutive ermöglicht werden soll, durchdenken und paraphrasieren. Daher sind auch Normen wie die polizeiliche Generalklausel zulässig, die weiter gefasst ist, damit viele Situationen berücksichtigt werden können und keine Schutzlücken entstehen. Auf eine solche Generalklausel wird dann zurückgegriffen, wenn eine Präzisierung nicht möglich erscheint.¹⁹⁸

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, auch unbestimmte Rechtsbegriffe in eine Norm aufzunehmen. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind Formulierungen im Gesetzestext, die bei der Anwendung der Norm der Konkretisierung durch den Anwender bedürfen. „[...] der Gesetzgeber [braucht, d. Verf.] seine Regelungen nur so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen deshalb keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt“.¹⁹⁹

4.2.2 Bezug des Bestimmtheitsgebots zu Artikel 11 Absatz 3 BayPAG

Auch bei der Analyse des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot ist auf die Intention des bayerischen Gesetzgebers in Bezug auf die Nähe zum Urteil des BVerfG hinzuweisen. Die inhaltliche Bestimmtheit stellt eine rechtsstaatliche Hürde dar, und vor allem im Gefahrenvorfeld ist das Formulieren einer klaren Norm mit Schwierigkeiten verbunden. So war auch das BVerfG „gegenüber der in Vorfeldtatbeständen stets auftretenden Unbestimmtheit anfänglich skeptisch“²⁰⁰ eingestellt. Erst aufgrund der Veränderung der Bedrohungslage durch den internationalen Terrorismus lockerte das BVerfG seine Sichtweise und erkannte, dass hier eine gewisse inhaltliche Unbestimmtheit der Norm im Vorfeld zur Bekämpfung des Terrorismus notwendig zu sein scheint.²⁰¹ Fraglich bleibt hier, da der bayerische Gesetzgeber über den Hintergrund des Terrorismus in seiner Intention des

¹⁹⁸ Vgl. Augsberg, 2018, S. 24.

¹⁹⁹ VerfGH, Urteil vom 07.02.2006, 69-VI-04 = VerfGHE, 59, 29 (40); weiter VerfGH, Urteil vom 11.11.1997, a. a. O. = VerfGHE 50, 226 (248 f.).

²⁰⁰ Waechter, 2018, S. 459.

²⁰¹ Vgl. ebd.

Artikels 11 Absatz 3 BayPAG hinausgeht, ob die Anforderungen der Normenklarheit, vor allem im Gefahrenvorfeld überhaupt umsetzbar sind.

Während die Erweiterung des Hintergrunds bei der Abwehr von Gefahren des Terrorismus durchaus kritisch gesehen wird,²⁰² wird auf der anderen Seite das Urteil des BVerfG als eine „Summe seiner polizeirechtlichen Judikatur, die prinzipiell auch für den Landespolizeigesetzgeber relevant sein“²⁰³ kann, betrachtet, sodass eine Ausweitung auf die allgemeine Gefahrenabwehr über die Terrorismusbekämpfung hinaus nicht kritisiert wird. Damit einhergehend und dieser Ansicht folgend ist eine gewisse Unbestimmtheit der Norm im Gefahrenvorfeld, wodurch über den Hintergrund der Terrorbekämpfung hinausgegangen werden kann, ebenfalls nicht zu kritisieren.²⁰⁴ Es wird zu zeigen sein, wie weit die mögliche Unbestimmtheit der Norm reicht.

Zu Beginn der Analyse des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG soll der Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr auf die Anforderungen der inhaltlichen Bestimmtheit geprüft werden.

Der Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr wird als ein unbestimmter Rechtsbegriff angesehen.²⁰⁵ Es wird die Auffassung vertreten, dass der Begriff der drohenden Gefahr schwierig einzuordnen ist und der „Wortsinn, die Bedeutung des Begriffs in anderen Bestimmungen und [seine, d. Verf.] Entstehungsgeschichte unterschiedliche Deutungen“²⁰⁶ zulassen. Im Weiteren paraphrasiere der bayerische Gesetzgeber lediglich eine Formulierung des BVerfG, ohne den Begriff mit Inhalt zu füllen.²⁰⁷ Eine gegenteilige Auffassung vertritt die Ansicht, dass die Übernahme des Begriffs der drohenden Gefahr durch den Landesgesetzgeber einen „Gewinn an Systembildung“²⁰⁸ hervorbringt, da er die vom „BVerfG vorgegebene Eingriffsschwelle nicht allein

²⁰² Vgl. ausführlich Abschnitt 4.1 Urteil BVerfG vs. Umsetzung BayPAG und dabei den Aspekt der Terrorbekämpfung.

²⁰³ Möstl, 2018, S. 160.

²⁰⁴ Vgl. ebd.

²⁰⁵ Vgl. Degenhart, 2018, S. 20 ff; sowie Neue Richtervereinigung, 2018, S. 1; sowie Augsburg, 2018, S. 26.

²⁰⁶ Degenhart, 2018, S. 33.

²⁰⁷ Vgl. Löffelmann, 2018a, S. 5, Fn.21.

²⁰⁸ Möstl, 2018, S. 159.

wortwörtlich wiederholt, sondern auch noch zu einem neuen Begriff verdichtet hat“²⁰⁹.

In Bezug auf den unbestimmten Rechtsbegriff der drohenden Gefahr sei hier auch ausführlich auf die schon problematische rechtliche Einordnung des Gefahrenbegriffs der drohenden Gefahr verwiesen.²¹⁰ Unterschiedliche Auffassungen in Bezug auf die rechtliche Einordnung scheinen auch auf den Mangel der inhaltlichen Bestimmtheit zurückzuführen zu sein.

Des Weiteren wird die Wortschöpfung der drohenden Gefahr selbst kritisiert. Denn die Wortschöpfung der drohenden Gefahr wird vom bayerischen Gesetzgeber der Rechtsprechung des BVerfG im BKAG entnommen, „ohne zu berücksichtigen, dass ‚drohend‘ dort nicht in einem die Qualität des Subjekts näher kennzeichnenden attributiven Sinn (wie im Falle von ‚abstrakt‘, ‚konkret‘, ‚dringend‘, ‚gegenwärtig‘) Verwendung findet, sondern als Prädikat“²¹¹. Dabei wird vor allem kritisch angemerkt, dass eine Gefahr eine drohende Rechtsgutverletzung darstelle und daher der Begriff der drohenden Gefahr zu einer nicht vorzugswürdigen Dopplung führe (eine im Einzelfall drohende drohende Gefahr).²¹²

Befürchtet wird aufgrund der Unschärfe des Begriffs und des Fehlens einer fach- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Exekutive die alleinige Deutungshoheit habe und aufgrund der fehlenden Bestimmtheit des Begriffs die Eingriffsschwelle des polizeilichen Handelns gesenkt worden sei.²¹³

Demgegenüber steht folgende Auffassung: „Die Nähe der Formulierung der drohenden Gefahr im PAG zu den Ausführungen des BVerfG zum BKAG in der Gesetzesbegründung ermöglichen eine sachgerechte Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriff.“²¹⁴ Diese Darstellung wird auf keine weitere Argumentation gestützt, sodass sie die oben aufgeführten Argumente nicht zu entkräften vermag und die Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr zumindest kritisch zu sehen ist. So liegt nach der h. M. in der Literatur für den

²⁰⁹ Möstl, 2018, S. 159.

²¹⁰ Siehe unter 3.2.3.

²¹¹ Löffelmann, 2018b, S. 147 f.

²¹² Vgl. ebd., S. 148; sowie Möstl, 2018, S. 159.

²¹³ Vgl. Deutscher Anwaltverein, 2018, S. 12 f.

²¹⁴ Müller, 2018, S. 112.

Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr eine begriffliche Unschärfe vor. Aufgrund dieser begrifflichen Unschärfe wird der Begriff der drohenden Gefahr als nicht ausreichend inhaltlich bestimmt angesehen.²¹⁵

Es sei zwar eine gewisse begriffliche Unschärfe zu erkennen, wie nach anderer Auffassung entgegengehalten wird, gehe es jedoch zu weit, „wenn man hierhin ein Problem mangelnder Bestimmtheit erblicken wollte“²¹⁶. Als Argument wird angeführt, dass der Gesetzgeber sich auf der sicheren Seite wähen darf, wenn er auf das BVerfG zurückgreift. Aufgrund der oben dargelegten Kritik an der Auslegung des bayerischen Gesetzgebers im direkten Vergleich zum Urteil des BVerfG bleibt es indes fraglich, ob dieses Argument die inhaltliche Bestimmtheit des Begriffs der drohenden Gefahr komplett bestätigen und tragen kann.

Als weiterer unbestimmter Rechtsbegriff wurde vom bayerischen Gesetzgeber der Begriff der bedeutenden Rechtsgüter in Anlehnung an den im Urteil des BVerfG verwendeten Begriff der überragend wichtigen Rechtsgüter eingeführt.

Der Begriff der bedeutenden Rechtsgüter ist in der Rechtsprechung bisher nicht spezifiziert worden.²¹⁷ Der Begriff der bedeutenden Rechtsgüter als eigenständiger Rechtsbegriff wurde vom BVerfG bisher nur einmal verwendet, ohne dabei mit Inhalt gefüllt worden zu sein.²¹⁸

Kritisiert wird vor allem, dass es keine unbedeutenden Rechtsgüter gebe und somit auch keine Einschränkung des Begriffs vorhanden sei. Somit wären im Umkehrschluss alle Rechtsgüter bedeutend. Des Weiteren gibt es weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung Hinweise, inwieweit der Rechtsbegriff definiert und begrenzt wird. Der bayerische Gesetzgeber versucht in der Folge die bedeutenden Rechtsgüter mit Hilfe von Fallkategorien zu definieren und zu begrenzen.

²¹⁵ Vgl. Augsberg, 2018, S. 26; Löffelmann, 2018a, S. 5; Degenhart, 2018, S. 29; in dieselbe Richtung gehend Arzt, 2018, S. 4.

²¹⁶ Möstl, 2018, S. 159.

²¹⁷ Bisher nur im BVerfG, Urteil vom 22.05.1990, 2 BvG 1/88 = BVerfGE, 81, 310 (334), ohne weitere Spezifikationen; vgl. dazu Löffelmann, 2018a, S. 148; sowie Augsberg, 2018, S. 33.

²¹⁸ Vgl. Löffelmann, 2018a, S. 5, Fn. 21; vgl. BVerfG, Urteil vom 22.05.1990, a. a. O. = BVerfGE, 81, 310 (334).

Die Fallkategorien vermögen jedoch nicht die Unbestimmtheit des Begriffs aufzuheben, da diese selbst als unbestimmt angesehen werden.²¹⁹

Nach anderer Auffassung liege es „in der Natur der Rechtsauslegung, dass die Kategorien ineinander übergehen und sich ihr Anwendungsbereich auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung ändern kann“²²⁰. Diese Auffassung berücksichtigt die vom Landesgesetzgeber neu vorgenommene Einführung eines Rechtsbegriffs, vernachlässigt aber die Möglichkeit, an der eigentlichen Intention, sich am Urteil des BVerfG zu orientieren, festzuhalten, und den Rechtsbegriff der überragend wichtigen Rechtsgüter zu übernehmen.²²¹

Der Rechtsbegriff der bedeutenden Rechtsgüter ist, dies muss als Ergebnis festgehalten werden, weder durch eine aktuelle Rechtsprechung noch durch, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, eingeführte Fallkategorien hinreichend inhaltlich bestimmt.

Die einzelnen Fallkategorien werden in der Literatur unterschiedlich bewertet. Während einer Ansicht zufolge nur die Kategorie der erheblichen Eigentumspositionen als diskussionswürdig angesehen wird,²²² werden nach anderer Ansicht nahezu alle Kategorien als nicht ausreichend bestimmt bezeichnet. In einer Mindermeinung werden alle Fallkategorien als ausreichend definiert angesehen, mit der Begründung, dass es in der „Natur einer abstrakten Norm“²²³ liege, weitere Konkretisierungen nicht vornehmen zu können, und daher die vom bayerischen Gesetzgeber eingeführten Kategorien als ausreichend anzusehen seien. Hier wird verkannt, dass die Abstraktheit einer Norm ein besonderes Argument für deren inhaltliche Bestimmtheit darstellt und nicht etwa gegen die Normklarheit spricht.²²⁴ Im Folgenden wird daher zu zeigen sein, welche Argumente für oder gegen die Bestimmtheit einer Kategorie sprechen.

Kritisch betrachtet werden die Kategorie Leben, Gesundheit und/oder Freiheit. Als bedeutendes Schutzgut sind das Leben, die Gesundheit und die

²¹⁹ Vgl. Löffelmann, 2018b, S. 148; Augsberg, 2018, S. 33; auch Amnesty International, 2018, S. 2 f.

²²⁰ Müller, 2018, S. 113.

²²¹ Vgl. Gazeas, 2018, S. 11.

²²² Vgl. Möstl, 2018, S. 160.

²²³ Müller, 2018, S. 112.

²²⁴ Vgl. Augsberg, 2018, S. 37.

Freiheit zu schützen. Fraglich bleibt hier die Intention des Landesgesetzgeber. Vor dem Hintergrund der Terrorismusabwehr ist eine Begrenzung und damit Bestimmtheit der Kategorie eher gegeben als vor dem Hintergrund der Alltagskriminalität. Denn so wäre auch bei einer einfachen Körperverletzung die Gesundheit einer Person unmittelbar betroffen, sodass schon bei solchen Delikten ein bedeutendes Rechtsgut beeinträchtigt wäre.²²⁵

Die Fallkategorien der sexuellen Selbstbestimmung sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes scheinen als Fallkategorien bestimmt zu sein.²²⁶

Dagegen werden die Fallkategorien der erheblichen Eigentumspositionen und die Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, wiederum kritisch gesehen.

Zur Fallkategorie der erheblichen Eigentumspositionen wird hinterfragt, an welchem Maßstab sich die Definition von „erheblich“ orientiert. Fraglich bleibt weiterhin, ob der Gesetzgeber einen objektiven festgeschriebenen Wert präferiert oder sich der Wert in Verbindung mit der Position/der Verhältnisse des Eigentümers ermittelt. So ist durchaus möglich, dass der Wert eines Gegenstandes sich je nach Besitzverhältnis unterscheidet.²²⁷

Der Kritik entgegnend wird angeführt, dass aufgrund der Beschränkung auf „erhebliche“ Eigentumspositionen [...] die Norm keinen uneingeschränkten, sondern allein einen qualifizierten Sachwertschutz²²⁸ verwirklicht. Fraglich bleibt bei dieser Auffassung aber dennoch die Argumentation in Bezug auf die Bestimmtheit des Wortes „erheblich“.

Weiterhin ist es fraglich, welche Art von Sachen der Gesetzgeber in der Fallkategorie berücksichtigt als Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse liegt. So wird nicht inhaltlich bestimmt, ob es sich ausschließlich um öffentliches Eigentum handeln soll oder auch um privates Eigentum handeln kann. In der Gesetzesbegründung werden „insbesondere Einrichtungen der öffentlichen Hand, namentlich solche der Daseinsvorsorge“²²⁹ genannt. Aufgrund

²²⁵ Vgl. Löffelmann, 2018b, S. 148, Fn. 36; ähnlich Wächtler, 2018, S. 5.

²²⁶ Keine gegenteilige Auffassung in der aktuellen Literatur.

²²⁷ Vgl. Augsberg, 2018, S. 33 ff.; ähnlich Waechter, 2018, S. 461.

²²⁸ Möstl, 2018, S. 161.

²²⁹ Bayerischer Landtag, 2017, S. 10.

der Verwendung des Wortes „insbesondere“ ist offen, ob auch privates Eigentum²³⁰ inbegriffen sein könnte.

Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse liegt, bilden eine Kategorie, die im Zusammenhang mit dem Phänomen des Terrorismus durch das BVerfG definiert wurde.²³¹ Demnach wird kritisiert, dass diese Kategorie ohne den eigentlichen Zweck der Terrorismusabwehr nicht inhaltlich bestimmt sei. Vor allem auch deswegen, weil der bayerische Gesetzgeber diese Kategorie eben nicht nur auf die Terrorabwehr beschränkt, sondern eher als Generalklausel zur polizeilichen allgemeinen Gefahrenabwehr implementiert hat.²³² Somit bleibt fraglich, welche Sachen der bayerische Gesetzgeber hier vor Augen hatte. Der Kritik folgend ist bei einer nicht vorgenommenen Begrenzung die Liste der in Betracht kommenden Sachen endlos.²³³

Darüber hinaus dürfen die Kategorie der erheblichen Eigentumspositionen und die Kategorie der Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, nicht getrennt voneinander betrachtet werden.²³⁴ Somit entspricht auch die Konzeption der Auflistung der Fallkategorien in Artikel 11 Absatz 3 BayPAG nicht der Rechtsprechung.

Um diese Argumentation zu stützen, wird eine Entscheidung des BVerfG zum Antiterrordateigesetz angeführt:

„Soweit die Vorschrift darüber hinaus auch den Schutz von Sachen mit erheblichem Wert vorsieht, stellt der Gesetzgeber klar, dass es nicht um den Schutz des Eigentums oder der Sachwerte als solche geht, sondern um Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist [...].“²³⁵

In Anlehnung an die oben dargestellte Kritik erscheinen die vom bayerischen Gesetzgeber eingeführten Fallkategorien nicht den Anforderungen der inhaltlichen Bestimmtheit zu genügen. Auch die Aussage, dass der „bayerische

²³⁰ Vgl. Wächtler, 2018, S. 4, der Ansicht zufolge ist privates Eigentum inbegriffen.

²³¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 24.04.2013, 1 BvR 1215/07 = BVerfGE 133, 277 (365): „Gemeint sind im Zusammenhang mit der Terrorismusabwehr etwa wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen.“

²³² Vgl. Augsburg, 2018, S. 35.

²³³ Vgl. Wächtler, 2018, S. 4: „Telefonzellen, Verkehrszeichen“; sowie Löffelmann, 2018a, S. 5, Fn. 29: „Öffentliche Straßen und Wege, Zäune, Mauern, Gebäude [...], Blumenkübel, Rasenflächen“.

²³⁴ Vgl. Augsburg, 2018, S. 35.

²³⁵ BVerfG, Urteil vom 24.04.2013, a. a. O. = BVerfGE 133, 277 (365).

Gesetzgeber eindeutig und abschließend bestimmt [hat, d. Verf.], welche Rechtsgüter für ihn so schützenswert sind, dass hierfür Abstriche in der Vorhersehbarkeit für den Schadenseintritt hinzunehmen sind“²³⁶, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht bestätigen.

Weitergehende Ausführungen zur Problematik des Bestimmtheitsgebots in Bezug auf die eingeführten Fallkategorien sind nicht zu finden. Dies wird als zusätzliches Argument für die Unbestimmtheit der Fallkategorien betrachtet, da so eine unzureichende Argumentationsstruktur zu erkennen sei, die es nicht schaffe, eine gegenteilige Position zu begründen.²³⁷

Neben den Fallkategorien wird auch die Eingriffsvoraussetzung bei Angriffen von erheblicher Intensität oder Auswirkung kritisiert. Auch hier ist der Maßstab nicht ersichtlich, ab wann von „erheblich“ gesprochen werden kann.

Im Strafverfahrensrecht verweist der Begriff „erheblich“ auf „ein mittleres Niveau von Rechtsgutbeeinträchtigungen“²³⁸. Bei der Übernahme in den Gesetzestext des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG, würde man somit von einem Angriff sprechen, der hinsichtlich seiner Intensität und Auswirkung auf mittlerem Niveau liegt. Demzufolge wäre aber eine Auslegung, wann eine solche mittlere Intensität oder Auswirkung vorliegt, nicht denkbar.

Dem entgegengehalten werden könnten die Bestimmungen des Gefahrenabwehrrechts, in dessen Rechtsbereich der Artikel 11 BayPAG sich befindet. Demnach kennt das Gefahrenabwehrrecht auch die erhebliche Gefahr. Die erhebliche Gefahr ist eine Steigerungsform der konkreten Gefahr, womit ein höherrangiges Rechtsgut betroffen ist. Es handelt sich dabei um einen qualitativ gesteigerten Gefahrenbegriff.²³⁹ Aufgrund der qualitativen Steigerung ist der Begriff erheblich unter Umständen zu begrenzen.

Die Gegenüberstellung von Intensität und Auswirkung in der Norm durch ein „oder“ wird in der Literatur ebenfalls kritisiert.²⁴⁰ Denn ein Angriff, der intensiv

²³⁶ Müller, 2018, S. 114.

²³⁷ Vgl. Augsberg, 2018, S. 37.

²³⁸ Löffelmann, 2018a, S. 5, Fn. 27.

²³⁹ Vgl. Rechtslexikon.net, 2014.

²⁴⁰ Besonders kritisch dazu Waechter, 2018, S. 460.

ausgeführt wurde, wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch Auswirkungen haben. Eine mögliche Differenz bleibt unklar.²⁴¹

Als weitere unbestimmte Rechtsbegriffe werden zwei Merkmale benannt, die im Einzelfall vorliegen müssen: zum einen das individuelle Verhalten einer Person sowie Vorbereitungshandlungen. Auf der einen Seite wird angemerkt, dass der bayerische Gesetzgeber zu Recht keine Auflistung von Vorbereitungshandlungen oder individuellen Verhaltensweisen vorgenommen habe, da so die „Lesbarkeit und das Verständnis der Norm“²⁴² und deren Bestimmtheit gewährleistet seien. Dieser Ansicht nach ist klar aus dem Gesetzestext zu schließen, dass der Ausgangspunkt der polizeilichen Maßnahmen im Tatsächlichen liegen muss. Dabei ist es demzufolge durchaus möglich, auch anhand objektiver Voraussetzungen, hier im Sinne des individuellen Verhaltens einer Person sowie von Vorbereitungshandlungen, das geforderte Tatsächliche zu belegen.²⁴³

Eine gegensätzliche Auffassung meint, dass der „Modus des Beitrages zur Gefahrenentstehung“²⁴⁴ zwar näher beschrieben wird, dies allerdings in Form eines individuellen Verhaltens einer Person oder von Vorbereitungshandlungen mit „auch wertenden und nicht rein deskriptiven Tatbestandsbegriffen“²⁴⁵ geschieht, sodass man eine breite Anwendbarkeit der Norm erreicht, dies jedoch „auf Kosten ihrer Bestimmtheit“.²⁴⁶

In der Literatur werden, wie gezeigt wurde, nahezu die gesamte Norm des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG und damit einhergehend auch die Kategorie der drohenden Gefahr als nicht ausreichend inhaltlich bestimmt kritisiert. Gegenteilige Auffassungen sind seltener vertreten und vermögen aufgrund ihres Aussagegehalts die kritischen Argumente nicht vollumfänglich zu widerlegen. Während einzelne Rechtsbegriffe der Norm schon als inhaltlich nicht bestimmt genug kritisiert wurden, wird insgesamt auch das der Befugnisnorm zugrunde liegende Konzept, also das Zusammenwirken verschiedener Voraussetzungen in der Befugnisnorm kritisiert.

²⁴¹ Vgl. Augsberg, 2018, S. 33; sowie Löffelmann, 2018a, S. 5, Fn. 27.

²⁴² Müller, 2018, S. 112.

²⁴³ Vgl. Müller, 2018, S. 112.

²⁴⁴ Waechter, 2018, S. 459.

²⁴⁵ Ebd.

²⁴⁶ Ebd.

„Gerade der systematische Zusammenhang der einzelnen Befugnisvoraussetzungen bei dem Versuch, den Begriff der drohenden Gefahr legal zu definieren, bleibt seinerseits unklar und verschärft damit das allgemeine Bestimmtheitsproblem zusätzlich.“²⁴⁷ Demzufolge verlangt die Befugnisnorm des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG zwar, dass die zu treffende Maßnahme eine Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut abwendet, als eigentliche Voraussetzung dafür, eine drohende Gefahr zu begründen, aber reicht das individuelle Verhalten einer Person oder reichen Vorbereitungshandlungen bzw. andere bestimmte Tatsachen aus, um im konkreten Fall einen Angriff von erheblicher Intensität und Auswirkung zu legitimieren. Der Angriff muss sich folglich nicht gegen bedeutende Rechtsgüter wenden.²⁴⁸ Die Qualität der Angriffe, die nach ihrer Definition mit erheblicher Intensität und Auswirkung erfolgen, ist das entscheidende objektive Merkmal, das wie oben dargestellt nicht begrenzt ist.

Die bedeutenden Rechtsgüter, die vom bayerischen Gesetzgeber zumindest mit Fallkategorien versehen wurden, sind im Ergebnis, bei einem Angriff darauf eine subjektive Tatbestandvoraussetzung und deren Schutz stellt lediglich die Zielsetzung der Behörde dar.

Die Kategorien der bedeutenden Rechtsgüter stellen somit kein begrenzendes Merkmal dar.²⁴⁹

Die Problematik wird in diese Auffassung kritisierenden Darstellungen zwar ebenfalls erkannt, „dem Gesamtkontext und auch der Entwurfsbegründung nach ist [es, d. Verf.] aber hinreichend eindeutig, dass durch Absatz 3 insgesamt nur drohende Gefahren für solche Rechtsgüter gemeint sein sollen“.²⁵⁰ Die oben angeführte Argumentation wird aufgrund der Gesetzesbegründung als nicht nachvollziehbar dargestellt. Es ist demnach klar ersichtlich, dass die

²⁴⁷ Augsberg, 2018, S. 36.

²⁴⁸ Vgl. Ebd., S. 36 f.; auch Waechter, 2018, S. 460 erkennt diese Problematik, geht aber über diese hinweg: „aber gemeint ist – [...]“ Er geht somit davon aus, dass der Gesetzgeber Angriffe auf bedeutende Rechtsgüter intendierte.

²⁴⁹ Vgl. Augsberg, 2018, S. 36 f; sowie Löffelmann, 2018b, S. 148.

²⁵⁰ Möstl, 2018, S. 160.

drohenden Gefahren in Bezug zu setzen sind zu den bedeutenden Rechtsgütern.²⁵¹

Die Intention des bayerischen Gesetzgebers, die drohende Gefahr in Bezug zu den zu schützenden Rechtsgütern zu setzen, scheint einleuchtend, dennoch ist bei einer genauen Analyse eine Divergenz zwischen der Intention und dem vorliegenden Gesetzestext zu erkennen. Zumindest ist die Gesamtkonzeption der Norm inhaltlich so unbestimmt, dass unterschiedliche Analysen und Interpretationen der Norm in der Literatur zu finden sind.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Norm auch in Bezug auf die inhaltliche Bestimmtheit zumindest diskussionswürdig ist und ein systematischer Mangel zu erkennen ist.

4.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

4.3.1 Allgemeine rechtliche Grundlagen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

An die kritische Betrachtung des Bestimmtheitsgebots anschließend und im direkten Zusammenhang mit der geforderten Normenklarheit und Normenbestimmtheit ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu sehen:²⁵² „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, wie es dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht.“²⁵³

Im Sinne des Übermaßverbots, das im engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu sehen ist, müssen alle staatlichen Maßnahmen einem legitimen Zweck dienen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip erfüllen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat Verfassungsrang. Er ergibt sich aus den jeweils betroffenen Grundrechten sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz. Des Weiteren ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als ein wesentlicher Bestandteil der

²⁵¹ Vgl. Möstl, 2018, S. 160, Fn. 44, dort auch mit Hinweis auf ähnliche Sichtweise von Petri, 2017, S. 4.

²⁵² Vgl. Degenhart, 2018, S. 34.

²⁵³ Ebd., S. 34 f.

Voraussetzungen einer rechtmäßigen polizeilichen Maßnahme auch im BayPAG selbst festgehalten (Artikel 4 BayPAG).

Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip müssen die staatlichen Maßnahmen zum Erreichen eines Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Das Prinzip der Geeignetheit beschreibt dabei Maßnahmen, die objektiv zwecktauglich sind und nicht etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches fordern.

Erforderlich ist eine Maßnahme nur dann, wenn sie von mehreren möglichen und gleich geeigneten Mitteln diejenige ist, die am wenigsten Auswirkungen auf den Einzelnen und/ oder die Allgemeinheit hat.

Entsprechend der Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne darf die Maßnahme nicht außer Verhältnis stehen zum angestrebten Erfolg. „Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt noch sein“²⁵⁴. Im Umkehrschluss muss das verfolgte Ziel umso bedeutsamer sein, desto intensiver der Grundrechtseingriff ist.²⁵⁵

Ähnlich wie beim Rechtsstaatsprinzip der Bestimmtheit muss auch hier immer eine Abwägung getroffen werden. Folglich müssen „die Anforderungen an eine hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage hinsichtlich der genannten Rechtsgüter im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen bestimmt werden“²⁵⁶. Die hohen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, die das BVerfG verlangt, werden besonders deutlich bei der Abgrenzung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Tätigkeiten. So erlaubt das BVerfG den Nachrichtendiensten im Gefahrenvorfeld vor allem informationelle Maßnahmen, erteilt jedoch keine polizeilichen Befugnisse im Sinne aktioneller Maßnahmen.²⁵⁷

²⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 16.03.1971, 1 BvR 52/66 = BVerfGE 30, 292, (316).

²⁵⁵ Vgl. Augsberg, 2018, S. 38.

²⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (270 f.).

²⁵⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 24.04.2013, a. a. O. = BVerfGE 133, 277, (321).

Die polizeilichen Befugnisse sind im Ergebnis weiter gefasst als die der Nachrichtendienste, sie sind nach dem BVerfG aber auch nur bei engeren Voraussetzungen möglich. Bisher standen dem BVerfG zufolge nur informationelle Maßnahmen der Polizei im Gefahrenvorfeld zu Verfügung und aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgedankens statuierte das BVerfG dafür besondere Anforderungen. Demnach muss bei Maßnahmen im Gefahrenvorfeld und aufgrund der damit einhergehenden Prognoseunsicherheit im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit „reagiert werden, indem die kognitive Unsicherheit auf andere Weise kompensiert wird“²⁵⁸. In Betracht kommen würde unter anderem die Zulässigkeit der Maßnahmen bei Vorliegen einer Gefährdung von herausragend wichtigen Rechtsgütern oder Richtervorbehalt.²⁵⁹ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so bleibt festzuhalten, wird besonders im Gefahrenvorfeld – hier bei informationellen Maßnahmen – mit hohen Anforderungen zugrunde gelegt. Die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit für aktionelle Maßnahmen im Gefahrenvorfeld an die Polizei wurden in der Rechtsprechung bisher nicht thematisiert, müssen aber der bisherigen Judikatur folgend logischerweise noch höher sein.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip betrifft ebenfalls die Gefahrenbegriffe²⁶⁰ und die staatlichen Befugnisse. Denn je stärker in die Grundrechte der Bürger eingegriffen wird, desto bestimmter und erkennbarer müssen die Voraussetzungen der Eingriffsermächtigung sein.²⁶¹

4.3.2 Bezug des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu Artikel 11 Absatz 3 BayPAG

Die informationellen Maßnahmen im Sinne des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG werden als „verhältnismäßig und wünschenswert“²⁶² betrachtet. Die Problematik der Befugnisse im Gefahrenvorfeld wird erkannt, jedoch im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sogar begrüßt. Zugrunde liegt dem, dass in der Literatur und Rechtsprechung informationelle Maßnahmen bisher nur mit gewissen Aufwand in die Generalklausel hineininterpretiert werden

²⁵⁸ Augsberg, 2018, S. 42.

²⁵⁹ Vgl. dazu selbst kritisch ebd.

²⁶⁰ Siehe dazu 3.2.1 Entwicklung der Je-desto-Formel.

²⁶¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (271).

²⁶² Möstl, 2018, S. 162.

konnten. Zur Begründung wird die Thematik der konkreten Gefahr herangezogen. So wird vor der Novellierung des BayPAG von der Generalklausel eine Gefahr (konkrete Gefahr) vorausgesetzt. Es war daher schwierig, eine Befugnis daraus abzuleiten, die eine Gefahr voraussetzt, und die daher „eigentlich nicht dazu ermächtigen kann, herauszufinden, ob überhaupt eine Gefahr vorliegt“²⁶³.

Auch in Bezug auf die aktionellen Maßnahmen sind einer anderen Sichtweise zufolge keine Bedenken hinsichtlich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erkennen. Bei der Begründung wird auf die oben angeführten Aussagen des BVerfG verwiesen. Die Generalklausel behandle demnach vor allem Mindermaßnahmen und diese stellten keine eingriffsintensiven Maßnahmen dar. Eingriffsintensive Maßnahmen sind mit anderen Voraussetzungen speziell im BayPAG geregelt. Daher ist die als Maßstab anzulegende Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht so streng auszulegen wie bei einer eingriffsintensiven Maßnahme. Weiter wird in Anlehnung an das Urteil des BVerfG angeführt, dass dort vor allem sehr eingriffsintensive Maßnahmen wie heimliche Überwachungsmaßnahmen rechtlich geprüft und als verfassungskonform ausgelegt wurden.²⁶⁴ Im Ergebnis sind dieser Sichtweise zufolge informationelle wie auch aktionelle Maßnahmen verhältnismäßig, beide werfen somit kein „grundsätzliches rechtsstaatliches Problem“²⁶⁵ auf.

Auch hier wird wieder der Hintergrund des Urteils des BVerfG nicht berücksichtigt. So ist die Verhältnismäßigkeit immer in Bezug zu setzen zur vorliegenden Situation. Vor dem Hintergrund des Terrorismus werden der Verhältnismäßigkeitsprüfung andere Maßstäbe zugrunde gelegt als in Situationen der ebenfalls denkbaren und im Sinne des BayPAG berücksichtigten Alltagskriminalität. Wo die Grenzen sind und wie eng die Verhältnismäßigkeit für den Landesgesetzgeber auszulegen ist, wurde vom BVerfG eben nicht thematisiert, denn bei dem vom BVerfG geprüften Prüfungsgegenstand handelte es sich nicht um ein Gesetz, „das gleichsam die ganze Bevölkerung trifft“²⁶⁶,

²⁶³ Möstl, 2018, S. 162.

²⁶⁴ Vgl. Müller, 2018, S. 114, Fn. 51/52.

²⁶⁵ Möstl, 2018, S. 162.

²⁶⁶ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (268).

sondern um Fragen der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, und somit bleibt der Maßstab der Verhältnismäßigkeit hier offen.²⁶⁷

Einer weiteren Ansicht nach schwimmt der Unterschied zwischen den Anforderungen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an die Polizei und die Nachrichtendienste.²⁶⁸

Die drohende Gefahr findet sich als Eingriffsvoraussetzung nicht nur in der Generalklausel in Artikel 11 Absatz 3 BayPAG, sondern auch in weiteren Standardbefugnissen.²⁶⁹ Somit wären auch hier aktionelle Maßnahmen über die Generalklausel hinaus gerechtfertigt. Dies steht im Widerspruch zur oben aufgeführten Auffassung, dass es sich lediglich um eingriffsschwache Maßnahmen handle. Vielmehr besteht damit die Möglichkeit, eingriffsintensive aktionelle Maßnahmen im Gefahrenvorfeld zu treffen, ohne dass dabei der Maßstab für die Verhältnismäßigkeit rechtsstaatlich überprüft ist.

Der Gesetzgeber senkt somit die Schwelle der staatlichen Voraussetzungen für Eingriffsbefugnisse entgegen der Auffassung des BVerfG.²⁷⁰

Auch ist der Versuch des bayerischen Gesetzgebers nicht erfolgversprechend, durch die Einführung gewisser Fallkategorien zum Schutz und zur Eingrenzung von ganz besonders gewichtigen Rechtsgütern ein inhaltliches Gegengewicht im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu installieren. Denn die Unbestimmtheit der Kategorien wird der möglichen Intensität der Eingriffe nicht gerecht.²⁷¹

Einer anderen Auffassung zufolge berücksichtigt der Landesgesetzgeber das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ausreichend, da im System des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG die aktionellen Maßnahmen den informationellen Maßnahmen, also den Gefahraufklärungsmaßnahmen nachgeordnet sind. Dem Gesetzestext ist damit eine Abstufung im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu entnehmen. Dabei wird angenommen, dass Gefahrerforschungsmaßnahmen zuerst als mildestes Mittel getroffen werden kön-

²⁶⁷ Vgl. Degenhart, 2018, S. 35 f.

²⁶⁸ Vgl. Augsberg, 2018, S. 44.

²⁶⁹ Siehe dazu Auflistung Löffelmann, 2018a, S. 9 f.

²⁷⁰ Vgl. Augsberg, 2018, S. 44.

²⁷¹ Vgl. Ebd., S. 45.

nen, bevor dann eingriffsintensive Maßnahmen wie aktionelle Maßnahmen getroffen werden.

Somit genügt der Gesetzgeber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da der Polizei die Möglichkeit gegeben ist, verschiedene Maßnahmen mit unterschiedlicher Abstufung zu treffen.²⁷² Ob diese Abstufung wirklich in der Intention des Gesetzgebers lag und warum deshalb ein verbindendes „und“ im Gesetzestext verwendet wird, bleibt jedoch weiterhin fraglich.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besonders im Bereich des Gefahrenvorfeldes eine besondere Bedeutung zukommt. Die Ansprüche an die Verhältnismäßigkeit sind hier besonders hoch. Dabei ist eine Begründung der Verhältnismäßigkeit der Norm des BayPAG aus der Bezugnahme auf das Urteil des BVerfG nicht möglich. Der bayerische Gesetzgeber betritt mit der Einführung von aktionellen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld Neuland und es bleibt daher zumindest fraglich, ob er den Bestimmungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hier Rechnung trägt und den Grundsatz gebührend berücksichtigt.

Weiter wird kritisiert, dass die „materiellen Probleme des Verhältnismäßigkeitsgedankens zudem in keiner Weise durch prozedurale Elemente ergänzt und dadurch abgemildert“²⁷³ werden. Besonders hingewiesen wird dabei auf die Möglichkeit eines Vorgesetztenvorbehalts oder eines Richtervorbehalts.²⁷⁴

4.4 Adressatenbezug

4.4.1 Allgemeine rechtliche Grundlage

In der Bundesrepublik Deutschland hat der Einzelne eine durch das Grundgesetz geschützte Rechtsposition. In diese Rechtsposition darf der Staat respektive die Exekutive nur aufgrund von Ermächtigungen in Form von Gesetzen eingreifen.

²⁷² Vgl. Müller, 2018, S. 116; sowie Möstl, 2018, S. 162 f.

²⁷³ Augsburg, 2018, S. 46.

²⁷⁴ Vgl. ebd., S. 46

Ein solches Gesetz stellen auch Landespolizeigesetze und im Zuge ihrer Ausführung das Gefahrenabwehrrecht dar.

Im Gefahrenabwehrrecht haben die Behörden ihre Maßnahmen an einen bestimmten Adressaten oder auch an einen bestimmten Kreis an Adressaten zu richten. Dem Grundgesetz und dem darin festgeschriebenen Rechtsstaatsprinzip zufolge ist daher eine Maßnahme nur dann rechtmäßig und zulässig, wenn diese inhaltlich und personell bestimmt ist. Grundsätzlich muss der Adressat auch verantwortlich für die Gefahr sein. „Wenn zwischen dem Betroffenen und der Gefahrenlage kein hinreichender Zusammenhang besteht, ist ein Eingriff grundsätzlich nicht gerechtfertigt.“²⁷⁵ Nur in Einzelfällen und unter besonderen Voraussetzungen können auch Maßnahmen gegen Nichtstörer getroffen werden. Die Landespolizeigesetze enthalten dazu weitergehende Regelungen. Im BayPAG regeln die Artikel 7, 8 und 10 BayPAG die Inanspruchnahme und Verantwortlichkeit des Adressaten. Artikel 7 BayPAG behandelt den sogenannten Handlungsstörer, also eine Person, die durch ihr Handeln eine Gefahr verursacht. Artikel 8 BayPAG regelt die Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen, betrifft also den sogenannten Zustandsstörer. Demnach kann die Person Adressat einer Maßnahme werden, die verantwortlich ist für die ihr zugehörigen Sachen. Die Inanspruchnahme von nicht verantwortlichen Personen, sogenannten Nichtstörern regelt der Artikel 10 BayPAG.

Voraussetzung für die Möglichkeit, jemanden als Adressat einer Maßnahme zu benennen, ist den Artikeln 7, 8 und 10 BayPAG zufolge immer eine (konkrete) Gefahr.

4.4.2 Bezug der Adressatenregelung zu Artikel 11 Absatz 3 BayPAG

In Artikel 11 Absatz 3 BayPAG ist kein Adressat explizit genannt. Im Gefahrenabwehrrecht wird, wenn kein Adressat in der gesetzlichen Norm aufgeführt ist, auf die Adressaten nach Artikel 7, 8 und 10 BayPAG zurückgegriffen. Grundsätzlich ist so eine Ausweitung einer polizeilichen Maßnahme auf Unbeteiligte nur unter den engen Begrenzungen des Artikels 10 BayPAG möglich.

²⁷⁵ Kugelmann, 2012, S. 221 f.

Artikel 11 Absatz 3 BayPAG beinhaltet aber das Setzen einer Eingriffsschwelle vor der konkreten Gefahr, somit im Gefahrenvorfeld. Hierzu ist anzumerken, dass Artikel 7, 8 und 10 BayPAG einen Verantwortlichen für eine konkrete Gefahr als Voraussetzung benennen.

Die hier entstandene Lücke wird in der Literatur erkannt. Auf der einen Seite aber wird aufgrund der „Regelungssystematik“²⁷⁶ des Artikels 11 Absatz 3 BayPAG der Rückgriff trotzdem als rechtlich unbedenklich eingestuft. So sollen dieser Ansicht nach diejenigen als Verantwortliche herangezogen werden, die eine drohende Gefahr zu verantworten haben.

Der Intention des bayerischen Gesetzgebers, sich am Urteil des BVerfG zu orientieren, weiter folgend, unterstützt diese These, dass ein solcher Rückgriff möglich ist, wobei keine Unbeteiligten als Adressaten der Maßnahme in Betracht gezogen werden sollen. Denn bestimmte Tatsachen lassen den Schluss zu, wie das BVerfG-Urteil ausführt, „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“²⁷⁷.

Doch auch diese Ansicht wird kritisch gesehen und in der Literatur thematisiert.

Zum einen wird deutlich hervorgehoben, dass weder ein Normadressat zu finden noch ein Rückgriff auf einschlägige Normen möglich ist. Somit wären auch Unbeteiligte als Adressat zu benennen.²⁷⁸ Fraglich bleibt zum anderen, da der Gesetzgeber hier Neuland betritt, ob die Grundsätze der Rechtsprechung in Bezug auf die Adressatenregelung hier ihre Anwendung finden. So wird kritisch angemerkt, dass eine „Eingrenzung des personellen Rechtsgutsträgers (natürliche Person, juristische Person, auch ausländische Rechtssubjekte)“²⁷⁹ nicht erfolgt.

Folgt man der Fassung des Gesetzestextes ist zumindest festzustellen, dass eine Lücke in Bezug auf die Adressatenregelung zu finden ist. Bei einer rein rechtlichen Auslegung ohne Interpretationsspielraum ist die Norm auch hier

²⁷⁶ Möstl, 2018, S. 163.

²⁷⁷ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (271).

²⁷⁸ Vgl. Augsberg, 2018, S. 53.

²⁷⁹ Waechter, 2018, S. 460.

nicht bestimmt genug und entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Inwieweit die Adressatenregelung und der Rückgriff auf die Artikel 7, 8 und 10 BayPAG möglich sind, müssen die verfassungsrechtlichen Verfahren zeigen.

Zumindest ist das Fehlen eines Normadressaten kritisch anzumerken und die Gesetzeslücke hervorzuheben.

4.5 Konkrete Gefahr vs. drohende Gefahr

An die kritische Betrachtung der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr anknüpfend stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit der neuen Begriffskategorie. Bei der Beantwortung dieser grundlegenden Frage ist eine Differenzierung vorzunehmen:

Überspitzt ausgedrückt reicht der höchsten Rechtsprechung Deutschlands, dem BVerfG die Kategorie der konkreten Gefahr nicht aus. Denn das BVerfG erlaubt mit seinem Urteil zum BKAG dem Gesetzgeber, die Grenzen auszuweiten und somit auch die rechtliche verfassungskonforme Dogmatik zu erweitern.²⁸⁰ Im Ergebnis ist nach der Auffassung des BVerfG die Beschränkung auf die Kategorie der konkreten Gefahr alleine nicht grundsätzlich zwingend.

Gestützt wird diese Annahme durch eine Reihe von weiteren Urteilen und Rechtsprechungen des BVerfG, wonach immer wieder auch Eingriffsschwellen vor der konkreten Gefahr durch das BVerfG neu definiert worden oder als verfassungskonform gewürdigt worden sind. Hier ist besonders die Konstruktion des Gefahrenverdachts hervorzuheben.²⁸¹

In Bezug auf die neue Kategorie der drohenden Gefahr und insbesondere wegen deren problematischen rechtlichen Einordnung, die hier herausgearbeitet worden ist, erscheint die Frage nach der Notwendigkeit dieser Kategorie jedoch nicht so ohne weiteres zu beantworten zu sein. Denn der Literatur zufolge ist eine rechtliche Einordnung der Kategorie nicht abschließend erfolgt und wird diskutiert. Des Weiteren ist die neue Konzeption auch judikativ nicht abschließend bewertet worden. Im Ergebnis ist somit nicht einwandfrei

²⁸⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (271).

²⁸¹ Vgl. Abschnitt 3.2.3.

festzustellen, ob die drohende Gefahr eine Erweiterung der gefahrenrechtlichen Dogmatik darstellt oder in diese integriert wird.²⁸²

Bei einer Erweiterung der Gefahrenbegriffe und deren Auslegung erscheint eine neue Kategorie sinnvoll, da ein Zusammenhang zur konkreten Gefahr herzustellen als schwierig zu betrachten ist.

Bei einer Integration der drohenden Gefahr in die gefahrenrechtliche Dogmatik zwischen der konkreten Gefahr und dem Gefahrenverdacht wirkt die drohende Gefahr als neue Kategorie überflüssig, da ein Bezug zur konkreten Gefahr gegeben ist und eine neue Kategorisierung nicht notwendig erscheint.²⁸³

Aus diesem Grund wird im Folgenden bei der Analyse der Notwendigkeit der drohenden Gefahr diese als eine Erweiterung der gefahrenrechtlichen Dogmatik verstanden.

Unabhängig davon ist bei der Überlegung zur Notwendigkeit einer neuen Gefahrenbegriffskategorie der schon vielfach angesprochene Hintergrund des BVerfG-Urteils zu berücksichtigen. Wie oben bereits herausgearbeitet, ist es nur sinnvoll und wahrscheinlich, dass das BVerfG vor dem Hintergrund der Terrorismusbekämpfung die drohende Gefahr als neue Kategorie wortwörtlich neu eingeführt und verwendet hat. Somit ist zu fragen, ob die drohende Gefahr auch nur zu diesem Zweck sinnhaft erscheint oder ob die neue Kategorie im Sinne des bayerischen Gesetzgebers auch auf die Bekämpfung der Allgemeinkriminalität angewendet werden kann und hier dann auch notwendig ist.

In der Herausarbeitung der Historie der Kategorie der drohenden Gefahr sowie in der anschließenden rechtlichen Einordnung wurde bereits auf die Besonderheit des Terrorismus hingewiesen. Die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus mit seinen unkalkulierbaren Risiken und großen Schäden führte zu einer Veränderung des subjektiven Sicherheitsgefühls der Bürger und zu einem Wandel des Gefahrenabwehrrechts mit einer neuen Säule der Gefahrenprävention.²⁸⁴ Als Folge ist festzustellen, dass die Polizeibehör-

²⁸² Vgl. Abschnitt 3.2.3.

²⁸³ Vgl. ähnlich Löffelmann, 2018a, S. 5 f.

²⁸⁴ Vgl. Streiß, 2011, S. 91 ff.

den früher tätig werden sollen und dank dem Gesetzgeber auch können. Dabei hat sich das Polizeirecht so weit gewandelt, dass die Aufgaben der Nachrichtendienste und der Polizeibehörden sich verändert haben und die Grenzen zwischen diesen sogar verschwimmen.²⁸⁵ Die Ausweitung der Befugnisse der Polizeibehörden in das Gefahrenvorfeld haben verfassungsrechtlich hohe Hürden an die Verhältnismäßigkeit. Die grundsätzliche Ausweitung der Befugnisse in das Gefahrenvorfeld stellt eine Ausnahme dar, da die Gefahrenabwehr und nicht die Gefahrenprävention verfassungsrechtlich Vorrang hat.²⁸⁶

Für die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr hat dies durchaus Auswirkungen. Bei der Annahme der drohenden Gefahr als eine Vorfeldbefugnis ist diese als eine Ausnahme anzusehen, mit entsprechend hohen verfassungsrechtlichen Hürden. Aus diesen Grund scheint es zumindest fraglich, ob die drohende Gefahr als Begriffskategorie auch bei der Bekämpfung der Allgemeinkriminalität anzuwenden und im Sinne des BVerfG auch verfassungskonform ist.

Bei der Betrachtung der Notwendigkeit der neuen Kategorie ist als ein weiterer wesentlicher Aspekt deren Ausweitung durch den bayerischen Gesetzgebers auf die aktionellen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld zu beachten.

Die Einführung aktioneller Maßnahmen im Gefahrenvorfeld ist, wie bereits dargestellt, rechtliches Neuland. Der Bedarf an aktionellen Maßnahmen erscheint hier fraglich. Im Gefahrenvorfeld ohne einen direkten Bezug zur konkreten Gefahr Maßnahmen zu treffen, die in die Freiheitsrechte der Bürger eingreifen, erscheint vor dem angesprochenen Aspekt der verfassungsrechtlichen Hürden nicht sinnvoll. Auch bei einer stufenweisen Auslegung des Gesetzestextes, wonach die informationellen Maßnahmen Vorrang vor aktionellen Maßnahmen haben, erscheinen diese als nicht zielführend und nicht verfassungskonform. Denn wenn informationelle Maßnahmen im Gefahrenvorfeld getroffen werden und sich daran aktionelle Maßnahmen anschließen, so ist davon auszugehen, dass die informationellen Maßnahmen gewisse Informationen erbracht haben, um weitere Maßnahmen einzuleiten und zu treffen.

²⁸⁵ Vgl. Streiß, 2011, S. 101.

²⁸⁶ Vgl. ebd., S. 115.

Im Ergebnis sind somit Tatsachen vorliegend, die es ermöglichen, eine konkrete Gefahr zu begründen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass eine konkrete Gefahr als Eingriffsschwelle bei der Bekämpfung der Allgemeinkriminalität aus verfassungsrechtlicher Sicht auszureichen scheint. Auch für das Treffen von aktionellen Maßnahmen im Bereich der Bekämpfung des Terrorismus erscheint die konkrete Gefahr hinreichend. Lediglich erscheint die drohende Gefahr sinnvoll, um informationelle Maßnahmen vor dem Hintergrund der Terrorabwehr treffen zu können.

Eine Ausweitung der Vorfeldbefugnisse erscheint auch unter Berücksichtigung der vorgenommenen kritischen Betrachtung fraglich und diskutabel. In der Literatur finden sich wie dargestellt unterschiedliche Meinungsansätze und Interpretationen. Unabhängig von anhängigen Verfassungsklagen respektive abstrakten Normenkontrollklagen,²⁸⁷ in denen die angesprochenen Problematiken zu würdigen sein werden, bleibt für die vorliegende Arbeit festzuhalten, dass die konkrete Gefahr als Eingriffsschwelle ausreicht und die Kategorie der drohenden Gefahr als Ausweitung im Gefahrenvorfeld nur zur Terrorabwehr mit der Einschränkung auf informationelle Maßnahmen relevant ist.

4.6 Zwischenfazit

Die Etablierung der drohenden Gefahr als Gefahrenbegriffskategorie und die Ausgestaltung der neuen Voraussetzungen im BayPAG wurden kritisch analysiert. Ergebnis ist eine kritische Tendenz gegenüber der Novellierung des BayPAG durch den bayerischen Gesetzgebers. Auch in der einschlägigen Literatur können gegenteilige Argumentationen nicht überzeugen. Es konnte durch die kritische Analyse eine rechtsstaatliche Beurteilung der Norm und der neuen Gefahrenbegriffskategorie gewährleistet werden. Als vorläufiges Ergebnis wurde die Notwendigkeit einer neuen Gefahrenbegriffskategorie als Ergänzung zur bereits etablierten konkreten Gefahr herausgearbeitet. Die Notwendigkeit einer neuen Kategorie zeigte sich jedoch nur in einem eng begrenzten Problembereich. Besonders unter Beachtung der vorgenomme-

²⁸⁷ BayernSPD, 2018, sowie Zeit Online, 2018.

nen kritischen Betrachtung ist eine darüber hinaus gehende Etablierung einer neuen Gefahrenbegriffskategorie nicht angezeigt. Im Weiteren wird daher, die daraus entwickelnde Problematik des Präventionsstaates erläutert.

5. Der Präventionsstaat

Die gesellschaftlichen Veränderungen führten zur Entwicklung des Begriffs der drohenden Gefahr und Novellierung des BayPAG durch den bayerischen Gesetzgeber. Das tradierte Polizeirecht des liberalen Rechtsstaates hat sich verändert und stetig weiterentwickelt. Es konnte die Entwicklungen zu einem modernen Staat und damit einhergehend zu einem modernen Polizeirecht aufgezeigt werden, das sich nicht mehr auf das liberal rechtsstaatliche skizzierte Modell verkürzen lässt.²⁸⁸ Der Staat selbst „ist vielmehr längst auch zum Präventionsstaat geworden. Im modernen Sicherheitsrecht hat – um es deutlich zu sagen – ein Paradigmenwechsel stattgefunden“²⁸⁹. Dieser Paradigmenwechsel bedeutet vor allem im Bereich der Staatsaufgabe Sicherheit, den Schutz der Bürger durch den Staat und nicht mehr den Schutz der Bürger vor dem Staat, wie traditionell gesehen.

Dafür bezeichnend ist die skizzierte Entwicklung von der Gefahrenabwehr zur Gefahrenvorsorge.²⁹⁰ Dies ist auch Ziel des Präventionsstaates, „auf den Eintritt von Gefahren jederzeit angemessen reagieren zu können oder es schon nicht zu gefährlichen Situationen kommen zu lassen“²⁹¹. Aufgaben eines solchen Präventionsstaates sind die Straftatenverhütung, die Verfolgungs- und Sicherheitsvorsorge.²⁹²

Charakteristisch für einen Präventionsstaat ist danach das aktive Handeln, um dem Auftreten einer Gefahr im Voraus zu begegnen. Eine reine Reaktion auf das Vorliegen einer (konkreten) Gefahr ist nicht ausreichend und verliert in einem Präventionsstaat auch an Bedeutung. Damit einhergehend entfällt die Bezugnahme auf eine Handlung bzw. bestimmte vorliegende Situation. Proaktives Handeln im Vorfeld einer konkreten Gefahr – und darin sind Vorsorge- und Verhütungsmaßnahmen inbegriffen – ist grenzen- und maßstabslos.²⁹³ Prävention ist immer Handeln auf Verdacht und eine Begrenzung auf bestimmte Situationen ist somit schon nicht möglich. Dadurch besteht die

²⁸⁸ Vgl. Abschnitt 3.2.

²⁸⁹ Schoch, 2004, S. 350.

²⁹⁰ Vgl. ebd.

²⁹¹ Rachor, 2012, S. 143.

²⁹² Vgl. Denninger, 2012, S. 189.

²⁹³ Vgl. ebd., S. 189 ff.

Gefahr der immer fortschreitenden Entgrenzung und Vorverlagerung des präventiven Handelns.²⁹⁴

Ein weiteres charakteristisches Anzeichen für einen Präventionsstaat ist das Verschwimmen von Zuständigkeitsgrenzen. Hier ist vor allem auf die Unterscheidung der Aufgaben der Nachrichtendienste und Polizei hinzuweisen.²⁹⁵

Die charakteristischen Merkmale des Präventionsstaates lassen sich im modernen Polizeirecht zunehmend erkennen.²⁹⁶ Die Straftatenverhütung sowie die Gefahrenprävention werden wie aufgezeigt als neue Säulen des polizeilichen Aufgabenspektrums diskutiert und in die Polizeigesetze integriert. Hinzu kommt die Befähigung der Polizeien der Länder und des Bundes, im Vorfeld einer konkreten Gefahr Maßnahmen treffen zu können.

Das damit einhergehende Vorsorgeparadigma hat Konsequenzen.

Das Konstrukt eines Präventionsstaates verlangt „für die Bereiche der inneren und äußeren Sicherheit eine prinzipiell unbegrenzte, nie endende Aktivität des Staates zur Risikominimierung“.²⁹⁷ Dadurch besteht zum einen die Notwendigkeit, eine große Anzahl bzw. Menge an Informationen zu gewinnen und zu analysieren, um somit auch im Vorfeld einer Gefahr tätig werden zu können. Dazu gehören unter Umständen auch intensivere Datenerhebungen.²⁹⁸

Zum anderen ist das Absinken der Gefahrenschwelle als Eingriffsvoraussetzung zu benennen. Bei Berücksichtigung der konkreten Gefahr als tradierte Eingriffsschwelle wäre eine Gefahrenvorsorge im Gefahrenvorfeld nicht möglich.

Auch die Ausweitung des Adressatenbezuges im Kontext des Vorsorgeparadigmas ist anzuführen.²⁹⁹ Präventives Handeln ermöglicht es oftmals nicht, einen bestimmten Adressaten zu benennen, da der Kausalverlauf nicht vorhersehbar ist, und somit vermehrt Nichtverantwortliche als Adressat in An-

²⁹⁴ Vgl. Steffen, 2013, S. 108.

²⁹⁵ Vgl. Denninger, 2012, S. 189 ff.

²⁹⁶ Vgl. Schoch, 2004, S. 352.

²⁹⁷ Denninger, 2012, S. 189.

²⁹⁸ Vgl. Schoch, 2004, S. 353 ff.

²⁹⁹ Vgl. ebd.

spruch genommen werden. Dabei sei hier erwähnt, dass immer auch das Risiko einer Stigmatisierung der Betroffenen besteht.³⁰⁰

Die Novellierung des BayPAG und die Erschaffung der neuen Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr lassen sich in das Konstrukt eines Präventionsstaates integrieren und scheinen den „Weg in den Präventionsstaat, auf dem sich Deutschland schon seit einigen Jahren befindet,“³⁰¹ zumindest für den Freistaat Bayern zu bestätigen.

Die Novellierung des BayPAG und damit einhergehend die Einführung der drohenden Gefahr hatte zum Ziel, Straftaten zu verhüten und die präventivpolizeilichen Befugnisse auszuweiten. Somit ist zumindest die Intention des bayerischen Gesetzgebers die Gefahrenvorsorge zu intensivieren.³⁰²

Bei der Analyse des neu gefassten Artikels 11 Absatz 3 BayPAG sind noch weitere Charakteristika eines Präventionsstaates zu erkennen.

In der Literatur ist das Bild differenzierter: Je nach vertretener Auffassung sind ebenfalls Aspekte des Präventionsstaates zu erkennen oder es ist ein solcher Bezug nicht herzustellen. Besonders deutlich werden die kontroversen Auffassungen bei dem Gefahrenbegriff selbst.

Ein deutliches Zeichen eines Präventionsstaates ist proaktives Handeln im Vorfeld der Gefahr. Als Konsequenz daraus wird die Gefahrenschwelle gesenkt. Die drohende Gefahr als neue Gefahrenbegriffskategorie und Eingriffsschwelle wird je nach Auffassung jedoch entweder der konkreten Gefahr zugeordnet oder im Gefahrenvorfeld eingeordnet. Eine abschließende rechtliche Einordnung und Bewertung hat noch nicht stattgefunden und in der Literatur gibt es sehr divergierende Meinungsbilder. Daher kann zurzeit nur eine vorläufige Aussage zur Neuregelung des BayPAG getroffen werden und dessen Begünstigung eines Präventionsstaates.

Unter Berücksichtigung dieser Vorläufigkeit ist zumindest festzustellen, dass insbesondere in der kritischen Literatur der Artikel 11 Absatz 3 BayPAG sowie die drohende Gefahr als Instrumentarium eines Präventionsstaates gesehen werden. Die verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben wurden bereits

³⁰⁰ Vgl. Steffen, 2013, S. 108.

³⁰¹ Steffen, 2014, S. 43.

³⁰² Bayerischer Landtag, 2017, S. 9 f.

kritisch betrachtet. Die Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit und der Adressatenbezug der gesamten Norm wurde dabei kritisch evaluiert.

Die Ausweitung polizeilicher Befugnisse, die Fokussierung auf die Gefahrenvorsorge sowie die Adressatenproblematik sind dabei hervorzuheben.³⁰³

Wenn die Intention des bayerischen Gesetzgebers und die vorherrschende Meinung in der Literatur zugrunde gelegt werden, bleibt festzuhalten, dass eine Verlagerung der polizeilichen Aufgaben in das Vorfeld der konkreten Gefahr bewusst und gewollt aufgenommen wurde.

Im Ergebnis findet eine teilweise Abkehr vom traditionellen Polizeirecht statt und „dessen rechtsstaatlichen Konturen, die die vertraute und ausgewogene Balance zwischen Freiheit und Sicherheit gewährleisten konnten, gehen zumindest teilweise verloren“³⁰⁴. Die Norm enthält in der derzeitigen Fassung präventionsstaatliche Ansätze.

Die Entwicklung zu einem neuen modernen Polizeirecht ist per se nicht zu kritisieren. Eine solche Entwicklung ist im Zusammenhang mit der gegenwärtigen Lebenswirklichkeit zu betrachten. So konnte bereits aufgezeigt werden, dass sich das Aufgabenfeld der Gewährleistung von Sicherheit in der Gegenwart stark verändert hat. Neue Bedrohungen wie durch den internationalen Terrorismus erfordern neue staatliche Reaktionen. Das traditionelle liberale rechtsstaatliche Polizeirecht und die daraus den Sicherheitsorganen bereitgestellten Instrumente sind für derartige Situationen nicht geschaffen worden. Es wird ein modernes „europarechtlich anschlussfähiges“³⁰⁵ Polizeirecht benötigt, um solchen Bedrohungsszenarien entgegenzutreten.

Folglich ist einer Auffassung nach auch die Entwicklung zu einem Präventionsstaat grundsätzlich nicht zu kritisieren, soweit die Grundsätze eines freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates berücksichtigt werden.³⁰⁶

Die Balance zwischen Sicherheit und Freiheit sei durch neue rechtliche Grenzziehungen zu gewährleisten, ohne dass dabei die Sicherheitserwägung

³⁰³ Siehe dazu Abschnitt 4. Kritische Betrachtung.

³⁰⁴ Schoch, 2004, S. 360.

³⁰⁵ Ebd., S. 369.

³⁰⁶ Vgl. ebd., S. 368.

gen die Freiheitsrechte aushöhlen oder überlagern.³⁰⁷ Weiterhin sind im Rahmen der staatlichen Reaktionen respektive neuer Gesetzesinitiativen die verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben zu beachten. Gleichzeitig sei – bei Berücksichtigung der grundrechtlichen Schutzpflichten – eine Reaktion des Staates im Sinne des Präventionsstaates auf aktuelle Bedrohungssituationen nicht zu kritisieren.³⁰⁸

Nach anderer Auffassung wird die Konzeption des Präventionsstaats negativ bewertet.³⁰⁹ Demzufolge werde in einem Präventionsstaat der Bürger Maßnahmen ausgesetzt, ohne dass ein konkreter Verdacht vorliege. Des Weiteren sei jeder Bürger in einem solchen Staat gefährdet mit Maßnahmen belegt zu werden und damit „Ziel und Objekt der Gefahrenvorsorge durch prinzipiell unbegrenzte und unbestimmte Präventionsmaßnahmen“³¹⁰ zu werden.

Die Etablierung eines Präventionsstaates unter Berücksichtigung enger Grenzen oder die von vornherein negative Bewertung eines solchen Konzepts konnten hier aufgezeigt werden.

Inwieweit die Konzeption des Präventionsstaates zukunftsweisend ist, kann hier nicht beantwortet werden. Im Ergebnis ist die Novellierung des BayPAG, trotz der Gefahr, damit möglicherweise einen Präventionsstaat zu schaffen/Vorschub zu leisten, zumindest diskussionswürdig.

Der bayerische Gesetzgeber hatte die Aufgabe, angesichts „veränderter gesellschaftlicher Realitäten die rechtsstaatlichen Bedingungen eines Sicherheit und Freiheit gewährleistenden Polizeirechts neu zu erforschen, zu formulieren und behutsam fortzuentwickeln“³¹¹. Dieser Aufgabe ist er im Sinne eines Präventionsstaates nachgekommen.

Die Einhaltung der dem Präventionsstaat zu setzenden engen Grenzen in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, den Schutz der Freiheitsgrundrechte sowie die damit einhergehenden Grenzziehungen sind unter Beachtung der vorgenommenen kritischen Betrachtung zumindest in Frage zu stellen.

³⁰⁷ Vgl. Glaeßner, 2003, S. 277 f.

³⁰⁸ Vgl. Schoch, 2004, S. 363 ff.

³⁰⁹ Vgl. unter anderem Schütte, 2002, S. 399; sowie Petri, 2003, S. 20.

³¹⁰ Steffen, 2013, S. 108.

³¹¹ Schoch, 2004, S. 369.

Angeführt werden kann die Ausweitung der Befugnisse auf die Terror- und Alltagskriminalitätsbekämpfung, wobei vor allem die Bekämpfung der Alltagskriminalität kein neues Bedrohungsszenario darstellt und es somit fraglich ist, warum hier die tradierte polizeirechtliche Dogmatik nicht ausreichend sein sollte. Weiter angeführt werden kann die kritische verfassungsrechtliche Bewertung insbesondere der Unbestimmtheit der Norm und der damit einhergehenden nicht einzugrenzenden Maßnahmen.

6. Ausblick

Die Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr im Sinne des bayerischen Gesetzgebers ist kritisch zu betrachten. Die Kategorie der drohenden Gefahr im Zusammenhang mit einer Generalklausel einzuführen und somit als Eingriffsvoraussetzung für die Bekämpfung der Alltagskriminalität zu begründen geht, wie oben festgestellt, über das Urteil des BVerfG hinaus. In Bezug auf die kritische Betrachtung der Norm im novellierten BayPAG bleibt es zumindest fraglich, ob Verfassungskonformität gewährleistet und im Rahmen der gesetzlichen Würdigung berücksichtigt worden ist. Die zukünftige Rechtsprechung wird dies – verwiesen sei auf die anhängigen Klagen – zu überprüfen und ausreichend zu würdigen haben.

Die Begriffskategorie der drohenden Gefahr wurde, das ist hervorzuheben, in der Literatur nicht per se kritisiert, sondern lediglich die Ausgestaltung der gesetzlichen Norm, die in der Begriffskategorie der drohenden Gefahr inbegriffenen ist.

Als Resultat erscheint eine komplette Abschaffung der neuen Kategorie, auch unter Berücksichtigung der Auffassung des BVerfG, das die Notwendigkeit der Ausweitung der Befugnisnormen für die Polizei mit dem expliziten Ziel der Terrorismusbekämpfung erkannt hat, als nicht sinnvoll.³¹²

Vielmehr könnte einer Anpassung der neuen Gefahrenbegriffskategorie, im Hinblick auf die weitere rechtliche Würdigung und in Bezug auf das BVerfG-Urteil zum BKAG indiziert sein. Im Folgenden sollen dazu zwei Szenarien herausgearbeitet werden: Bezug der Kategorie der drohenden Gefahr explizit auf die Terrorismusbekämpfung sowie Einführung einer neuen Gefahrenbegriffskategorie (drohende terroristische Gefahr) auf Bundes- und Landesebene. Zudem sollen die damit einhergehenden Voraussetzungen und daraus resultierenden Maßnahmen aufgezeigt werden.

Denn die drohende Gefahr könnte auch als neue Voraussetzung notwendig und sinnvoll erscheinen, wenn die neue Gefahrenbegriffskategorie im Sinne des Urteils des BVerfG ausgelegt wird und vor dem Hintergrund der Bekämpfung des Terrorismus verwendet wird. Dabei gilt es weiterhin das vom

³¹² Vgl. ähnlich Gazeas, 2018, S. 12.

BVerfG erkannte Stufenverhältnis zwischen Eingriffsbefugnissen und Aufklärungsmaßnahmen zu berücksichtigen.³¹³

Denkbar wäre in diesem Zusammenhang die Einführung und Etablierung einer neuen Gefahrenbegriffskategorie, die der „drohenden terroristischen Gefahr“.³¹⁴

Das Ziel der Einführung der neuen Begriffskategorie der drohenden terroristischen Gefahr wäre die Herabsenkung der Eingriffsschwelle mit dem Ziel der Terrorismusbekämpfung. Dies berücksichtigt die Auffassung, dass das BVerfG die Ausweitung und Herabsetzung an die Wahrscheinlichkeit eines Kausalverlaufes vor dem Hintergrund des Terrorismus getroffen hat.³¹⁵ Zu beachten ist jedoch, dass in der Folge der Begriff der terroristischen Gefahr, also explizit der Begriff des Terrorismus abschließend definiert sein muss.³¹⁶

Bei der Definition des der neuen Kategorie zugrunde liegenden Bestandsmerkmals Terrorismus ist eine Anlehnung an das Strafgesetzbuch (StGB)³¹⁷ und an das BKAG³¹⁸ sinnvoll. Infolgedessen wird einer Ausweitung des Anwendungsbereiches der Norm und einer Entfernung von bewährter Rechtspraxis entgegengewirkt.³¹⁹

Weiterhin gilt es bei der Begründung der neuen Kategorie diese hinreichend zu bestimmen. Denn die „diesbezüglichen Anforderungen sind normenklar zu regeln“³²⁰. Dabei sind auch die bereits kritisch angesprochenen Definitionen und Tatbestandsmerkmale der drohenden Gefahr hervorzuheben. Vom Gesetzgeber ist hier eine begriffliche Konkretisierung im Gesetzestext zu gewährleisten und es sind weitreichendere Erläuterungen in die Gesetzesbegründung aufzunehmen.³²¹

³¹³ Vgl. Möstl, 2018, S. 161.

³¹⁴ Vgl. Landtag Nordrhein-Westfalen, 2018, S. 2.

³¹⁵ Vgl. Thiel, 2018, S. 6.

³¹⁶ Vgl. Gazeas, 2018, S. 13.

³¹⁷ Vgl. § 129a Absatz 2 StGB Bildung terroristischer Vereinigungen.

³¹⁸ Vgl. § 5 Absatz 1 Satz 2 BKAG Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus.

³¹⁹ Vgl. Gazeas, 2018, S. 14.

³²⁰ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016, a. a. O. = BVerfGE 141, 220, (283 f.).

³²¹ Vgl. Coelln, 2018, S. 4.

Eine grundsätzliche Anlehnung an das BKAG erscheint angesichts der erfolgten rechtlichen Würdigung durch das BVerfG sowie der bereits bewährten und bestehenden Definitionen sinnvoll.³²²

Ein wesentlicher Aspekt der in der Schaffung der neuen Begriffskategorie Berücksichtigung finden muss, ist die Ausgestaltung des damit einhergehenden Maßnahmenkatalogs. Die drohende terroristische Gefahr ist nicht als eine Erweiterung des Tatbestands der polizeilichen Generalklausel zu sehen. Vielmehr ist eine Begrenzung auf klar umrissene Standardmaßnahmen wünschenswert.³²³

Der in dieser Arbeit vorgenommenen kritischen Betrachtung zufolge ist eine Beschränkung auf informationelle Maßnahmen indiziert. Dies wird durch den Aspekt gestützt, dass die konkrete Gefahr als Eingriffsvoraussetzung bei aktionellen Maßnahmen auszureichen erscheint.

Die Begriffskategorie der drohenden terroristischen Gefahr unter Berücksichtigung der oben aufgeführten Aspekte würde es der Polizei ermöglichen, im Gefahrenvorfeld informationelle Maßnahmen zu treffen, ohne Freiheitsgrundrechte der Bürger zu stark einzuschränken.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Begriffskategorie der drohenden Gefahr für die Bekämpfung des Terrorismus unter Beschränkung auf Standardmaßnahmen und bei Ausschluss von aktionellen Maßnahmen sinnvoll und wünschenswert ist.

Eine abschließende verfassungsrechtliche Bewertung obliegt den noch ausstehenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, sodass bis dahin eine Aufnahme des Konzepts des bayerischen Gesetzgebers in einem bundesweiten Musterpolizeigesetz diskutabel erscheint und sich als schwierig gestalten dürfte.³²⁴ Inwieweit die bayerische Konzeption als verfassungskonform gewürdigt wird, bleibt fraglich, gegebenenfalls ist eine Anpassung notwendig und dies vielleicht auch unter Berücksichtigung der neuen Begriffskategorie der drohenden terroristischen Gefahr.

³²² Vgl. Gazeas, 2018, S. 17.

³²³ Vgl. Coelln, 2018, S. 4.

³²⁴ Vgl. Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, 2018, S. 7.

7. Fazit

Der bayerische Gesetzgeber hat sein Polizeirecht mit dem Ziel, die innere Sicherheit zu gewährleisten und an die modernen Probleme anzupassen, umfassend novelliert. Die drohende Gefahr als neue Gefahrenbegriffskategorie wurde neu in das BayPAG aufgenommen. Kriminalpolitisch ist das Polizeirecht durchaus ein geeignetes Mittel, um auf der einen Seite Sicherheit und auf der anderen Seite auch Freiheit zu gewährleisten und somit eine Balance zwischen diesen wichtigen Aspekten eines demokratischen, modernen Rechtsstaates zu generieren. Bei der Einführung der neuen Gefahrenbegriffskategorie ist jedoch fraglich, ob dies tatsächlich „rechtsstaatlich einwandfrei und ausgewogen“³²⁵ geschehen ist, wie dies der bayerische Innenminister Joachim Herrmann betont hatte.

In der vorliegenden Untersuchung konnte bereits zu Beginn die Schwierigkeit der rechtlichen Einordnung des neuen Gefahrenbegriffs herausgearbeitet werden. Eine rechtlich eindeutige Einordnung ist bisher nicht möglich. Bei der Auseinandersetzung mit der Literatur und einschlägigen Rechtsprechung konnte hier eine Forschungslücke herausgearbeitet werden. Hilfreich wäre eine abschließende rechtliche Würdigung, die bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht erfolgt ist, sodass im Ergebnis ein widersprüchliches Meinungsbild in der Literatur in Bezug auf die rechtliche Einordnung des Gefahrenbegriffs festzuhalten war.

In der weiteren Untersuchung wurde der Begriff der drohenden Gefahr im Rahmen der Novellierung des BayPAG durch den bayerischen Gesetzgeber einer kritischen Beurteilung aus rechtsstaatlicher Sicht unterzogen.

Da der bayerische Gesetzgeber sich explizit bei der Einführung der neuen Gefahrenbegriffskategorie auf ein Urteil des BVerfG bezogen hat, muss diese Kategorie auch unter Bezugnahme auf das Urteil analysiert werden.

Dabei bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass eine Übertragung der Auffassungen des BVerfG vom bayerischen Gesetzgeber nicht vollumfänglich vorgenommen worden ist. Das BayPAG in seiner aktuellen Fassung und in seiner im Gesetzesentwurf formulierten Intention kann nicht darüber hinweg-

³²⁵ Herrmann, 2018b.

täuschen, dass eine Übertragung der Regelungen des BVerfG nicht in dieser Konzeption möglich ist. Zum einen wird vom BVerfG der Begriff der drohenden Gefahr im Zuge der Terrorismusbekämpfung genannt, womit dieser gleichzeitig ein sehr spezieller Rahmen vorgegeben ist. Zweitens sind der Auffassung des BVerfG zufolge nur spezielle Maßnahmen erlaubt und rechtsstaatlich unbedenklich. Eine Ausweitung des Maßnahmenkatalogs erscheint verfassungsrechtlich nicht haltbar. Hier ist vor allem die Ausweitung auf aktionelle Maßnahmen im Gefahrenvorfeld zu nennen. Die Konzeption des bayerischen Gesetzgebers lässt insbesondere zum Aspekt der Bestimmtheit einige Fragen unbeantwortet. Es konnte gezeigt werden, dass Rechtsbegriffe nicht hinreichend bestimmt sind und die gesamte Norm einen Mangel an inhaltlicher Bestimmtheit aufweist. Auch gegenteilige Argumente lassen zumindest kein anderes Ergebnis zu. Besonders hinzuweisen ist auf die Problematik der inhaltlichen Bestimmtheit in Bezug auf den Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr selbst. Dabei konnte ein Mangel an Bestimmtheit aufgezeigt werden, der zumindest mitursächlich für die schwierige rechtliche Einordnung des Gefahrenbegriffs ist.

Kritisch zu beurteilen ist auch die Umsetzung der Novellierung des BayPAG durch den bayerischen Gesetzgeber hinsichtlich der Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit. Der Gesetzgeber betritt mit der Einführung der neuen Gefahrenbegriffskategorie und der damit einhergehenden Möglichkeit von aktionellen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld Neuland. Dies wird in der Literatur kritisch gesehen.

Auf die Gesetzeslücke in Bezug auf den Adressaten der Norm ist ebenfalls hinzuweisen.

Unter Berücksichtigung der hier vorgenommenen kritischen Betrachtung und der dazu in der Literatur vertretenen kritischen Meinungen war auch die Frage nach der Notwendigkeit der neuen Gefahrenbegriffskategorie zu erörtern. Im Ergebnis erscheint eine Ausweitung der Dogmatik der Gefahrenbegriffe nur unter besonderen Umständen und unter starken Einschränkungen sinnvoll. Eine Ausweitung im Sinne des bayerischen Gesetzgebers ist kritisch zu sehen.

In gesamtheitlicher Betrachtung ist die Einführung der drohenden Gefahr im Sinne des bayerischen Gesetzgebers aus rechtsstaatlicher Sicht kritisch einzuordnen. Die Ausführungen konnten zeigen, dass die Norm und die Gefahrenbegriffskategorie zumindest nicht einwandfrei rechtsstaatlich und ausgegogen sind. Problematisch ist die Novellierung auch im Sinne einer Entwicklung hin zum Präventionsstaat einzuordnen. Die Gefahr einer Etablierung eines solchen Staates kann durchaus berechtigt gesehen werden.

Der bayerische Gesetzgeber ist zwar seiner selbst auferlegten Vorreiterrolle gerecht geworden. Er hat rechtliches Neuland betreten. Dabei ist es nur fraglich, ob er nicht über das Ziel hinausgeschossen ist, und damit zwar ein Konzept, aber kein eigentlich zukunftsweisendes Konzept eingeführt hat. Die kritische Auseinandersetzung mit der Norm lässt dies zumindest vermuten.

Im Rahmen dieser Arbeit konnte eine mögliche Alternative aufgezeigt werden: die Einführung der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden terroristischen Gefahr. Jedoch ist hierzu anzumerken, dass diese naturgemäß ebenfalls nicht abschließend rechtlich gewürdigt worden ist und somit lediglich einen theoretischen Ansatz als mögliche Alternative präsentiert.

Im Ergebnis dieser Arbeit kann die Novellierung und damit einhergehend die Etablierung der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr im Sinne des bayerischen Gesetzgebers kritisch betrachtet werden. Aus kriminalpolitischer Sicht ist die drohende Gefahr, wie die vorgenommene Untersuchung herausgearbeitet hat, eher eine Rechtsstaatsgefährdung – und ein Schritt in Richtung eines Präventionsstaates mit der Gefahr der staatlichen Willkür – als ein sicherheitsprägendes, das Recht stabilisierendes Mittel. Eine Ausnahme von dieser Annahme besteht mit Verweis auf das BKAG-Urteil des BVerfG, wie aufgezeigt wurde, unter Umständen zur Bekämpfung des Terrorismus.

Dennoch ist dies nur ein vorläufiges Ergebnis der Untersuchung der Gefahrenbegriffskategorie der drohenden Gefahr in der Ausgestaltung des bayerischen Gesetzgebers. Die notwendige abschließende verfassungsrechtliche Würdigung steht noch aus und wird mit großem Interesse zu verfolgen sein.

Rechtsquellenverzeichnis

I. Polizeigesetze

Bundeskriminalamtgesetz – BKAG

Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten; Bundeskriminalamtgesetz vom 01.06.2017 (BGBl. I S. 1354); Ersetzt 2190-2 G v. 07.07.1997 I 1650 (BKAG 1997)

Bundesverfassungsschutzgesetz – BVerfSchG

Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz; Bundesverfassungsschutzgesetz vom 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2970), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30.06.2017 (BGBl. I S. 2097) geändert worden ist.

Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen

Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24.07.2017 (GVBl, 2017, 13, S. 388, BayRS 2012-1-1-I, 204-1-I, 2011-2-I)

Polizeiaufgabengesetz – BayPAG/PAG

Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei, Polizeiaufgabengesetz (PAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.09.1990 (GVBl. S. 397, BayRS 2012-1-1-I), das zuletzt durch § 1 des Gesetzes vom 18.05.2018 (GVBl. S. 304, 434) geändert worden ist.

Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – VSG NRW

Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – VSG NRW) vom 20.12.1994 (GV. NRW. 1995 S. 28), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 17.05.2018 (GV. NRW. S. 244) geändert worden ist.

Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts

Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts vom 18.05.2018 (GVBl. 2018, 9, S. 301)

II. Sonstige Gesetze

Artikel 10-Gesetz – G10

Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, Artikel 10-Gesetz vom 26.06.2001 (BGBl. I S. 1254, 2298; 2007 I S. 154), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 14.08.2017 (BGBl. I S. 3202) geändert worden ist.

Bürgerliches Gesetzbuch – BGB

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12.07.2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist.

Grundgesetz – GG

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist.

Strafgesetzbuch – StGB

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30.10.2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist.

Verfassung des Freistaates Bayern

Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.12.1998 (GVBl. S. 991, 992, BayRS 100-1-I), die zuletzt durch Gesetze vom 11.11.2013 (GVBl. S. 638, 639, 640, 641, 642) geändert worden ist.

III. Richtlinien

EU-Datenschutzrichtlinie (2016/680)

Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, (ABl. L 119, 04.05.2016, S. 89–131)

Literaturverzeichnis

- Amnesty International Stellungnahme von Amnesty International zu den geplanten Änderungen des Polizeiaufgabengesetzes in Bayern, Berlin, 09.05.2018, unter: <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2018-05/Amnesty-Positionspapier-Stellungnahme-Polizeiaufgabengesetz-Bayern-Mai2018.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018
- Arzt, Clemens Stellungnahme 17/652 vom 05.06.2018, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschusses des Landtags NRW am 07.06.2018, unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-652.pdf;jsessionid=347B0A90A8F0FFFEAFB2CBFB754983691.xworker>, aufgerufen am 21.11.2018
- Augsberg, Ino Klageschrift vom 28.03.2018 an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in Bezug zu: Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 der Bayerischen Verfassung über die Frage der Verfassungskonformität des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ vom 24.07.2017 (GVBl. 2017, S. 388), unter: <https://katharina-schulze.de/wp-content/uploads/2018/04/Klageschrift-BayPAG-Novelle-2017.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018
- Bayerischer Landtag Drucksache 17/16299 vom 04.04.2017, unter: http://www1.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP17/Drucksachen/Basisdrucksachen/0000010000/0000010228.pdf, aufgerufen am 12.12.2018

Bayerisches Staatsministerium	Pressemitteilung, Bericht zur Kabinettsitzung, Sofortprogramm Innere Sicherheit, unter: http://www.stmi.bayern.de/med/aktuell/archiv/2017/170124inneresicherheit/ , abgerufen am 04.10.2018
BayernSPD	Bayerische Verfassungsklage der SPD gegen das Polizeiaufgabengesetz eingereicht, Pressemitteilung vom 05.09.2018, unter: https://bayernspd-landtag.de/presse/pressemitteilungen/?id=414096 , aufgerufen am 01.01.2019
Böckenförde, Stephan	Deutsche Sicherheitspolitik, Herausforderungen, Akteure und Prozesse, Farmington Hill, Opladen, 2014, S. 89–112
Brodmerkel, Stefan	Der Gesetzesentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Gelungen mit Einschränkungen, Bayerischer Rechts- und Verwaltungsreport, unter: https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzesentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/ , aufgerufen am 11.10.2018
Byungwoog, Park	Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, Berliner Juristische Universitätschriften Öffentliches Recht, Band 32, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2013
Calliess, Christian	Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl – Deutsche Verwaltungsblätter, 2003, S. 1096–1105

- Coelln v., Christian Stellungnahme 17/663 vom 06.06.2018, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen zum Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 17/2351, unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-663.pdf>, aufgerufen am 12.12.2018
- Degenhart, Christoph Antrag auf Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten nach Art. 75 Abs. 3 der Verfassung des Freistaates Bayern an den Bayerischen Verfassungsgerichtshof, 06.06.2018, unter: <https://pagkritik.de/wp-content/uploads/2018/06/ZweiteKlageBayGH.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018
- Denninger, Erhard Polizeiaufgaben, in: Lisken, Hans / Denninger, Erhard, Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2007
- Polizeiaufgaben, in: Lisken, Hans / Denninger, Erhard, Handbuch des Polizeirechts, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2012
- Deutscher Anwaltverein Stellungnahme 17/712, Gesetzesentwurf der Landesregierung zum Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen, vom 21.06.2018, unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-712.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018

- Dudenredaktion Rechtschreibung, o. J., verfügbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Sicherheit>, aufgerufen am 05.12.2018
- Erbel, Günter Die öffentliche Sicherheit im Schatten des Terrorismus, APuZ – Aus Politik und Zeitgeschichte, Band 10–11, Frankfurt am Main, 2002, S. 14–21
- Erbguth, Wilfried / Guckelberger, Annette Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018
- Franklin, Benjamin / Wagner, Adolf Dr. Benjamin Franklin's nachgelassene Schriften und Correspondenz, nebst seinem Leben, Band 3, Landes-Industrie-Comptoir, Weimar, 1818, unter: https://books.google.de/books?hl=de&lr=&id=0TIMdl_nwwlC&oi=fnd&pg=PA2&dq=Dr.+Benjamin+Franklin%27s+nachgelassene+Schriften+und+Correspondenz,+nebst+seinem+Leben,+Band+3,+Landes-Industrie-Comptoir,+Weimar,+1818&ots=BQMiwk4yv5&sig=i8dl2nAYkPZnZb0Rx_rAvNYZOTw#v=onepage&q&f=false, aufgerufen am 15.01.2019
- Gareis, Sven-Bernhard Die Organisation deutscher Sicherheitspolitik, Akteure, Kompetenzen, Verfahren und Perspektiven, in: Böckenförde, Stephan / Gareis, Sven Bernhard (Hrsg.): Deutsche Sicherheitspolitik, Herausforderungen, Akteure und Prozesse, Farmington Hill, Opladen, 2014, S. 89–112
- Gazeas, Nikolaos Stellungnahme 17/662, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses am 07.06.2018 zum Gesetzesentwurf der Landesre-

gierung – Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (LT-Drs. 17/2351), vom Juni 2018, unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MST17-662.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018

Glaeßner, Gert Joachim

Sicherheit in Freiheit, Verlag Leske + Budrich, Opladen, 2003

Gürgen, Malene

Handgranaten für die Polizei, unter: <http://www.taz.de/!5499809/>, aufgerufen am 04.10.2018

Heidebach, Martin

Abstrakte Gefahr als Eingriffsvoraussetzung, unter: <https://www.juwiss.de/30-2017/>, aufgerufen am 11.10.2018

Heise, Gerd /
Riegel, Reinhard

Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes mit Begründung und Anmerkungen, Boorberg Verlag, Stuttgart, 2. Auflage, 1978

Herrmann, Joachim

Herrmann zum Polizeiaufgabengesetz, Pressemitteilung, München, 2018a, unter: <http://www.stmi.bayern.de/med/pressemitteilungen/pressearchiv/2018/353/index.php>, aufgerufen am 03.01.2019

Innenminister Herrmann zu Neuerungen im Polizeiaufgabengesetz, Pressemitteilung, München, 2018b, unter: <https://www.stmi.bayern.de/med/pressemitteilungen/pressearchiv/2018/161/index.php>, aufgerufen am 03.01.2019

- Hofmann, Robin Flucht, Migration und die neue europäische Sicherheitsarchitektur, Herausforderungen für die EU-Kriminalpolitik, Springer VS, Wiesbaden, 2017
- Isensee, Josef Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Walter de Gruyter GmbH und Co KG, Berlin/New York, 1983
- Kießling, Andrea Gefahraufklärungsbefugnisse in der Polizeirechtsdogmatik – Überlegungen anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG, Verwaltungsarchiv, Band 108, Heft 2, 2017, S. 282-302
- Kipker, Dennis-Kenji Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit: Rechtliche Herausforderungen moderner Überwachungstechnologien, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2016
- Klebelsberg, Dieter Das Modell der subjektiven und objektiven Sicherheit, in: Schweizerische Zeitschrift für Psychologie, 1977, 34. Jahrgang, Heft-Nr. 4, S. 285-294
- Knemeyer, Franz-Ludwig Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Auflage, C.H. Beck, München, 2007
- Kral, Sebastian Die polizeilichen Vorfeldebefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts: Begriff, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 1214, Duncker & Humblot, Berlin, 2012

- Kugelmann, Dieter Polizei- und Ordnungsrecht, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2. Auflage, 2012
- Kuschewitz, Henning Das Bundesverfassungsgericht und die neue Sicherheitsarchitektur, Cuvillier Verlag, Göttingen, 2014
- Landtag Nordrhein-Westfalen Gesetzentwurf der Landesregierung, Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen-Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen, Landtag Drucksache 17/2351, 11.04.2018, unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD17-2351.pdf>, aufgerufen am 24.11.2018
- Lange, Hans-Jürgen Innere Sicherheit als Netzwerk, in: Lange, Hans-Jürgen (Hrsg.): Staat, Demokratie und Innere Sicherheit in Deutschland, Opladen, 2000, 235–255
- Leisner-Egensperger, Anna Polizeirecht im Umbruch: die drohende Gefahr, DÖV – Die öffentliche Verwaltung, Heft 17, 2018, S. 677–688
- Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe – Ein Beitrag zur Entscheidungstheorie im modernen Verwaltungsstaat, DÖV – Die öffentliche Verwaltung, 2002, S. 326–334
- Lisken, Hans /
Denninger, Erhard Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2007
- Handbuch des Polizeirechts, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2012

Löffelmann, Markus

Stellungnahme vom 14.02.2018 (2018a) zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 30.01.2018, Bayerischer Landtag Drucksache 17/20425, unter: <https://www.nopagby.de/wp-content/uploads/2018/05/Stellungnahme-L%C3%B6ffelmann-PAG-E-Anhang1.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018

Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVbl. – Bayerische Verwaltungsblätter, Heft 5, 2018b, S. 145–155

Lutz, Martin

Die innere Sicherheit im Land ist ein Flickenteppich, Die Welt, 2018, unter: https://www.welt.de/print/die_welt/politik/article180555550/Die-innere-Sicherheit-im-Land-ist-ein-Flickenteppich.html, aufgerufen am 04.10.2018

Meyer, Stephan

Subjektiver oder objektiver Gefahrenbegriff, Gefahrenverdacht und Vorfeldbefugnisse: Dauerbaustellen des Gefahrenabwehrrechts, JURA – Juristische Ausbildung, Band 39, Heft 11, 2017a, S. 1259–1270

Kriminalwissenschaftliche Prognoseinstrumente im Tatbestand polizeilicher Vorfeldbefugnisse, JZ – Juristenzeitung, Jahrgang 72, Heft 9, 2017b, S. 429–480

- Mosfer, Ali Fragilitäten des Rechtsstaates seit dem 11.09.2001 im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, Band 151, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2015
- Möstl, Markus Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl.-Bayerische Verwaltungsblätter, Heft 5, 2018, S. 156–163
- Müller, Birgit Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVbl'. – Bayerische Verwaltungsblätter, Heft 4, 2018, S. 109–116
- Naas, Stefan Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes 1931, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003
- Neue Richtervereinigung Die drohende Gefahr im Polizeirecht, Fachgruppe Verwaltungsrecht, Juni 2018, unter: https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/201806_NRV_FG_VerwR_Polizeirecht.pdf, aufgerufen am 21.11.2018
- Nitschke, Peter Von der Politeia zur Polizei, Zeitschrift für historische Forschung, Band 19, 1992, S 1–27

- Petri, Thomas
Schriftliche Stellungnahme des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz, vom 08.05.2017, unter: <https://asjbayern.de/workspace/media/static/072ki170517gesendgkopie-5adf39930f829.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018

Im Schatten des Leviathan - Zum Verhältnis von Sicherheit und Freiheit anhand von Beispielen aus der TK-Überwachung, RDV- Recht der Datenverarbeitung, DATAKONTEXT, Frechen, 2003, S. 16–22
- Pewestorf, Adrian / Söllner, Sebastian / Tölle, Oliver
Polizei- und Ordnungsrecht Kommentar, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Kniesel, Michael
Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2010
- Pils, Michael Johannes
Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht, DÖV – Die öffentliche Verwaltung, Heft 22, 2008, S. 941–948
- Poscher, Ralf
Gefahrenabwehr, Eine dogmatische Rekonstruktion, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1999
- Prantl, Heribert
Bayern macht aus der Polizei eine Darf- fast-alles Behörde, Artikel vom 14.05.2018, unter: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/polizeiaufgabengesetz-heribert-prantl-kommentar-1.3977434>, aufgerufen am 21.11.2018
- Putzke, Holm
Kriminalpolitik, unter: http://www.krimlex.de/artikel.php?BUCHSTABE=&KL_ID=109, aufgerufen am 03.01.2019

- Rachor, Frederik Organisation der Sicherheitsbehörden in Deutschland, in: Lisken, Hans / Denninger, Erhard (Hrsg.): Handbuch des Polizeirechts, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2012
- Rechtslexikon.net Erhebliche Gefahr, unter: <http://www.rechtslexikon.net/d/erhebliche-gefahr/erhebliche-gefahr.htm>, aufgerufen am 21.11.2018
- Schenke, Wolf- Rüdiger Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2009
- Schlink, Bernhard Das Objektive und Subjektive beim polizeirechtlichen Gefahrenbegriff, JURA – Juristische Ausbildung, Band 21, Heft 4, 1999, S. 169-172
- Schoch, Friedrich Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg- Urteil des Preussischen Obergerverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tag, Der Staat, Band 43, Heft 3, 2004, S. 347–369
- Schütte, Matthias Befugnis des Bundesgrenzschutzes zur lageabhängigen Personenkontrollen, ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik, 35 Jahrgang, Heft 9, 2002, S. 393–399

- Schwarz, Kyrill-Alexander Sachverständige Stellungnahme zu den Gesetz-entwürfen der Bayerischen Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Dr. 17/20763) vom 20.03.2018 (2018a), unter: https://www.nopagby.de/wp-content/uploads/2018/05/Stellungnahme_Schwarz.pdf, aufgerufen am 01.11.2018
- Stellungnahme 17/632, Sachverständige Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung „Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen“ vom 18.5.2018 (2018b), unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-632.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018
- Seehofer, Horst Pressekonferenz vor der Kabinettsitzung in St. Quirin am 26.07.2016, unter: <https://www.welt.de/politik/video157308268/Islamistischer-Terrorismus-ist-in-Deutschland-angekommen.html>, abgerufen am 04.10.2018
- Simon, Dirk Präzeptoraler Sicherheitsstaat und Risikovorsorge, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2009

- Steffen, Wiebke
- Gutachten für den 17. Deutschen Präventionstag: Sicher leben in Stadt und Land; Erich Marks & Wiebke Steffen (Hrsg.): Sicher leben in Stadt und Land, Ausgewählte Beiträge des 17. Deutschen Präventionstages 16. und 17.04.2012 in München, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2013, S. 47–120
- Gutachten für den 19. Deutschen Präventionstag: Prävention braucht Praxis, Politik und Wissenschaft, Kriminalprävention braucht Präventionspraxis, Präventionspolitik und Präventionswissenschaft, 2014, unter: https://landespraeventionsrat.brandenburg.de/media_fast/4055/Gutachten-19-DPT_F2872-1794.pdf, aufgerufen am 12.12.2018
- Streiß, Christoph
- Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2011
- Süddeutsche Zeitung
- Anschlag auf Berliner Weihnachtsmarkt, unter: https://www.sueddeutsche.de/thema/Anschlag_auf_Berliner_Weihnachtsmarkt, abgerufen am 04.10.2018
- Thiel, Markus
- Stellungnahme 17/651 vom 30.05.2018, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 17/2351, unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MST17-651.pdf>, aufgerufen am 21.11.2018

Thurm, Frida	In Bayern droht bald überall Gefahr, Zeit online, unter: https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/polizeigesetz-bayern-csu-sicherheit-ueberwachung-gewaltenteilung , aufgerufen am 12.10.2018
Vereinte Nationen	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Aegitas, 2015
Wächtler, Hartmut	Stellungnahme zur Änderung des PAG, vom 20.03.2018, unter: https://www.regensburg-digital.de/wpcontent/uploads/2018/04/Stellungnahme_Waechtler-1.pdf , aufgerufen am 21.11.2018
Waechter, Kay	Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 7, 2018, S. 458–462 Die aktuelle Situation des Polizeirechts, JZ – Juristenzeitung, Heft 18, 2002, S. 854-862
Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag	Ausweitung polizeilicher Befugnisse in Deutschland und Europa, WD 3-3000 -226/18, 2018, unter: https://www.bundestag.de/blob/565890/82827a91f4913f9d73f42c0e5209dba1/wd-3-226-18-pdf-data.pdf , aufgerufen am 12.12.2018
Zeit Online	FDP, Grüne und Linke klagen gegen Polizeiaufgabengesetz, Onlineartikel vom 10.09.2018, unter: https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-09/normenkontrollklage-polizeiaufgabengesetz-fdp-linke-gruene , aufgerufen am 01.01.2019

