

Markus Löffelmann

Das neue bayerische Polizeirecht

Über die rechtspolitische Bewertung des neuen bayerischen Polizeirechts gehen die Ansichten der Bayerischen Staatsregierung und nicht unbedeutender Teile der Öffentlichkeit weit auseinander. Während erstere darin eine Stärkung der Bürgerrechte und Umsetzung verfassungsgerichtlicher Vorgaben mit Vorbildcharakter für den Bund und andere Länder erblickt,¹ wurden die Änderungen in vielen Medien und auf der Straße von scharfen Protesten begleitet² – nach Auffassung der Staatsregierung eine „beispiellose Desinformationskampagne“, welcher durch eine „Informationsoffensive“ entgegengewirkt werden soll.³ In der Anhörung im Innenausschuss des Bayerischen Landtags am 21.3.2018 habe ich die Änderungen als „gewaltsamen Paradigmenwechsel im bayerischen Polizeirecht“ bezeichnet und darauf hingewiesen, dass die bayerische Polizei in Zukunft „zum Zwecke der Gefahrenabwehr über weitaus weitreichendere Befugnisse verfügt als das Bundeskriminalamt zur Terrorbekämpfung“.⁴ Ich halte diese Charakterisierung jenseits aller ideologischen Gräben nach wie vor für zutreffend.

I. Der Paradigmenwechsel

Nach der bisherigen Konzeption des Polizeirechts galt die konkrete Gefahr unbestritten als „klare Grenzlinie zwischen dem Bereich der – oberhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten – Gefahrenabwehr und ihrem – unterhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten – informationellen Vorfeld“.⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat dieser Schwelle vor dem Hintergrund des breiten Aufgaben- und Handlungsspektrums der Polizei- und Sicherheitsbehörden verfassungsrechtliche Relevanz zugemessen: „Unbeschadet gewisser Auf-

1 Vgl. Pressemitteilung Nr. 33/2018 vom 7.2.2018 des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr.

2 Vgl. nur Süddeutsche Zeitung vom 14.5.2018 unter dem Titel „Bayern macht aus der Polizei eine Darf-fast-alles-Behörde“ und vom 15.5.2018 unter dem Titel „Bayern hat nun das schärfste Polizeigesetz Deutschlands“.

3 Vgl. nur den Dringlichkeitsantrag vom 25.4.2018 unter Bayerischer Landtag, Drs. 17/21877 sowie die Pressemitteilungen Nr. 132/2018 vom 20.4.2018, Nr. 161/2018 vom 10.5.2018, Nr. 170/2018 vom 15.5.2018, Nr. 192/2018 vom 7.6.2018 und Nr. 200/2018 vom 12.6.2018 des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr sowie das Informationsangebot unter der eigens vom Innenministerium eingerichteten Webseite www.pag.bayern.de.

4 Bayerischer Landtag, Protokoll der gemeinschaftlichen Sitzung der Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport und für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am 21.3.2018, 12, 28. Alle Materialien zu den beiden Gesetzgebungsverfahren können abgerufen werden unter <https://asjbayern.de/news/die-asj-informiert-zum-pag/> oder über das Pressereferat des Bayerischen Landtags bezogen werden.

5 *MöStL*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 180.

DOI: 10.5771/0023-4834-2018-3-355

gaben auch dieser Behörden schon im Vorfeld von Gefahren, sind ihnen Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen“.⁶ Damit hebt das Bundesverfassungsgericht unter Verhältnismäßigkeitsaspekten den präventivpolizeilichen Bereich zugleich vom Tätigkeitsbereich der Nachrichtendienste ab, die für die frühzeitige Aufklärung von „existenziellen Bedrohungslagen“ und „fundamentalen Gefährdungen, die das Gemeinwesen als Ganzes destabilisieren können“,⁷ zuständig sind. Mit den polizeilichen Vorfeldaufgaben, welche Ausnahmecharakter haben, sind informationelle Befugnisse zum Schutz höchstrangiger Rechtsgüter gemeint. Geht es um gravierende Bedrohungen für besonders gewichtige Rechtsgüter, darf die Polizei demnach früher und auf weniger sicherer prognostischer Grundlage in Grundrechte eingreifen, um sich die für die Gefahrenabwehr benötigten Informationen zu verschaffen. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Je gewichtiger das gefährdete Rechtsgut ist und je weitreichender es durch die jeweiligen Handlungen beeinträchtigt würde oder beeinträchtigt worden ist, desto geringere Anforderungen dürfen an den Grad der Wahrscheinlichkeit gestellt werden, mit der auf eine drohende oder erfolgte Verletzung geschlossen werden kann, und desto weniger fundierend dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die auf die Gefährdung oder Verletzung des Rechtsguts schließen lassen.“⁸ Diese Ausprägung der „Je-desto-Formel“ ist keine Neuerung durch das BKAG-Urteil, sondern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit rund 20 Jahren angelegt.⁹ Mit dem bereits durch das Gesetz vom 31.7.2017¹⁰ neu eingeführten, in Art. 11 Abs. 3 BayPAG legaldefinierten Begriff der „drohenden Gefahr“ hat der Bayerische Gesetzgeber mit dieser herkömmlichen Aufgabenverteilung gebrochen. Entscheidend ist dabei, dass der neue Gefahrbegriff nicht auf einige unverzichtbare informationelle Maßnahmen zum Schutz höchstrangiger Rechtsgüter beschränkt ist, sondern Eingang in die polizeiliche Generalklausel gefunden hat. Das unterscheidet den bayerischen Umgang mit den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Gefahrenvorfeld deutlich von dem auf Bundesebene¹¹ und in anderen Ländern¹² eingeschlagenen Weg. Was vom Bundesverfassungsgericht als Ausnahme gedacht ist, wird dadurch zur Regel. Zwar hat der bayerische Gesetzgeber durch Einfügung eines Katalogs „bedeutender Rechtsgüter“ in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 BayPAG im Gang des Gesetzgebungsverfahrens noch den Versuch einer Einhegung unternommen. Zu diesen Rechtsgütern zählen aber auch die Gesundheit, sexuelle Selbstbestimmung, erhebliche Eigentumspositionen und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt. Über den vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Kreis höchstrangiger Rechtsgüter¹³ geht das zweifellos hinaus. Und auch die Verteidiger des

6 BVerfGE 133, 277 (327).

7 BVerfGE 120, 274 (328); 133, 277 (326).

8 BVerfGE 113, 348 (386).

9 BVerfGE 100, 313 (392); 110, 33 (56); 113, 348 (385 f.); 115, 320 (361); 120, 274 (329); 125, 260 (330).

10 BayGVBl. 2017, 388.

11 Vgl. § 20y Abs. 1, § 20z Abs. 1 BKAG i.d.F.d. Gesetzes.v. 1.6.2017 (BGBl. I, 1354).

12 Vgl. etwa Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 17/2351, § 8 Abs. 4 und 5, § 20c Abs. 1 Nr. 2, § 34c Abs. 1, § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG-E; Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 16/2741, § 23b Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 27c Abs. 1 Nr. 1 und 2 PolG-E; Hessischer Landtag Drs. 19/5412, Artikel 3, § 31a Abs. 1 Nr. 4 und 5 SOG-E; Niedersächsischer Landtag, Drs. 18/850, § 12a Abs. 1, § 16a Abs. 2, § 17b Abs. 1, § 17c Abs. 1, § 33a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, § 33 d Abs. 1 Satz 2 SOG-E.

13 BVerfGE 120, 274 (328): Bestand und die Grundlagen der Existenz des Staates, Leib, Leben und Freiheit der Person sowie versorgungskritische Infrastruktur.

neuen bayerischen Polizeirechts verweisen in ihrem Bemühen um Aufklärung stets nur auf intuitiv eingängige Beispiele, in denen es um Gefahren für das höchstrangige Rechtsgut Leben geht.

II. Das Bestimmtheitsdefizit

Hinzu kommt, die Verhältnismäßigkeitsproblematik verschärfend, die unbestimmte Fassung von Art. 11 Abs. 3 BayPAG. Die Norm kombiniert zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und vermittelt dadurch keine klare Vorstellung, in welchen Situationen die Polizei letztlich im Gefahrenvorfeld tätig sein darf.¹⁴ Auch die Gesetzgebung beschränkt sich auf die Wiedergabe eines vom Bundesverfassungsgericht erwähnten Beispiels¹⁵ und den Hinweis auf etwaige Amoktaten und die „Planung oder Vorbereitung mehrfacher Tötungen, um fremdes Eigentum zu erlangen“,¹⁶ was freilich nicht den konkreten Zuschnitt der Norm erklärt. Diese Vagheit ist problematisch für die handelnden Polizeibeamten und befassten Gerichte, trifft aber letztlich alle Bürger, denn: „Je ungenauer die Ziele einer Ermächtigung und die Anforderungen an die tatsächlichen Voraussetzungen einer Maßnahme gesetzlich umschrieben sind, umso größer ist das Risiko unangemessener Maßnahmen im Einzelfall.“¹⁷ Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot „soll sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können. [...] Für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen verlangt das Bestimmtheitsgebot zwar nicht, dass die konkrete Maßnahme vorhersehbar ist, wohl aber, dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist.“¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht schließt daher die vom Gesetzgeber paraphrasierten Formulierungen aus dem BKAG-Urteil mit der Aufforderung: „Die diesbezüglichen Anforderungen sind normenklar zu regeln.“¹⁹ Es geht bei diesem Auftrag an den Gesetzgeber also nicht etwa darum, „klüger zu sein“ als Karlsruhe,²⁰ sondern den gesetzgeberischen Willen so präzise zu fassen, dass die Normadressaten wissen, woran sie sind, und eine Rechtmäßigkeitskontrolle einen klar umrissenen Gegenstand hat. Das ist mit Art. 11 Abs. 3 BayPAG nicht gelungen. Nur am Rande ist zudem darauf hinzuweisen, dass der bayerische Gesetzgeber es mit der Paraphrasierung der Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts bei genauer Betrachtung gar nicht so streng genommen hat: Die Variante des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BayPAG hat er von dem erforderlichen Bezug zu terroristischen Straftaten entkoppelt²¹ und in der Alternative des Art. 11 Abs. 3

14 Zur Kritik im Einzelnen s. *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (146 ff.).

15 BVerfGE 141, 220 (273): Rückkehr aus einem Ausbildungslager für Terroristen.

16 Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, 9 f.

17 BVerfGE 113, 348 (385).

18 BVerfGE 113, 348 (375 f.).

19 BVerfGE 141, 220 (290).

20 Vgl. *Möstl*, BayVBl. 2018, 153 (159).

21 BVerfGE 141, 220 (272 f.): „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, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die

Satz 1 Nr. 2 BayPAG auf den Nexus zwischen gefahrbezüglichen Tatsachen und Zielperson einer Maßnahme verzichtet.²²

III. Das Legitimationsdefizit

Bereits mit dem Gesetz vom 31.7.2017, vor allem aber mit dem Neuordnungsgesetz vom 18.5.2018²³ hat der bayerische Gesetzgeber darüber hinaus die bestehenden polizeilichen Befugnisse stark ausgeweitet und zahlreiche neue Befugnisse geschaffen. Exemplarisch zu nennen sind hier Erweiterungen der DNA-Analyse (Art. 14 Abs. 3, Art. 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 BayPAG), Kontaktverbote, Aufenthaltsgebote und -verbote sowie Meldeanordnungen (Art. 16 BayPAG), der zeitlich unbegrenzte Präventivgewahrsam (Art. 17, 20 BayPAG), die Erstreckung von Durchsuchungen auf räumlich getrennte Speichermedien und Kommunikationseinrichtungen (Art. 22 Abs. 2, Art. 25 Abs. 3, Art. 42 Abs. 1 Satz 2 BayPAG), die Sicherstellung von Vermögensrechten (Art. 25 BayPAG), die Videoüberwachung wegen Größe oder Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit (Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG), der Einsatz von Bodycams mit Prerecording-Funktion (Art. 33 Abs. 4 BayPAG), die Verwendung automatischer Erkennungs- und Auswertungssysteme (Art. 33 Abs. 5 BayPAG), die elektronische Aufenthaltsüberwachung (Art. 34 BayPAG), die Postbeschlagnahme (Art. 35 BayPAG), der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauensleuten (Art. 37 und 38 BayPAG), Betretungs- und Durchsuchungsbefugnisse für Wohnungen zum Zweck der Durchführung einer Telekommunikationsüberwachung oder Online-Durchsuchung (Art. 44 Abs. 1 S. 5, Art. 45 Abs. 3 S. 5 BayPAG), die Datenlöschung und Datenmanipulation (Art. 45 Abs. 1 Satz 6 BayPAG) und der Einsatz von Drohnen (Art. 47 BayPAG), auch als Hilfsmittel zur Anwendung unmittelbaren Zwangs (Art. 78 Abs. 3 BayPAG). Beinahe sämtliche Befugnisse haben einen Anwendungsbereich auch schon bei „drohender Gefahr“. Eine solche Ballung von Befugnisserweiterungen in einem Gesetzgebungsvorhaben hat es bislang nach Kenntnis des Verfassers in Deutschland nicht gegeben. Auch das ist ein gewaltsamer Paradigmenwandel: einer, der die Kultur der Gesetzgebung betrifft. Völlig zu Recht betonte der von der Fraktion der SPD im Bayerischen Landtag mit der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz beauftragte Prozessbevollmächtigte: „Jede einzelne dieser Maßnahmen hätte früher einen Sturm der Entrüstung ausgelöst.“²⁴ Wenn die Rede von einer „Überwachungsgesamtbilanz“, die es seitens des Gesetzgebers im Blick zu halten gelte,²⁵ einen realen Anwen-

konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird“.

22 BVerfGE 141, 220 (272): „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“.

23 BayGVBl. 2018, 301.

24 Vgl. https://www.uni-trier.de/index.php?id=57740&tx_news_pi1%5Bnews%5D=16355&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=2b4c230aa2cecdc2f429354d75008c66.

25 Vgl. insbes. BVerfGE 112, 304 (319 f.); 125, 260 (323 f.); 141, 220 (280).

dungsbereich hat, dann hier.²⁶ Allein der schiere Umfang der Änderungen verstellt dabei den Blick darauf, dass zahlreiche Weiterungen sich an der Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegen und diese mitunter auch überschreiten,²⁷ und dass der Gesetzgeber jenseits einer allgemeinen Beschwörung von Bedrohungslagen²⁸ die Mühe, auf einzelne Befugnisse bezogene Gründe zu liefern, welche die Weiterungen plausibel zu legitimieren vermögen, nicht auf sich genommen hat. Eine seriöse verfassungsrechtliche Abwägung ist so kaum möglich.

IV. Die Zukunft des Polizeirechts

Gegen beide Gesetze sind bereits mehrere Popularklagen (Art. 98 Abs. 4 BV) und Meinungsverschiedenheiten (Art. 75 Abs. 3 BV) zum BayVerfGH eingelegt worden²⁹, Verfassungsbeschwerden zum Bundesverfassungsgericht wurden angekündigt. Die Gerichte werden die fundierte rechtswissenschaftliche Kritik an den Gesetzen zweifellos nicht als „erstunken und erlogen“ oder „Unsinn“ abtun.³⁰ Bei alledem muss man der bayerischen Initiative auch Positives abgewinnen: Sie rückt das wichtige und bislang nur von Seiten der Wissenschaft vertieft behandelte Problem des Gefahrenvorfelds³¹ in den Fokus des rechtspolitischen Interesses. Im Nachgang der verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung könnte tatsächlich eine klarere Vorstellung von den verfassungsrechtlichen Grenzen polizeilicher Befugnisse und ihrer Funktion in der deutschen Sicherheitsarchitektur stehen.³²

26 Krit. insoweit auch der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz in seiner Stellungnahme vom 21.12.2017, S. 2 f., abrufbar unter: <https://www.datenschutz-bayern.de/1/PAG-Stellungnahme.pdf>

27 Ausf. zu den einzelnen Befugnissen *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (149 ff.) und *ders.*, Stellungnahme vom 14.2.2018 im Auftrag der Fraktion der SPD im Bayerischen Landtag, Anlage 3 zum Protokoll der Anhörung (Fn. 4), 102 ff.

28 Vgl. Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, 1, 9; Drs. 17/20425, 2, 40.

29 Nämlich gegen das Gesetz vom 31.7.2017 Popularklagen der Jusos Bayern und von Professoren und Studenten der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, der Ludwig-Maximilians-Universität München und der Julius-Maximilians-Universität Würzburg sowie gegen beide Gesetze verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheiten der Fraktion Bündnis90/Die Grünen im Bayerischen Landtag.

30 Vgl. Pressemitteilung Nr. 192/2018 vom 7.6.2018 des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr.

31 Vgl. *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und Verfolgungsvorsorge, 2001; *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011; *Streiß*, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, 2011; *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012; *Kusche-witz*, Das Bundesverfassungsgericht und die neue „Sicherheitsarchitektur“, 2014; *Schoch*, Der Staat (43) 2004, 347 ff.; *Möstl*, DVBl. 2007, 581 ff.; *ders.*, DVBl. 2010, 808 ff.; *Baldus*, Die Verwaltung (47) 2014, 1 ff.; *Kugelmann*, Die Verwaltung (47) 2014, 26 (40 ff.); jeweils. m. zahlr. w. N.

32 Vgl. zu Überlegungen für eine „komplementäre Sicherheitsarchitektur“ bereits *Löffelmann*, GSZ 2018, 85 ff.