

Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr

– Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG –

Von Prof. Dr. Markus Möstl, Bayreuth

Durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen ist in die Generalklausel des Art. 11 PAG ein neuer Absatz 3 eingefügt worden, der der Polizei die Befugnis einräumt, unter Umständen bereits bei drohender Gefahr (das heißt im Gefahrenvorfeld) die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und gegebenenfalls auch in den Kausalverlauf einzugreifen. Zwei zentrale dogmatische Stellschrauben des Polizeirechts – der Gefahrbegriff und die Generalklausel – werden auf diese Weise modifiziert. Dass ein solcher Eingriff in die rechtsstaatliche Herzkammer des Polizeirechts auf viel Aufmerksamkeit stößt, liegt auf der Hand. Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens ist ein Streit darüber entbrannt, ob die Neuregelung nur eine „moderate Arrondierung“¹ der überkommenen Dogmatik darstellt oder aber eine „Erosion des Rechtsstaats“² befürchten lässt. Der vorliegende Beitrag möchte vor diesem Hintergrund analysieren, wie weit die neue Befugnis reicht und wie es um ihre Verfassungsmäßigkeit bestellt ist.

1. Hintergrund und Einführung

Der Polizeirechtsgesetzgeber heutiger Tage ist nicht zu beneiden. Das BVerfG hat ihm in einer langen Rechtsprechungsreihe – zuletzt im BKAG-Urteil vom 20. April 2016³ –, was die zulässige Fassung von Eingriffstatbeständen anbelangt, eine Fülle von ungewöhnlich dichten, tief in die Dogmatik des einfachgesetzlichen Polizeirechts hinabsteigenden Vorgaben gemacht⁴, ohne dass diese Vorgaben immer sehr eindeutig und vollends konsistent wären; namentlich zur Frage, inwieweit Polizeibefugnisse bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen dürfen, herrscht noch immer viel Unsicherheit⁵. Was speziell die Umsetzung des BKAG-Urteils anbelangt, kommt hinzu, dass dieses Urteil einerseits in einem sehr speziellen Kontext (eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen zur Terrorismusbekämpfung) ergangen ist, vom BVerfG selbst andererseits aber offenbar als Summe seiner jüngeren Polizeirechtsjudikatur verstanden wird, die über den engeren Verfahrensgegenstand hinaus von allgemeiner Bedeutung auch für den Landespolizeigesetzgeber ist⁶ (ohne dass diese Konsequenzen allerdings im Verfahren hinreichend thematisiert worden wären⁷); der Landesgesetzgeber muss daher stets überlegen, inwieweit die im BKAG-Urteil getroffenen Aussagen verallgemeinerbar sind oder nicht. In dieser Situation sieht sich der Polizeirechtsgesetzgeber mit einem regelungstechnischen Dilemma konfrontiert: Entweder er lehnt sich mit seiner Fassung von Eingriffstatbeständen eng an die entsprechenden Formulierungen in den Urteilsgründen des BVerfG an und setzt sich dann allerdings sogleich dem Vorwurf aus, er habe zu einer mutlosen und letztlich ungeeigneten „copy and paste“-Technik gegriffen⁸. Oder aber er wagt beherzt eine eigenständige dogmatische Systembildung, zieht dann aber sogleich den Verdacht auf sich, er entferne sich von den Vorgaben des BVerfG und gefährde rechtsstaatliche Grundsätze⁹.

Hinzu kommt, dass das Polizeirecht angesichts sich ständig wandelnder Bedrohungslagen auch vor neuen sachlichen Herausforderungen steht. Der bayerische Gesetzgeber steht mit seiner Einschätzung, dass die Ereignisse des Jahres 2016 (bis hin zum Anschlag auf den Berliner Weihnachtsmarkt im Dezember 2016) eine effektivere Überwachung gefährlicher Personen (sog. „Gefährder“) nötig machen¹⁰, keineswegs allein. Dieselbe Einschätzung liegt vielmehr der gleichfalls 2017 erfolgten Novellierung des BKAG¹¹ zugrunde; vom Bundesgesetzgeber wird sie also geteilt¹². Gemeinsam ist sowohl der bayerischen wie der bundesrechtlichen Neuregelung¹³, dass

zum einen hinsichtlich der tatbestandlichen Fassung der Eingriffsbefugnisse bewusst an die diesbezüglichen klarstellenden Äußerungen des BVerfG im BKAG-Urteil zur Zulässigkeit von Vorfeldbefugnissen angeknüpft wird¹⁴ sowie dass zum anderen (insoweit über das BKAG-Urteil hinausgehend) auf der Basis dieser Eingriffsschwelle im Gefahrenvorfeld nicht allein Befugnisse der rein informationellen Gefahraufklärung, sondern gegebenenfalls auch aktionelle Befugnisse zum Eingriff in den Kausalverlauf (zum Beispiel durch Aufenthaltsan-

1 So die Begründung des Gesetzentwurfs, LT-Drs. 17/16299 S. 9; vgl. auch die zusammenfassende Präsentation des Änderungsgesetzes von *Birgit Müller* in BayVBl. 2017, 109 ff.

2 So eine besonders weit reichende erste Einschätzung zu einem (später allerdings noch maßgeblich entschärften) Vorentwurf in: *Heidebach*, Der Gesetzentwurf zu effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Wider rechtsstaatliche Kernsätze des Polizeirechts, BayRVR v. 13.07.2017, unter IV. (abrufbar unter <https://bayrvr.de/2017/03/13/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-wider-rechtsstaatliche-kernsaetze-des-polizeirechts/>); vgl. auch die kritische Bewertung bei *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. (in diesem Heft), unter 3.

3 BVerfGE 141, 220 = BayVBl. 2016, 589 (Leitsatz und Tenor).

4 Vgl. die Kritik bei *Gärditz*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 988 ff. („verfassungsdogmatischer Overkill“); *Lindner/Unterreitmeier*, DÖV 2017, 90/93 („Das Bundesverfassungsgericht als Sicherheitsgesetzgeber“); siehe auch die Kritik in den Sondervoten der Richter *Eichberger* und *Schluckebier*, BVerfGE 141, 220/353 ff., 362 ff. (S. 354, 363: „überzogene Anforderungen“).

5 Vgl. bereits meine Kritik in *Möstl*, DVBl. 2010, 808/809 ff. Dass auch die um wichtige Klarstellung bemühten Passagen des BKAG-Urteils (BVerfGE 141, 220/272 f. Rn. 112) ein immer noch viele Fragen aufwerfender Anknüpfungspunkt für eine dogmatische Systembildung sind, macht nicht zuletzt der – hier zu behandelnde – Streit um Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. deutlich; vgl. z. B. die Kritik bei *Löffelmann*, BayVBl. 2017, 145 ff. unter 2.a.cc., die in der Sache zum Teil zugleich eine Kritik an den zugrundeliegenden Formulierungen des BVerfG ist, an die der bayerische Gesetzgeber anknüpft.

6 Vgl. auch die Pressemitteilung Nr. 19/2016 des Gerichts vom 20.04.2016.

7 So die Kritik im Sondervotum *Schluckebier*, BVerfGE 141, 220/362 f. Rn. 2.

8 Vgl. die Kritik bei *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.cc. und 3.; siehe auch *Möstl*, DVBl. 2010, 808/811.

9 Vgl. z. B. die Kritik bei *Heidebach* (Fn. 2).

10 LT-Drs. 17/16299 S. 1, 9.

11 Gesetz vom 01.06.2017, BGBl. I S. 1354.

12 Vgl. BT-Drs. 18/11163 S. 75 f. (moderater Ausbau der Befugnisse des BKA zur Schließung von Sicherheitslücken angesichts der jüngsten Anschläge in Europa), S. 116 f. (zu Aufenthaltsanordnungen und Kontaktverbote sowie zur elektronischen Fußfessel).

13 Hierbei insbesondere §§ 55 f. BKAG (in der ab 01.01.2018 gültigen Fassung), bis dahin §§ 20y und 20z BKAG.

14 BVerfGE 141, 220/272 f. Rn. 112 f.

ordnungen, Kontaktverbote etc., gegebenenfalls flankiert durch Maßnahmen der elektronischen Aufenthaltsüberwachung¹⁵ eingeräumt werden sollen¹⁶. Das bayerische Gesetz geht in Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. andererseits hinsichtlich zweier Aspekte konzeptionell auch deutlich über die neuen BKAG-Regelungen hinaus: Zum einen verdichtet es die vom BVerfG aufgestellten Anforderungen an die Fassung von Vorfeldbefugnissen zu einem neuen Begriff der „drohenden Gefahr“, das heißt, es fügt der überkommenen Dogmatik der Gefahrbegriffe eine neue Facette hinzu. Zum anderen knüpft es an die neue Eingriffsschwelle nicht allein einzelne Standardbefugnisse¹⁷, sondern es erweitert die Generalklausel um eine neue Fallgruppe, in der der Polizei erforderlichenfalls auch bereits bei drohenden Gefahren generalklauselartige Befugnisse für unbenannte (atypische) Maßnahmen informationeller und aktioneller Art eingeräumt werden sollen. Es nimmt also Modifikationen bei zwei dogmatischen Herzstücken des Polizeirechts – dem Gefahrbegriff und der Generalklausel – vor.

Der im Folgenden näher zu analysierende Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. lautet:

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

1. *das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder*
2. *Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,*

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 48 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.*

2. Vorfeldbezogene Aussagen des BVerfG im BKAG-Urteil

Blicken wir zunächst auf diejenige Aussage zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit polizeilicher Vorfeldbefugnisse im BKAG-Urteil, die für das Verständnis von Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. besonders relevant ist. Das BVerfG führt hierbei (in Rn. 112 des Urteils) 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 Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zure-

chenbaren 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. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (BVerfGE 120, 274/328 f.; 125, 260/330 f.). 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“.

Die in Bezug genommene Passage ist keineswegs einfach zu verstehen, zum Teil scheint sie geradezu widersprüchlich oder (bewusst) ungenau formuliert (vielleicht um dem Gesetzgeber Raum für eigenständige Systembildungen zu lassen). So ist teilweise von „tatsächlichen Anhaltspunkten“ und dann wieder von „bestimmten Tatsachen“ die Rede; so wird überwiegend darauf abgestellt, die maßgebliche Vorverlagerung bestehe in reduzierten Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs, an anderer Stelle klingt es hingegen eher so, als könne es sich auch um einen abgesenkten Grad der Wahrscheinlichkeit (unterhalb der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“) handeln¹⁸; zum Schluss wird gesagt, gegebenenfalls müsse das (wahrscheinliche) Geschehen noch nicht einmal seiner Art nach konkretisiert sein, um dann dennoch eine „konkrete“ Wahrscheinlichkeit zu verlangen. So undeutlich diese – auffällig unscharf formulierten – Aussagen auch im Einzelnen sein mögen, so wird in der Zusammenschau doch klar, welche Situationen das BVerfG vor Augen haben dürfte: nämlich die (gerade für den heutigen Terrorismus keineswegs untypische) Situation, dass aufgrund bestimmter Tatsachen (insbesondere individuelles Vorverhalten oder konkrete Vorbereitungshandlungen) durchaus mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass es in überschaubarer Zeit überhaupt zu einem Schaden für ein bedeutendes polizeiliches Schutzgut kommen könnte, dass andererseits aber noch weitgehend unklar ist und nicht näher

¹⁵ Vgl. für Bayern insbesondere Art. 16 und Art. 32a PAG n. F.

¹⁶ Vgl. meine schriftlichen Stellungnahmen sowohl zum Gesetzentwurf zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes (Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 20.03.2017) als auch zum Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtags am 17.05.2017).

¹⁷ Das tut es auch, z. B. in Art. 13 Abs. 1 Nr. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 3, Art. 16 Abs. 1 und 2, Art. 21 Abs. 1 Nr. 3, Art. 32 Abs. 2 Nr. 1, Art. 32a PAG n. F.

¹⁸ Wobei gerade diese Passage in der Literatur (auch im Vergleich zu früheren Formulierungen des Gerichts) zu Recht so gedeutet worden ist, dass auch hier weniger die Absenkung des Wahrscheinlichkeitsgrades einer Schädigung, sondern der Umstand im Vordergrund steht, dass sich das wahrscheinliche Schadensereignis (nach Ort, Zeit, Art und Weise) noch nicht hinreichend genug beschreiben lässt, vgl. Darnstädt, DVBl. 2017, 88/92.

bestimmt werden kann, wann, wo und auf welche Weise sich dieser mögliche Schaden realisieren wird (das BVerfG scheint Situationen im Blick zu haben, bei denen man zum Beispiel weiß, dass jemand in einem Terrorausbildungslager war oder bestimmte Vorbereitungsmaßnahmen, zum Beispiel Waffenbeschaffungen, begangen hat, dass es durchaus hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass es im Einzelfall überhaupt zu einem Terroranschlag kommen könnte, man aber noch nicht genauer absehen kann, auf welche Weise, wann und wo sich der zum Schaden führende Kausalverlauf entfalten wird). Ich würde in diesem Sinne der Einschätzung zustimmen, dass es bei der Vorverlagerung, wie sie das BVerfG meint und als zulässig erachtet, nicht so sehr oder jedenfalls nicht in erster Linie um eine Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwelle geht, sondern vielmehr um reduzierte Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs, der zu diesem (wahrscheinlichen) Schaden führen wird; es lässt sich mit anderen Worten also das wahrscheinliche Schadenereignis (hinsichtlich Zeit, Ort, Art und Weise) noch nicht so konkret beschreiben, wie man das sonst bei konkreten Gefahren gewohnt ist¹⁹.

Blickt man noch genauer hin, so fällt auf, dass das BVerfG eine weitere (Binnen-)Differenzierung vornimmt²⁰. So soll eine Variante zulässiger Vorverlagerung (aufgegriffen in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PAG n. F.) darin bestehen, dass bestimmte Tatsachen zum einen wenigstens den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen sowie zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über die zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahmen weitgehend gegen sie eingesetzt und auf sie beschränkt bleiben können; beschrieben wird damit ein (im Vorfeld der konkreten Gefahr angesiedelter) Gefahrverdachtsgrad, der einerseits (hinsichtlich der Art des Geschehens) bereits ein Stück weit konkretisiert ist, und andererseits immerhin gruppenbezogen ist (es kann eine Gruppe möglicher Beteiligter identifiziert werden, auf die sich die Maßnahmen beschränken können). Und als andere Variante (aufgegriffen in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PAG n. F.) soll es auch ausreichen, dass sich das mögliche Geschehen noch nicht einmal seiner Art nach konkretisieren lässt, wenn andererseits das individuelle Vorverhalten einer Person den Schluss darauf zulässt, dass sie bestimmte Straftaten begehen wird; in diesem Fall also bleibt der Gefahrverdachtsgrad hinsichtlich des zu erwartenden Geschehens noch recht abstrakt (nicht einmal der Art nach konkretisiert, wobei der immerhin mögliche Schluss auf bestimmte Straftaten doch eine gewisse Zielrichtung des möglichen Schadens erkennen lässt), dieses Manko wird andererseits aber dadurch kompensiert, dass sich der Gefahrverdacht stärker individualisieren lässt (durch das individuelle Vorverhalten einer Person liegt ein individueller, nicht nur ein gruppenbezogener Gefahrverdacht vor). Die Aussagen des BVerfG ermöglichen auf diese Weise eine dogmatische Systembildung – dass nämlich im Gefahrenvorfeld je nach Gewicht des Eingriffs auf abgestufte Gefahrverdachtsgrade (abstrakt bis konkret; individuell, gruppenbezogen, lagebezogen etc.) abgestellt werden sollte –, wie ich sie an anderer Stelle bereits früher befürwortet habe²¹.

3. Zum Ausmaß der Vorverlagerung bei „drohenden Gefahren“ sowie zur dogmatischen Überzeugungskraft dieser Begriffsneuschöpfung

Die Definition der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG n. F. lehnt sich – sowohl nach der gesetzgeberischen Intention²² wie bis in Details der Formulierung in den

Nr. 1 und 2 hinein – so eindeutig an die soeben besprochene Passage des BKAG-Urteils zur zulässigen Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen an, dass es ohne Weiteres möglich und auch geboten ist, den Begriff der drohenden Gefahr im Lichte dieser Passage zu verstehen und auszulegen. Wie weit reicht das Ausmaß der Vorverlagerung vor die klassische Schwelle der konkreten Gefahr, die durch diese Begriffsneuschöpfung ermöglicht wird?

Im Ergebnis möchte ich der Entwurfsbegründung zustimmen, dass mit dem Begriff der „drohenden Gefahr“ nur eine vergleichsweise „moderate“, „eng begrenzte“ Arrondierung in Bezug auf den Gefahrbegriff und eine zulässige Vorverlagerung verbunden ist²³. Befürchtungen der ersten literarischen Stellungnahmen, mit dem neuen Gefahrbegriff könne (jedenfalls bei extensiver Auslegung) eine „sehr weit(e)“ Vorverlagerung²⁴ verbunden sein oder (weil es sich angeblich nur um eine Form der abstrakten Gefahr handele) gar eine „massive Verschiebung der Tektonik von Freiheit und Sicherheit“²⁵ drohen, erweisen sich als unbegründet; gleiches gilt für die Rede von einer weiteren „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei²⁶, da die drohende Gefahr, wie zu zeigen sein wird, noch immer ein Maß an Konkretisierung des Gefahrverdachts verlangt, die weit hinter jener Vorverlagerung zurückbleibt, wie sie für die Nachrichtendienste typisch ist. Es erscheint auch wenig plausibel, dass gerade das BVerfG, auf das sich der bayerische Gesetzgeber ja ausdrücklich bezieht, eine solch massive (und problematische) Vorverlagerung im Sinn gehabt haben könnte.

Zu bedenken ist dabei, dass viele der Gefahrenlagen, die das BVerfG mit der von ihm im BKAG-Urteil umschriebenen Vorfeldschwelle im Blick hatte, nach klassischer (früherer) Sichtweise wohl ohnehin als konkrete Gefahr im Sinne des Polizeirechts angesehen worden wären – solche Gefahrenlagen nämlich, bei denen – wie unter 2. dargestellt – aufgrund individuellen Vorverhaltens oder konkreter Vorbereitungsmaßnahmen sehr wohl mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass es in überschaubarer Zeit überhaupt zu einem Schaden für bedeutende Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit kommen könnte, bei denen andererseits aber noch nicht näher bestimmt werden kann, wann, wo und wie sich dieser Schaden möglicherweise realisiert. In einer solchen Situation einer auf eine konkrete Gefahrenquelle zurückgehenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines zumindest seiner Art oder Zielrichtung nach konkretisierten (wenn auch hinsichtlich des genauen Kausalverlaufs, Ort und Zeit noch nicht näher absehbaren) Schadens hätte man früher wohl überwiegend das Vorliegen einer konkreten Gefahr bejaht, da ja durchaus eine im Einzelfall bestehende hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens gegeben ist,

19 So zu Recht *Darnstädt*, DVBl. 2017, 88/92. A. A. wohl *Lindner*, <https://publicus.boorberg.de/das-neue-bayerische-polizeirecht/> (eine im Hinblick auf das Wahrscheinlichkeitsurteil abgestufte konkrete Gefahr).

20 Zum Folgenden: *Möstl*, in: *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 50.

21 Siehe bereits *Möstl*, DVBl. 2007, 581/587 f.; siehe auch: *Möstl*, in: *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 50 m. w. N.

22 Vgl. LT-Drs. 17/16299 S. 9: „greift ... auf“.

23 LT-Drs. 17/16299 S. 9; a. A. *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 3.

24 *Brodmerkel*, Der Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Gelungen mit Einschränkungen, BayRVR vom 09.03.2017, unter 1., abrufbar unter <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/>.

25 *Heidebach* (Fn. 2), unter II.

26 So aber die Kritik bei *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.bb.

wie sie klassisch als Kern der Definition der „konkreten Gefahr“ angesehen wird²⁷. Das BVerfG scheint in seiner jüngeren Rechtsprechung tendenziell jedoch von einem engeren Begriff der konkreten Gefahr auszugehen, sei es, dass es (entgegen der klassischen Sichtweise) teilweise eine besondere zeitliche Nähe des möglichen Schadens verlangt hat²⁸, sei es, dass es (wie nunmehr im BKAG-Urteil) ein allein seiner Art und Zielrichtung nach konkretisiertes mögliches Geschehen als hinsichtlich des Kausalverlaufs offenbar noch nicht hinreichend konkret vorhersehbar ansieht, um eine konkrete Gefahr zu bejahen²⁹. Zwingend ist eine solche – vergleichsweise enge – Sicht des Begriffs der konkreten Gefahr nicht. Das Beispiel des Maulkorbzwangs für einen gefährlichen Hund (Art. 18 Abs. 2 LStVG) zeigt exemplarisch, dass im allgemeinen Sicherheitsrecht nicht eine so enge Sichtweise des Begriffs der konkreten Gefahr zugrunde gelegt wird, wie dies das BVerfG im Polizeirecht tut, denn auch beim gefährlichen Hund weiß man regelmäßig ja nur, dass von einer konkreten Gefahrenquelle eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines seiner Art und Zielrichtung nach konkretisierbaren Geschehens ausgeht, man weiß indes noch nicht, wann, wie und wo sich die Gefahr möglicherweise realisieren wird, kann den genauen schadensträchtigen Kausalverlauf also noch nicht konkret vorhersehen, und dennoch hindert dies die ständige Praxis nicht daran, in solchen Fällen eine konkrete Gefahr anzunehmen³⁰. Mag die engere Sichtweise des BVerfG also durchaus angreifbar sein, so muss sie – jedenfalls für das Polizeirecht – jedoch dennoch als bindend zugrunde gelegt werden. Die drohende Gefahr im oben beschriebenen Sinne mit der konkreten Gefahr gleichzusetzen, wie dies früher durchaus nicht unüblich war³¹, ist aufgrund der entgegenstehenden Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls für das Polizeirecht nicht mehr ohne Weiteres möglich.

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

Im Verhältnis zu einem (eng verstandenen) Begriff der konkreten Gefahr (im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG) bewirkt die neue Schwelle eine – verfassungsrechtlich zulässige – Vorverlagerung in dem Sinne, dass die Anforderungen hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs und gegebenenfalls auch der zeitlichen Nähe abgesenkt sein können, wenn andererseits aufgrund individuellen Vorverhaltens oder konkreter Vorbereitungsmaßnahmen doch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines zumindest seiner Art oder Zielrichtung nach konkretisierten Geschehens bejaht werden kann. Versteht man den Begriff der drohenden Gefahr in dieser Weise, dürfte die neue Schwelle auch ohne Weiteres für die Polizei handhabbar sein.

Eine andere – nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen, sondern allein den Aspekt einer guten Gesetzgebungstechnik und einer stimmigen einfachgesetzlichen Begriffsbildung betreffende – Frage ist es, ob es dogmatisch überzeugend ist, dass der Gesetzgeber die so umrissene Eingriffsschwelle als „drohende Gefahr“ bezeichnet hat. Zwar ist es richtig, dass es in der Literatur durchaus auch andere Vorschläge zur begrifflichen Strukturierung des Gefahrenvorfelds gegeben hat und dass u. a. auch ich in der Vergangenheit einen solchen anderen Vorschlag (der sich an abzustufenden Gefahrverdachtsgraden orientiert, siehe oben am Ende von 2.) favorisiert habe³². Nur: Niemand kann

den Gesetzgeber zwingen, bestimmte begriffliche Vorschläge aus der Literatur aufzugreifen. Stattdessen auf den Begriff der „drohenden Gefahr“ zurückzugreifen, lag aufgrund der einschlägigen Passage des BKAG-Urteils im Gegenteil sehr nahe, da das BVerfG ja dort selbst einmal ausdrücklich von „drohender Gefahr“ gesprochen hat. Und vor allem: Nichts spricht dagegen, die „drohende Gefahr“, wie sie in den Nr. 1 und 2 des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG n. F. näher konkretisiert ist, in eben jenem Sinne mehr oder weniger konkretisierter, zumindest gruppenbezogener oder sogar noch stärker individualisierter personenbezogener Gefahrverdachtsgrade auszulegen, wie ich dies unter 2. am Ende durchgespielt habe. Ein wie auch immer gearteter dogmatischer Schaden ist mit dem Begriff der „drohenden Gefahr“ also nicht verbunden. Im Gegenteil bedeutet es einen Gewinn an Systembildung, dass der bayerische Gesetzgeber (anders als der BKAG-Gesetzgeber) die vom BVerfG vorgegebene Eingriffsschwelle nicht allein wortwörtlich wiederholt, sondern auch noch zu einem neuen Begriff verdichtet hat. Das im Klein-Klein des ständigen Hin-und-Her zwischen Gesetzgeber und BVerfG, wie es die vergangenen Jahre gekennzeichnet hat, zunehmend unübersichtlich gewordene Polizeirecht braucht dringend mehr an solch mutiger³³ einfachgesetzlicher Systembildung, und es ist zu begrüßen, dass der bayerische Gesetzgeber einen Beitrag dazu leistet.

Nicht kritisieren sollte man den bayerischen Gesetzgeber nach hier vertretener Ansicht auch, soweit er sich zur näheren Definition des neuen Begriffs der drohenden Gefahr (namentlich in Nr. 1 und 2 des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG n. F.) letztlich doch wortwörtlich an Leitsätzen des BVerfG aus der einschlägigen Passage der Randnummer 112 des BKAG-Urteils orientiert. Denn zwar ist richtig, dass diese Passage, wenn man sehr genau hinsieht, durchaus eine beträchtliche begriffliche Unschärfe aufweist (siehe bereits oben 2.). Es geht jedoch zu weit, wenn man hierin ein Problem mangelnder Bestimmtheit erblicken wollte³⁴. Denn niemand kann ernstlich vom Gesetzgeber verlangen, dass er klüger ist als das BVerfG, wenn dieses in seinen Urteilsgründen bewusst Leitsätze für die zulässige Fassung von Vorfeldtatbefugnissen formuliert, in Bezug auf die man unterstellen kann, dass sich das BVerfG bei seinen Formulierungen etwas gedacht hat. Auch der Bundesgesetzgeber hat sich bei seiner Novellierung des BKAG in vergleichbarer Weise wie der bayerische Gesetzgeber an diese Formulierungen des BKAG-Urteils angelehnt. Es wäre mehr als erstaunlich, wenn diese vom BVerfG selbst gebrauchten Formulierungen nicht zumindest in verfassungskonformer Weise handhabbar sein sollten; im Gegenteil kann vermutet werden, dass der Gesetzgeber, wenn er auf ausdrückliche Formulierungen des BVerfG zurückgreift, sich prinzipiell auf der verfassungsrechtlich sicheren Seite wähen darf.

27 Vgl. z. B. *Berner/Köhler/Käpß*, PAG, 20. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 22. Auf die Vorhersehbarkeit z. B. des Zeitpunkts des Schadenseintritts kommt es dagegen nach klassischer Sichtweise nicht an.

28 Kritisch und m. w. N. dazu: *Möstl*, in *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 39.

29 So offenbar Rn. 112 des BKAG-Urteils (siehe oben 2.), denn es spricht in diesem Zusammenhang von einer Absenkung der Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs.

30 Vgl. *Schwabenbauer*, in: *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), BeckOK PolSichR Bayern, Art. 18 LStVG Rn. 21 ff.

31 Vgl. z. B. *Schmidbauer/Steiner*, PAG, 4. Aufl. 2014, Art. 11 Rn. 54.

32 Vgl. den Hinweis bei *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.cc. bei Fn. 35.

33 Derlei Mut konzediert auch *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 3.

34 In diese Richtung aber *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.cc. Manche dort (insbesondere bei Fn. 44 ff.) geäußerte Kritik entpuppt sich letztlich als Kritik an Aussagen des BVerfG, an die sich der Gesetzgeber anlehnt.

4. Schutz bedeutender Rechtsgüter gegen Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung

Von der bis hierher allein das Maß zulässiger Vorverlagerung betreffenden Frage zu unterscheiden ist die Frage, ob Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. auch hinsichtlich der von ihm erfassten relevanten Schutzgüter sowie hinsichtlich der Begehungsart hinreichend eingegrenzt erscheint, um als insgesamt verfassungskonform beurteilt werden zu können. Die Aussagen des BVerfG im BKAG-Urteil zur zulässigen Vorverlagerung ergingen im Kontext des Schutzes hochrangiger Rechtsgüter gegen terroristische Gefahren³⁵. Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. schützt – tendenziell etwas weiter – „bedeutende Rechtsgüter“ im Sinne des Satzes 2 gegen (nicht allein terroristische) „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“.

Bereits eingangs (unter 1.) ist darauf hingewiesen worden, dass es eine Grundschwierigkeit des richtigen Umgangs mit dem BKAG-Urteil ist, dass jeweils überlegt werden muss, ob, inwieweit und mit gegebenenfalls welchen Modifikationen sich seine (im Ausgangspunkt auf einen sehr speziellen Kontext bezogenen) Aussagen auch auf den Bereich der Landespolizei übertragen lassen; denn obwohl diese Aussagen unmittelbar allein auf den Kontext eingriffsintensiver Überwachungsmaßnahmen zum Schutz vor Terrorismus gemünzt sind, versteht sie das BVerfG selbst als Summe seiner polizeirechtlichen Judikatur, die prinzipiell auch für den Landespolizeigesetzgeber relevant sein können.

Es ist vor diesem Hintergrund meines Erachtens nicht zu beanstanden, dass der bayerische Gesetzgeber Eingriffsbefugnisse in Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. nicht allein auf drohende Terrorgefahren beschränken will, sondern auf sämtliche drohende Gefahren für bedeutende Rechtsgüter durch Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung erstreckt. Er trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Landespolizei – anders als das BKA – einen weitaus größeren Aufgabenbereich hat als nur den der Terrorbekämpfung und dass es (nicht terroristische) Gewalttaten und Angriffe gibt, die es nach ihrer Intensität und Auswirkung durchaus mit terroristischen Taten aufnehmen können³⁶. Zu denken wäre etwa an Straftaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität; die Entwurfsbegründung nennt zu Recht Amokläufe (u. a. den des Jahres 2016 in München)³⁷; auch der 2017 offenbar nicht aus terroristischen Gründen, sondern aus Habgier erfolgte Anschlag auf den Bus einer Dortmunder Fußballmannschaft wäre zu nennen³⁸. Im Blick auf solche Gewalttaten verstehe ich die in Art. 11 Abs. 3 PAG formulierte Tatbestandsvoraussetzung der Gefahr für bedeutende Rechtsgüter durch Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung als einen Versuch, eine auf die Landespolizei zugeschnittene Entscheidung zu den dem BVerfG verfahrensgegenstandsbedingt allein vor Augen stehenden terroristischen Gefahren zu definieren. Im Ergebnis unbedenklich ist dabei auch, dass das ursprünglich vorgesehene Tatbestandsmerkmal „Gewalttaten“ im Laufe der Gesetzesberatungen durch das Wort „Angriffe“ ersetzt wurde; Zweck dieser Änderung ist es laut Begründung des Änderungsantrags³⁹ allein, auch Fallgruppen gleicher Intensität und Auswirkung auf bedeutende Rechtsgüter insbesondere durch Cyberangriffe miteinfassen zu können, bei denen (mangels physischer Komponente) die Subsumtion unter den traditionellen Gewaltbegriff Schwierigkeiten hätte bereiten können; nicht jedoch war mit dem Wechsel der Begrifflichkeit ansonsten eine Ausweitung erstrebt. Dies ist nachvollziehbar, da heutzutage gerade auch von Cyberkriminalität Gefährdungen zum Beispiel für die öffentliche Infrastruktur ausgehen können, die es nach Intensität und Auswirkung, das heißt im Blick auf ihr Potenzial an öffentlicher Beeinträchtigung, durchaus mit terroristischen Angriffen aufneh-

men können; Cyberangriffe konnten daher sonstigen Gewalttaten und terroristischen Angriffen gleichgestellt werden. Der nunmehr gewählte Begriff „Angriff“ hat zudem den Vorteil, jenes potenzielle Überraschungsmoment ausdrücken zu können, in dem auch die sachliche Rechtfertigung für ein bereits vorgelagertes polizeiliches Eingreifen begründet liegt (siehe dazu unten 5.)⁴⁰.

Es ist andererseits richtig und verfassungsrechtlich unabweichlich, dass die Neuregelung die generalklauselartige Eingriffsbefugnis nicht bei allen drohenden Gefahren, sondern nur bei nach dem betroffenen Rechtsgut (bedeutende Rechtsgüter im Sinne des Satzes 2) sowie nach Begehungsart (Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung) qualifizierten drohenden Gefahren greifen lassen will⁴¹. Denn die Aussagen des BVerfG erfolgen – auch wenn sie sich nach hier vertretener Ansicht über den engeren Bereich der Terrorbekämpfung hinaus verallgemeinern lassen – in einem Kontext, in dem es allein um den Schutz von Rechtsgütern mit qualifiziertem Gewicht ging; dass eingriffsintensive Maßnahmen im Gefahrenvorfeld auf den Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgüter bezogen und beschränkt sein müssen, hat das BVerfG besonders betont⁴². Der Gesetzentwurf greift dies auf, indem er in Satz 1 allein auf den Schutz bedeutender Rechtsgüter abstellt und diese in Satz 2 näher definiert (der tatbestandlichen Fassung nach erfolgt dies dem ersten Anschein nach ein wenig beiläufig allein im Kontext der Sachverhaltsalternative der Verhinderung der Entstehung der Gefahr; dem Gesamtkontext und auch der Entwurfsbegründung⁴³ nach ist aber hinreichend eindeutig, dass durch Absatz 3 insgesamt nur drohende Gefahren für solche Rechtsgüter gemeint sein sollen⁴⁴). Von diesen in Satz 2 näher bestimmten Rechtsgütern könnte allenfalls die Nr. 4 (erhebliche Eigentumspositionen) diskussionswürdig erscheinen, weil das BVerfG bezüglich eingriffsintensiver Maßnahmen einen uneingeschränkten Sachwert-

35 BVerfGE 141, 220/270 ff. Rn. 106 ff.

36 LT-Drs. 17/16299 S. 10, auch zum Folgenden.

37 Zustimmung auch Petri, Schriftliche Stellungnahme des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtags am 17.05.2017 S. 4.

38 Vgl. www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/hintergruende-des-anschlags-auf-bvb-bus-in-dortmund-14981925.html.

39 LT-Drs. 17/17058.

40 Dass das Merkmal „Angriff“ auch ansonsten mit den üblichen juristischen Methoden ausleg- und handhabbar ist, machen die Verweise auf die Begriffsverwendung in anderen rechtlichen Kontexten in LT-Drs. 17/17058 deutlich. Der Vorwurf mangelnder Bestimmtheit (dazu Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.cc.) kann daher nicht erhoben werden; vielmehr erscheint der Begriff ohne Weiteres verfassungskonform handhabbar (so auch die Einschätzung von Petri [Fn. 37], S. 3, dort allerdings noch in Bezug auf das Merkmal „Gewalttat“).

41 Zur Notwendigkeit solcher Begrenzungen siehe Brodmerkel, <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefährlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/>, unter 1. Der ursprünglich in die Verbändeanhörung gegebene Gesetzentwurf der Staatsregierung enthielt solche Eingrenzungen noch nicht und wurde unter diesem Gesichtspunkt zu Recht kritisiert. Auf entsprechende Einschränkungen hatte auch der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz gedrungen (vgl. Petri [Fn. 37], S. 2). Der dann in den Landtag eingebrachte Gesetzentwurf wurde entsprechend nachgebessert.

42 Siehe dazu insbesondere die Rn. 106, 108 f. des Urteils BVerfGE 141, 220/270 f.

43 LT-Drs. 17/16299.

44 Nicht recht nachvollziehbar ist, weshalb Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.cc. in Zweifel zieht, dass eine drohende Gefahr in Bezug auf ein bedeutendes Rechtsgut gegeben sein muss, weil – angeblich – eine subjektive Erwartung von (nicht unbedingt auf bedeutende Rechtsgüter bezogenen) Angriffen ausreichen soll. Dass eine drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut vorliegen muss, scheint nach der Gesetzesfassung und ihrer Begründung eindeutig und ist zum Beispiel auch von Petri (Fn. 37), S. 2 so gesehen worden.

schutz zum Teil nicht als hinreichend gewichtig angesehen hat⁴⁵. Dennoch dürfte die Eingriffsschwelle auch diesbezüglich einwandfrei sein. Denn durch die Einschränkung auf „erhebliche“ Eigentumspositionen verwirklicht die Norm keinen uneingeschränkten, sondern allein einen qualifizierten Sachwertschutz. Zu bedenken ist außerdem, dass die Ausführungen des BVerfG ausschließlich sehr eingriffsintensive, zumeist heimliche Überwachungsmaßnahmen betrafen. Die neue Generalklausel des Absatzes 3 erfasst jedoch auch weitaus weniger eingriffsintensive und typischerweise offene Maßnahmen. Jedenfalls diesbezüglich spricht indes nichts dagegen, den Schutz auch auf erhebliche Eigentumspositionen zu erstrecken. Sollte ein solcher Schutz im Einzelfall angesichts eines besonderen Gewichts der Eingriffsmaßnahme unverhältnismäßig erscheinen, kann dem durch eine entsprechende Einschränkung auf Rechtsfolgenseite Rechnung getragen werden. Dass die Norm zumindest verfassungskonform ausgelegt werden kann, sollte vor diesem Hintergrund nicht zweifelhaft sein⁴⁶.

5. Zur Frage der Rechtsfolgen (inwieweit ist eine generalklauselartige Eingriffsermächtigung auch im Gefahrenvorfeld in verfassungskonformer Weise möglich?)

Die Frage der Verfassungskonformität des Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. muss auch noch in Bezug auf eine weitere Problemdimension erörtert werden: die Frage der Rechtsfolgen. Die Frage ist dabei insbesondere, ob auch bereits im Gefahrenvorfeld in einer generalklauselartigen Weise zu nicht näher bestimmten Maßnahmen informationeller und aktioneller Art ermächtigt werden darf. Wie weit und nach welchen Maßgaben also darf die Generalklausel in das Gefahrenvorfeld erstreckt werden?

Im Ausgangspunkt ist dabei zu bedenken, dass es durchaus eine – im Kern auch verfassungsrechtlich abgesicherte, das heißt keineswegs per se zur Disposition stehende – rechtsstaatliche Errungenschaft darstellt, dass die polizeiliche Generalklausel (Art. 11 Abs. 1, gegebenenfalls in Verbindung mit Abs. 2 PAG) an die Schwelle der konkreten Gefahr gebunden ist und nicht bereits pauschal im Gefahrenvorfeld greift. Denn der Gefahrbegriff muss als Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Normalvorstellung der rechtsstaatlichen Konkordanz von Freiheit und Sicherheit unter Ungewissheitsbedingungen verstanden werden, der insbesondere für die polizeiliche Generalklausel prinzipiell alternativlos ist⁴⁷. Dass Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. eine generalklauselartige Handlungsermächtigung bereits im (wenngleich nicht sehr weit vorgelagerten, s. o.) Gefahrenvorfeld statuieren will, ist vor diesem Hintergrund im Ausgangspunkt durchaus etwas Ungewöhnliches und keineswegs Unproblematisches; es wird juristisches Neuland betreten.

Die vorliegende PAG-Novelle trägt dieser Problematik dadurch Rechnung, dass sie in Art. 11 Abs. 3 PAG – was die zugelassenen Rechtsfolgen anbetrifft – die Polizei nicht einfach zu den gleichen Maßnahmen ermächtigt, wie dies nach der Generalklausel des Art. 11 Abs. 1, 2 PAG der Fall ist (Maßnahmen zur Abwehr einer Gefahr), sondern in differenzierender Weise davon spricht, die Polizei könne bei drohender Gefahr die notwendigen Maßnahmen treffen, „um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr ... zu verhindern“. Es wird also nicht die klassische Generalklausel (Abs. 1, 2), die zu prinzipiell jedweder notwendigen Maßnahme der Abwehr und Beseitigung einer Gefahr ermächtigt, schlicht in das Gefahrenvorfeld erstreckt (pauschale Ermäch-

tigung zu Gefahrenabwehrmaßnahmen bereits im Gefahrenvorfeld, was problematisch erscheinen müsste⁴⁸), sondern es wird die zwar auch generalklauselartige, aber der Zielrichtung nach doch andersartige und auf das Gefahrenvorfeld zugeschnittene Befugnis verliehen, Gefahren aufzuklären und ggf. ihre weitere Entstehung zu verhindern. Die Regelung bewahrt auf diese Weise ihre innere Stimmigkeit. Es wird nicht einfach die alte Generalklausel aufgeweicht, vielmehr wird diese um eine andersartige Befugnis im (eng bemessenen) Gefahrenvorfeld ergänzt und zusätzlich flankiert (folgerichtig wird auch normiert, dass Absätze 1 und 2 unberührt bleiben).

Ermächtigt wird zum einen zu Maßnahmen der Gefahraufklärung (Maßnahmen, um den Sachverhalt aufzuklären), das heißt zu rein informationellen Maßnahmen, die selbst (anders als die typische Gefahrenabwehrmaßnahme nach Abs. 1 und 2) noch nicht in den schadensträchtigen Kausalverlauf eingreifen und diesen unterbrechen wollen, sondern zunächst nur der Informationsbeschaffung dienen. Als so verstandene generalklauselartige Befugnis zu rein informationellen Gefahrerforschungsmaßnahmen im (eng bemessenen) Gefahrenvorfeld ist die Norm verfassungsrechtlich völlig einwandfrei und nicht angreifbar. Denn die Gefahrenschwelle kann richtig betrachtet bereits von vornherein allein für aktionelle Maßnahmen, die in den schadensträchtigen Kausalverlauf eingreifen wollen (d. h. für Gefahrbeseitigungsmaßnahmen), eine rechtsstaatlich maßgebliche Eingriffsschwelle darstellen; auf rein informationelle Maßnahmen, mittels derer noch nicht in den Kausalverlauf eingegriffen werden soll, sondern zunächst nur Informationen erhoben werden sollen, um eine valide Prognosegrundlage zu erhalten, aufgrund derer dann (bei festgestellter Gefahr) gegebenenfalls eingegriffen werden kann, mithilfe derer die Polizei also erst herausfinden möchte, ob und wo gegebenenfalls eine Gefahr besteht oder im Entstehen begriffen ist (Gefahraufklärungsmaßnahmen), ist die Gefahrenschwelle dagegen bereits von vornherein nicht zugeschnitten⁴⁹. Die polizeiliche Informationserhebung darf daher selbstverständlich bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen, ja muss es sogar, denn Gefahrenabwehr setzt Gefahraufklärung voraus⁵⁰ und ist ohne sie nicht denkbar (gerade weil aktionelle, kausalverlaufsrelevante Maßnahmen regelmäßig eine konkrete Gefahr voraussetzen, die auf einer validen, das heißt durch Kenntnisse untermauerten Prognose beruht, muss Gefahraufklärung bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen dürfen). Dass Gefahraufklärungsbefugnisse bereits im Gefahrenvorfeld ansetzen, ist daher nichts rechtsstaatlich Ungewöhnliches, sondern entspricht auch bereits jetzt geltendem Recht (vgl. die Informationserhebungsgeneralklausel in Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 PAG, die keine konkrete Gefahr voraus-

45 Dazu BVerfGE 141, 220/270 f. Rn. 108. Keine zusätzliche Einschränkung folgt nach hier vertretener Ansicht (a. A. Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.aa.) daraus, dass das BVerfG in Rn. 112 einmal sogar von „überragend wichtigen“ Rechtsgütern gesprochen hat, denn diese Begriffsverwendung ist im Kontext der Passage singular; ansonsten wird auf „hinreichend gewichtige“ (Rn. 106) oder „besonders gewichtige“ (Rn. 108) Rechtsgüter abgestellt. Eindeutig ist aber vor allem, dass für die Gefahrenabwehr letztlich (allein) die in Rn. 108 ausdrücklich und im Einzelnen behandelten Einschränkungen beachtlich sein sollen; hierbei erfolgen auch die Ausführungen zum nicht uneingeschränkten Sachwertschutz.

46 So auch die Einschätzung bei Petri (Fn. 37), S. 4.

47 Möstl, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen, Rn. 36; siehe auch bereits Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 195 ff.

48 So zu Recht Brodmerkel, <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/>, unter 1. a.E.

49 Dazu Möstl, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen, Rn. 37 m. w. N.

50 Gusy, JA 2011, 641.

setzt, sondern auch der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten dient). Der Mehrwert des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG (in der Alternative Sachverhaltsaufklärung) gegenüber dem älteren Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 PAG besteht darin, dass er nicht allein zu Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sondern gegebenenfalls auch zu Eingriffen in die Handlungsfreiheit oder in andere Grundrechte ermächtigt, sofern diese der Sachverhaltsaufklärung dienen. Freilich muss die neue Gefahraufklärungsbefugnis in verhältnismäßiger Weise gehandhabt werden. Ein grundsätzliches rechtsstaatliches Problem wirft sie indes nicht auf. Es ist rechtsstaatlich unbedenklich, dass die Polizei auf diese Weise eine generalklauselartige Befugnis zu Gefahrerforschungsmaßnahmen im Gefahrenvorfeld erhält. In gewisser Weise wird dadurch sogar eine Lücke geschlossen (da Gefahrerforschungsmaßnahmen bislang – von der h.M.⁵¹ – nur mit einer gewissen Mühe in die Generalklausel hineingelesen werden konnten, da eine Befugnis, die eine Gefahr voraussetzt, eigentlich nicht dazu ermächtigen kann, herauszufinden, ob überhaupt eine Gefahr vorliegt). Dass die Gefahrerforschungsmaßnahmen auf diese Weise eine (eher eng bemessene, denn sie dürfte wohl auch weiter im Gefahrenvorfeld ansetzen) rechtsstaatlich saubere Normierung erhalten haben, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Etwas komplexer liegen die Dinge, soweit die Befugnis – in Rechtsfolgenalternative 2 – auch dazu ermächtigt, die Entstehung der Gefahr zu verhindern. Denn damit soll, wie die Entwurfsbegründung auch freimütig einräumt⁵², sehr wohl in den potenziell schadensträchtigen Kausalverlauf eingegriffen werden; eine drohende, das heißt im Entstehen begriffene Gefahr soll in ihrer weiteren Entstehung verhindert werden. Für kausalverlaufsrelevante (nicht allein informationelle) Eingriffe der Polizei gilt indes in der Tat die oben genannte verfassungsrechtliche Vermutung, dass diese prinzipiell erst ab der Schwelle der konkreten Gefahr zulässig sein sollen⁵³. Auch hat das BVerfG im BKAG-Urteil seine Ausführungen zur drohenden Gefahr (das heißt zur zulässigen Absenkung der Eingriffsschwelle) allein auf (und sei es auch eingriffsintensive) Maßnahmen der Gefahraufklärung (heimliche Überwachungsmaßnahmen) und nicht auf Kausalverlaufseingriffe bezogen⁵⁴. Bei drohender Gefahr auch Kausalverlaufseingriffe zu eröffnen, geht insofern über das Urteil des BVerfG hinaus. Der bayerische Gesetzgeber betritt damit indes dennoch kein völliges Neuland, da auch der Bundesgesetzgeber bei der Novellierung des BKAG (wenngleich nicht in der Form einer Generalklausel, sondern auf einzelne Standardermächtigungen bezogen) eben diesen Weg gegangen ist, auch kausalverlaufsrelevante Eingriffe bereits bei Erfüllung der vom BVerfG definierten Vorfeldschwelle zuzulassen (z. B. beim Aufenthalts- und Kontaktverbot nach § 55 BKAG in der ab 1. Januar 2018 geltenden Fassung⁵⁵). Auch in der Sache meine ich, dass die hierdurch zugelassene Vorverlagerung bestimmter aktioneller Befugnisse rechtfertigbar ist. Denn die Gefahrenschwelle ist zwar Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Normalvorstellung des verhältnismäßigen Ausgleichs von Freiheits- und Sicherheitsinteressen in Ungewissheitslagen, von der jedoch im Einzelfall durchaus abgewichen werden kann, sofern es hierfür entsprechende sachliche Gründe gibt. Eine Vorverlagerung aktioneller Eingriffsbefugnisse ist also zwar rechtfertigungsbedürftig, aber unter Umständen durchaus rechtfertigbar.

So liegen die Dinge auch hier. Denn die bei drohender Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. bestehenden Gefahrenlagen, bei denen zwar hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass es zu einer Gewalttat von erheblicher Intensität oder Auswirkung für ein bedeutendes Rechtsgut kommt, aber sich noch nicht konkret absehen lässt, wie, wann und wo sich die Gefahr realisieren wird, zeichnen sich geradezu

typischerweise dadurch aus – besonders deutlich ist dies bei Terrorgefahren, aber es gilt im Grunde auch für andere Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung, wie sie Art. 11 Abs. 3 PAG im Blick hat –, dass es oftmals als unzureichend erscheint, im Gefahrenvorfeld allein auf Gefahrbeobachtung zu setzen, da das Risiko, dass sich die Gefahr vielleicht plötzlich realisiert, noch bevor sie aufgeklärt ist, angesichts der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter als zu hoch erscheint; gerade bei terroristischen Gefährdungslagen⁵⁶, aber auch bei sonstigen erheblichen Angriffen im Sinne des Art. 11 Abs. 3 PAG, die sich zumeist verdeckt entwickeln, kann die drohende Gefahr sehr schnell und jederzeit in einen Schaden umschlagen; insbesondere das erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte Tatbestandsmerkmal „Angriff“ bringt das typische Überraschungsmoment des plötzlichen Umschlagens in eine akute Bedrohung, welches den hier behandelten drohenden Gefahrenlagen eigen ist und in dem die sachliche Rechtfertigung für ein ausnahmsweise bereits vorgelagertes aktionelles Eingreifen liegt, sehr treffend zum Ausdruck. Gleichmaßen kann reine Gefahraufklärung (z. B. in Gestalt permanenter Beobachtung) auch zu aufwendig sein, um eine realistische und praktisch durchführbare Alternative zu einer auch aktionellen Vorgehensweise sein zu können. In all diesen Fällen, wo also reine Gefahrbeobachtung wegen der Gefahr plötzlichen Umschlagens zu riskant ist oder aber praktisch nicht durchführbar oder zu aufwendig, will Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. der Polizei die Befugnis zu einem auch aktionellen Vorgehen, das auf die Verhinderung der Entstehung der Gefahr gerichtet sein muss, ermöglichen. Soweit sich derartige Maßnahmen typisieren lassen (z. B. hinsichtlich des Kontaktverbots oder Aufenthaltsverbots, Art. 16 PAG), sieht die Novelle eine besondere (ihrerseits an die drohende Gefahr anknüpfende) Standardbefugnis zur Entstehungsverhinderung der Gefahr vor. Es ist jedoch gleichmaßen legitim, wenn der Gesetzgeber – in Art. 11 Abs. 3 PAG – bei drohenden Gefahrenlagen, soweit erforderlich, auch zu atypischen Maßnahmen ermächtigen will, um insoweit keine Schutzlücken in Kauf nehmen zu müssen.

Rechtsstaatlich einwandfrei ist eine solche Ermächtigung nach hier vertretener Ansicht, soweit man – was indes ohne Weiteres möglich ist – in sie das zusätzliche Erfordernis hineinliest, dass kausalverlaufsrelevante Eingriffe nur zulässig sind, soweit diese (ausnahmsweise) tatsächlich erforderlich sind, weil reine Gefahraufklärungsmaßnahmen im konkreten Fall unzureichend erscheinen. Rechtsstaatlicher Normalvorstellung entspricht es nämlich, dass im Gefahrenvorfeld nur Gefahraufklärung zulässig ist; soll stattdessen bereits in den Kausalverlauf eingegriffen werden, bedarf dies zusätzlicher Rechtfertigung. Die daher rechtsstaatlich nötige gesonderte Erforderlichkeitsprüfung in Bezug auf das ausnahmsweise bereits im Gefahrenvorfeld greifende aktionelle Vorgehen muss nicht unbedingt eigens normiert werden, da

51 Vgl. Schmidbauer/Steiner, BayPAG, 4. Aufl. 2014, Art. 11 Rn. 39.

52 LT-Drs. 17/16299 S. 10.

53 Möstl, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen, Rn. 36; im Ausgangspunkt zu Recht auch Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.a.

54 BVerfGE 141, 220/172 Rn. 109.

55 Vgl. dazu meine Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Bundestages am 20.03.2017 (Fn. 16).

56 Dazu instruktiv BVerwG v. 31.05.2017 – 1 VR 4.17 – Rn. 19 ff. und BVerfG-K v. 24.07.2017 – 2 BvR 1487/17 – Rn. 39, beide im Kontext einer Abschiebungsandrohung gegen einen „Gefährder“. Jeweils wurde darauf abgestellt, dass sich terroristische Gefahren jederzeit und ohne großen Vorbereitungsaufwand realisieren können, was ein vorgelagertes Einschreiten rechtfertigt.

sie bereits unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt (das seinerseits im Erfordernis „notwendige Maßnahmen“ auch einfachgesetzlich konkretisiert ist). Vorzugswürdig wäre es der Klarstellung halber dennoch gewesen, wenn zum Beispiel gesagt worden wäre: „kann ... die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und, soweit erforderlich, die Entstehung einer Gefahr ... zu verhindern“. Verfassungsrechtliche Bedenken ergeben sich daraus indes nicht.

Zu klären bleibt, wie eingriffsintensiv die Maßnahmen sein dürfen, die auf Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. gestützt werden. Für die klassische Generalklausel des Art. 11 Abs. 1, 2 PAG ist anerkannt, dass auf sie auch sehr eingriffsintensive Maßnahmen gestützt werden können, soweit es sich nur um atypische Maßnahmen handelt, die deswegen nicht gesondert normiert sind⁵⁷. Dass dies so ist, ist wiederum Gebot der grundrechtlichen Schutzpflichten, die verlangen, dass die Polizei jedenfalls bei Vorliegen einer konkreten Gefahr prinzipiell in der Lage sein muss, die erforderlichen Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen⁵⁸. Ob sich dieser Gedanke auch in das Gefahrenvorfeld ungeschmälert übertragen lässt, ist nicht sicher. Für die (im Gefahrenvorfeld ansetzende) informationelle Generalklausel des Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 PAG beispielsweise entspricht es ganz herrschender Meinung, dass auf sie nicht jede (noch so eingriffsintensive) Ermittlungsmaßnahme, sondern nur gewöhnliche Datenerhebungseingriffe gestützt werden können, dass also für nach Eingriffsintensität qualifizierte Eingriffe auch besondere, den Eingriff in rechtsstaatlich bestimmter Weise näher ausgestaltende Standardbefugnisse zur Verfügung stehen müssen (sodass also bei Fehlen einer solchen unter Umständen nicht frei auf die informationelle Generalklausel zurückgegriffen werden kann)⁵⁹. Es könnte überlegt werden, ob Ähnliches auch für Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. anzunehmen wäre – mit der Folge, dass soweit für besonders eingriffsintensive Maßnahmen keine Standardermächtigung zur Verfügung steht, nicht unbegrenzt auf Art. 11 Abs. 3 PAG zurückgegriffen werden kann (auf dieser Linie läge es beispielsweise, wenn man sagte, eine besonders eingriffsintensive Maßnahme wie die elektronische Fußfessel muss gesondert gesetzlich geregelt sein – was sie in Art. 32a PAG n. F. ja auch ist –, um zulässig zu sein, sie dürfte jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen nicht allein auf die Generalklausel nach Art. 11 Abs. 3 PAG gestützt werden). Ob dies tatsächlich so ist, muss der Gesetzgeber nicht regeln; es handelt sich um eine Auslegungsfrage, die der Wissenschaft und Praxis überlassen werden kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es jedenfalls folgerichtig, dass der Gesetzentwurf die neue Schwelle der drohenden Gefahr nicht allein im Rahmen der Generalklausel nach Art. 11 Abs. 3 PAG n. F., sondern, soweit typisierbar, auch im Rahmen von neuen Standardbefugnissen (zum Beispiel Art. 16, 32a PAG n. F.) heranzieht.

6. Fragen der Maßnahmenrichtung

Ein letzter klärungsbedürftiger Punkt bedarf noch kurzer Erörterung: die Frage nämlich, gegen wen (als Adressat oder faktisch Betroffener) eine Maßnahme nach Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. angeordnet werden darf. Die Vorschrift äußert sich hierzu nicht ausdrücklich. Hieraus schließen zu wollen, das Gesetz wolle Maßnahmen auch gegen gänzlich unbeteiligte Personen erlauben⁶⁰, geht dennoch fehl. Nicht vergessen werden darf nämlich, dass in Art. 11 PAG (anders als in vielen Standardbefugnissen) generell nichts zu den zulässigen Adres-

saten gesagt ist; vielmehr wird insoweit auf die allgemeinen Regeln über die Störerhaftung (Art. 7 ff. PAG) zurückgegriffen. Dieser Rückgriff ist hier (bei Art. 11 Abs. 3 PAG), wo wir uns im Gefahrenvorfeld befinden und es deswegen auch noch keinen im vollen Sinne für die (noch nicht gegebene) konkrete Gefahr Verantwortlichen (d. h. keinen Störer) geben kann, zwar nicht ohne Weiteres möglich. Doch angesichts der allgemeinen Regelungssystematik des Art. 11 in Verbindung mit Art. 7 ff. PAG liegt es überaus nahe, diese Lücke zumindest durch einen analogen Rückgriff auf eben diese Normen zu schließen – dergestalt, dass regelmäßig nur die für die (zwar noch nicht „konkrete“, aber immerhin) „drohende“ Gefahr Verantwortlichen für Maßnahmen nach Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. herangezogen werden können⁶¹. Ein solcher – lückenschließender – analoger Rückgriff ist auch verfassungsrechtlich zwingend. Denn auch die Adressatenregeln des Polizeirechts haben eine im Kern nicht zur Disposition stehende verfassungsrechtliche Wurzel⁶². Hinzu kommt, dass das BVerfG im Rahmen seiner Ausführungen zur zulässigen Vorverlagerung in Bezug auf die wenigstens ihrer Art nach konkretisierten Gefährdungslagen (Fallgruppe des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PAG) ausdrücklich betont hat, aufgrund bestimmter Tatsachen müsse der Schluss möglich sein, dass an dem möglichen Angriff Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Maßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (Unbeteiligte dürfen also gerade nicht herangezogen werden); und Gleiches dürfte – erst recht – für den noch stärker individualisierten, auf individuellem Vorverhalten einer Person beruhenden Gefahrverdacht (Fallgruppe des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PAG) gelten (auch hier können nur diese individuellen Personen und nicht gänzlich Unbeteiligte zulässiger Adressat sein)⁶³. Da Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. maßgeblich auf diese Stelle des BKAG-Urteils Bezug nimmt, wäre es ganz fernliegend, wenn man annähme, dass diese Einschränkungen nicht gelten sollen.

7. Schluss

Art. 11 Abs. 3 PAG n. F. ist eine interessante und mutige, in manchem juristisches Neuland betretende Norm, gegen die – jedenfalls, wenn man sie nach Maßgabe der in diesem Beitrag entwickelten Leitlinien auslegt – indes keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben werden können.

57 Vgl. z. B. *BVerfG-K v. 27.02.2012 – 1 BvR 22/12* (Dauerobservation) = BayVBl. 2013, 398 (red. Leitsätze und Gründe).

58 Zur Funktion der Generalklausel siehe *Möstl*, in: *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), *BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland*, Rn. 99 ff.

59 *Möstl*, in: *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), *BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland*, Rn. 102.

60 So *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 ff. unter 2.a.cc.

61 Alternativ könnte – im Vorfeld und zur Vermeidung eines Analogieschlusses – auch im Wege der (verfassungskonformen) Auslegung versucht werden, die „Gefahr“ im Sinne der Art. 7 f. PAG, die der Störer verursacht haben muss, bereits von vornherein als konkrete oder drohende Gefahr zu verstehen.

62 *Möstl*, in: *Möstl/Schwabenbauer* (Hrsg.), *BeckOK PolSichR Bayern, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland*, Rn. 40 f.

63 BVerfGE 141, 220/272 f. Rn. 112.