

Das „neue“ bayerische Polizeiaufgabengesetz – Spannungsverhältnis zwischen Vorbildfunktion und Verfassungswidrigkeit

Meike Kissel / Anja Rampe, Würzburg*

Die jüngsten Änderungen des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (PAG), verabschiedet am 15.05.2018 und in Kraft seit dem 25.05.2018, haben viel Aufruhr und Unbehagen im Freistaat verbreitet. In vielen bayerischen Städten wurde gegen das neue PAG demonstriert. Auch diverse Klagen gegen die Änderungen sind bereits anhängig. Ein Großteil der Proteste richtet sich auch gegen Änderungen aus dem Jahr 2017. Die Darstellung in den Medien ist oftmals einseitig und unsachlich. Doch ist diese auf generelle Ablehnung stoßende Novellierung des PAG wirklich so kritisch ausgestaltet? Im Folgenden sollen die gravierendsten Änderungen des bayerischen PAG erläutert und aus juristischer Sicht durchleuchtet werden, um herauszufinden, weshalb die Änderungen bei einer so großen Anzahl an Bürgern für Aufregung sorgen; zumal das bayerische PAG auch anderen Bundesländern als Vorbild dienen soll.

A. Vorbemerkung

„Handgranaten für die innere Sicherheit“¹ – so oder ähnlich titelten zahlreiche Tageszeitungen im Mai 2018. In diesem Monat traten Änderungen des bayerischen PAG² in Kraft, die eine umfassende Kontroverse in Politik, Medien und Bevölkerung auslösten. Der bayerische Gesetzgeber hat eine neue Regelungsebene des Polizeirechts geschaffen, welche die rechtlichen Möglichkeiten des Vorgehens gegen sog. „Gefährder“ sowie gefährliche Personen im Allgemeinen regelt und insbesondere polizeiliche Befugnisse in den präventiven Bereich hinein ausweitet. Kritiker befürchten, die Zusammenschau aller Befugnisse ergebe den Eindruck einer vollkommenen und umfassenden polizeilichen Kontrolle, ganz zu schweigen von verfassungsrechtlichen Bedenken, die aufgeworfen werden.³

B. Überblick über die Änderungen

Grund der Neuordnung des PAG in Bayern war die Richtlinie (EU) 2016/680 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, welche für den Bereich der bayerischen Polizei bis Mai 2018 in nationales Recht umzusetzen war. Zusätzlich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKA-Gesetz die Rechtsprechung zu den verfassungsgerichtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung polizeilicher Eingriffsbefugnisse weiterentwickelt und präzisiert sowie den Landesgesetzgebern eine Vielzahl von Vorgaben gemacht.⁴ Der Bayerische Landtag wurde aufgrund dieser Vorgaben tätig und hat das PAG umfassend geändert und novelliert. Im August 2017 wurde der erste „Pauenschlag“ in das PAG aufgenommen, die Einführung des zentralen Begriffs der drohenden Gefahr mit entsprechenden Erweiterungen in einzelnen Befugnisnormen. Im Mai 2018 wurde der polizeiliche Befugnis-katalog insbesondere hinsichtlich personenbezogener Daten noch einmal umfassend erweitert. Aus diesem Grund sollen im Folgenden einige bedeutende Änderungen der Novellierungen von 2017 sowie 2018 herausgefiltert und auf etwaiges Problempotential untersucht werden.

C. Der Begriff der drohenden Gefahr als zentraler Aspekt der Änderungen

Bis 2017 war im bayerischen Polizeirecht der Begriff der konkreten Gefahr Eingriffsschwelle und damit Voraussetzung für eine Vielzahl von polizeilichen Eingriffsbefugnissen.⁵ Diese Gefahrenschwelle setzen auch die Polizei- und Ordnungsgesetze anderer Bundesländer voraus.⁶ Definiert wird die konkrete Gefahr als eine im Einzelfall bestehende Gefahr und damit als das Bestehen „einer im Einzelfall hinreichenden Wahrscheinlichkeit [...], dass in

* Die Verfasserinnen sind Mitarbeiterinnen an der Professur für Öffentliches Recht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Lutz, Handgranaten für die innere Sicherheit, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article176271890/Bayerns-Polizeiaufgabengesetz-Handgranaten-fuer-die-innere-Sicherheit.html>, Abruf v. 30.07.2018.

² BayGVBl. 2018, 301.

³ Wächtler u. Koll., Gutachten für den bayerischen Landtag vom 20.03.2018, S. 3; vgl. auch Löffelmann, GSZ 2018, 85 (85).

⁴ BVerfGE 141, 220; Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, 90 (93); Möstl, BayVBl. 2018, 156 (156).

⁵ Waechter, NVwZ 2018, 458 (459).

⁶ Neben Art. 2 Abs. 1 BayPAG seien beispielhaft § 8 Abs. 1 NRWPolG, § 14 Abs. 1 NRWOBG, § 5 Abs. 1 ThürOBG, § 14 Abs. 2 BPolG und § 38 Abs. 2 BKAG genannt.

absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch bestimmte Personen verursacht wird.⁶⁷

I. Das Herabsetzen der polizeilichen Eingriffsschwelle durch die Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr

Bayern hat diese Eingriffsschwelle mit der Novellierung im Jahr 2017 nicht abgeschafft, allerdings mit der Einführung der Gefahrenkategorie der „drohenden Gefahr“ eine weitere Schwelle geschaffen, welche die bisherigen Regelungen im Gefahrenvorfeld ergänzt.⁸ Eine Legaldefinition der drohenden Gefahr findet sich in der Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG.⁹ Für diese Definition stützt sich der bayerische Gesetzgeber auf das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das diese Vorfeldtatbestände in Bezug auf terroristische Straftaten beschrieb.¹⁰ Beachtlich ist dabei, dass der bayerische Gesetzgeber die Vorfeldtatbestände, die von der drohenden Gefahr erfasst sind, aus dem Zusammenhang des Terrorismus löst und verallgemeinert.¹¹

Die Norm ermächtigt als polizeiliche Generalklausel zu Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen und kommt insofern subsidiär zur Anwendung, wenn keine Standardbefugnis vorrangig anwendbar ist. Durch die Schaffung der neuen Gefahrenkategorie kann die Polizei Maßnahmen schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr anordnen: Sie soll in die Lage versetzt werden, möglichst früh in Kausalverläufe eingreifen zu können, um dadurch bereits das Entstehen einer konkreten Gefahr verhindern zu können.¹² Diese Vorverlagerung der Eingriffsschwelle führt zu einer Zwischenebene zwischen reiner Gefahraufklärung im Gefahrenvorfeld und echter Gefahrbeseitigung ab der Gefahrenschwelle.¹³ Gefahren sollen gar nicht erst zur Entstehung gelangen.

Jedoch bedarf es auch für das Vorliegen dieser Schwelle tatsächlicher Anhaltspunkte auf eine im Einzelfall vorliegende drohende Gefahr für ein gewichtiges Rechtsgut.¹⁴ In

Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG wurde vom Gesetzgeber ein abschließender Katalog bedeutender Rechtsgüter geschaffen, wodurch die niedrigeren Anforderungen an die Gefahrenlage und den Kausalverlauf ausgeglichen werden sollen.

Im Gegensatz zur konkreten Gefahr sind bei der drohenden Gefahr an die Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs reduzierte Anforderungen zu stellen, wenn auf der anderen Seite eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besteht.¹⁵ Die Polizei kann demnach schon Befugnisse ausüben, ohne dass eine konkrete Gefahrenlage eingetreten sein muss. Beispielsweise ist ein Eingreifen schon dann möglich, wenn aufgrund eines bestimmten Verhaltens einer Person die Entstehung einer konkreten Gefahr erwartet werden kann.¹⁶

II. Verfassungsrechtliche Bedenken

Bedenken bezüglich der Einführung der Gefahrenkategorie der „drohenden Gefahr“ ergeben sich hinsichtlich des verfassungsrechtlich ausgestalteten Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 S. 1 der Bayerischen Verfassung (BV). Kritiker monieren einen Verstoß gegen diesen, da der Begriff der drohenden Gefahr zu unbestimmt sei und es dem Normadressaten erschwert bis unmöglich macht, zu erkennen, wann der polizeiliche Handlungsspielraum eröffnet ist.¹⁷ Hiergegen ist zumindest anzuführen, dass der bayerische Gesetzgeber sich für die Grundlage des neuen Gefahrenbegriffs eng an den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts orientierte.¹⁸ Zudem sind unbestimmte Rechtsbegriffe grundsätzlich als verfassungskonformes Instrument zur Gewährleistung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen dienlich.¹⁹ Insbesondere wird bei abstrakten, unbestimmten Rechtsbegriffen eine genauere Auslegung und Konkretisierung des jeweiligen Begriffs oftmals erst durch Judikative und Exekutive erreicht.²⁰ Die Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe ist oftmals unvermeidlich und daher zulässig, sofern die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können.²¹ Ferner hat die Landespolizei einen weitaus größeren Aufgabenbereich als beispielsweise das Bundeskriminalamt, weshalb ein Erstrecken der Norm auf sämtliche drohende Gefahren für bedeutende Rechtsgüter angemessen scheint.²² Zumindest eine verfassungskonforme Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe innerhalb der Norm scheint damit bei aller Kritik möglich.

⁷ BVerfGE 120, 274 (328 f.); *Krüger*, JuS 2013, 985 (987); *Schenke*, JuS 2018, 505 (505).

⁸ *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Aufl. 2017, Rn. 138a; *Waechter*, NVwZ 2018, 458 (459).

⁹ „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 das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.“

¹⁰ Vgl. BVerfGE 141, 220 (272).

¹¹ *Waechter*, NVwZ 2018, 458 (459).

¹² *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, (Fn. 8), Rn. 138a.

¹³ *Möstl*, in: *Möstl/Schwabenbauer*, BeckOK PolR Bayern, Vorb. Rn. 93.

¹⁴ *Möstl*, (Fn. 13), Vorb. Rn. 37; *Möstl*, DVBl. 2007, 581 (581 ff.).

¹⁵ *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (159).

¹⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 PAG; *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (159).

¹⁷ *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (147 ff.).

¹⁸ *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (159).

¹⁹ BVerfGE 3, 225 (243); 4, 352 (357 f.); 83, 130 (145); *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 133.

²⁰ BVerfGE 54, 143 (144 f.); BVerwGE 109, 29 (37 f.); *Störmer*, Die Verwaltung 30 (1997), 233 (244 ff., 255 f.).

²¹ BVerfGE 83, 130 (145); *von Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (121).

²² *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (161).

Auch wird eingewendet, dass der Aufgabenbereich der Polizei zu weit in das Gefahrenvorfeld ausgedehnt werde, knüpfe man polizeiliche Befugnisse lediglich an eine „drohende Gefahr“. Hierdurch werde eine gezielte „Ver-nachrichtendienstlichung“²³ der Polizei betrieben.²⁴ Die konkrete Gefahr würde durch die Einführung der drohenden Gefahr als klare Eingriffsschwelle und deutliches Abgrenzungskriterium zu den Vorfeldbefugnissen der Nachrichtendienste aufgegeben.²⁵ Beispielsweise verwendet § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10-Gesetz den Begriff der „drohenden Gefahr“ bereits im Bereich der nachrichtendienstlichen Regelungsmaterie; hier wird der Begriff verweisend auf das Gefahrenvorfeld gebraucht.²⁶ Zusammenhängend wird hier deutlich, dass eine drohende Gefahr lediglich eine Bedrohungslage kennzeichnen soll, für deren Bestehen Anhaltspunkte vorliegen müssen. Es handelt sich hierbei gerade nicht um eine Gefahr nach dem bisherigen Begriffsverständnis – es darf aber auch nicht nur eine lediglich gefühlte oder vermutete Bedrohung vorliegen.²⁷ Darüber hinaus wird der Norm vorgeworfen, der Rechtsgüterkatalog sei hinsichtlich der erfassten Schutzgüter nicht hinreichend eingegrenzt. Während sich das Bundesverfassungsgericht im BKAG-Urteil auf den Schutz hochrangiger Rechtsgüter gegen terroristische Gefahren bezieht,²⁸ schützt Art. 11 Abs. 3 PAG bedeutende Rechtsgüter und eröffnet somit der Polizei im Gefahrenvorfeld beinahe das vollständige polizeiliche Handlungsspektrum.²⁹ Fraglich erscheint, ob durch die Erweiterung des polizeilichen Handlungsradius auf den Schutz „überragend wichtiger Rechtsgüter“ auch solche Rechtsgüter wie die der Nr. 4 und 5 erfasst werden sollten: erhebliche Eigentumspositionen sowie Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.³⁰ Bei den zuletzt genannten Rechtsgütern stellen Kritiker die Frage, ob unter Umständen nicht auch Telefonzellen oder Verkehrszeichen hierunter fallen.³¹

III. Zwischenfazit

Trotz aller Kritik an der Gefahrenkategorie der „drohenden Gefahr“ scheint eine verfassungskonforme Auslegung des Art. 11 Abs. 3 PAG zumindest möglich.

D. Andere bedeutende Novellierungen

Neben der Einführung der neuen Gefahrenkategorie und der damit verbundenen Erweiterung der polizeilichen Befugnisse in das Gefahrenvorfeld wurden auch zahlreiche andere polizeiliche Befugnisse geschaffen und erweitert. Zudem kann die Ausweitung einzelner Befugnisse ins Gefahrenvorfeld notwendig sein, um heutigen, neuen Herausforderungen gerecht zu werden.³²

I. Änderungen durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen 2017

Zunächst sollen zwei der umstrittensten Neuerungen der PAG-Novelle aus 2017³³ untersucht werden. Es handelt sich dabei um den Präventivgewahrsam und um die Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung.

I. Art. 20 S. 1 Nr. 3 PAG – Dauer der Freiheitsentziehung

Durch die Novellierung der Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4, 5 i.V.m. Art. 20 S. 1 Nr. 3 PAG hat der jeweilige zuständige Richter im Rahmen der Ingewahrsamnahme die Möglichkeit, die Dauer der Freiheitsentziehung jeweils um drei Monate zu verlängern, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 PAG genanntes bedeutendes Rechtsgut (Nr. 3), zur Durchsetzung eines Platzverweises, einer Aufenthaltsanordnung oder eines Kontaktverbotes nach Art. 16 PAG (Nr. 4) sowie im Falle der Nichtbefolgung einer Anordnung im Rahmen einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach Art. 34 PAG (Nr. 5) PAG erforderlich ist. Dies stellt eine deutliche Verschärfung der früheren Rechtslage zur polizeilichen Ingewahrsamnahme dar. Insbesondere wurde die bisherige Obergrenze von 14 Tagen³⁴ aufgehoben; es besteht nunmehr die Möglichkeit der unbegrenzten Anordnung der Fortdauer des Gewahrsams um erneut jeweils bis zu drei Monate.³⁵

Kritiker monieren durch die Novellierung einen Verstoß gegen Art. 104 GG und Art. 102 Abs. 2 S. 2 BV. Allerdings wird die Höchstdauer der Ingewahrsamnahme von dem Vorbehalt der richterlichen Entscheidung gerade nicht vorausgesetzt.³⁶ Ebenso sehen ländervergleichend auch andere polizeiliche Normen keine gesetzliche Höchstfrist einer Ingewahrsamnahme vor.³⁷ Zu beachten ist dabei ferner, dass nach Art. 104 Abs. 1 GG jede Beschränkung der

²³ Vgl. zum Begriff: *Dietrich*, in: *Dietrich/Eiffler*, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil III, § 3 Rn. 8.

²⁴ *Löffelmann*, Gutachten für den bayerischen Landtag vom 30.01.2018, S. 4 Rn. 3.

²⁵ *Löffelmann*, (Fn. 24), S. 4 Rn. 3.

²⁶ *Löffelmann*, (Fn. 24), S. 6 Rn. 3.

²⁷ *Huber*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig*, Sicherheitsrecht des Bundes, § 1 Art. 10-Gesetz Rn. 28; *Löffelmann*, (Fn. 23), Teil VI, § 4 Rn. 33.

²⁸ BVerfGE 141, 220 (279, 281 ff.).

²⁹ *Löffelmann*, GSZ 2018, 85 (87); *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (160).

³⁰ *Löffelmann*, GSZ 2018, 85 (87).

³¹ *Wächtler u. Koll.*, (Fn. 3), S. 4.

³² *Baldus*, Die Verwaltung 47 (2014), 1; *Löffelmann*, (Fn. 24), S. 8 Rn. 4; *Möstl*, DVBl. 2007, 581; *Schoch*, Der Staat 2004, 347.

³³ Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen 2017, GVBl. v. 31.07.2017, S. 388

³⁴ *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Rn. 567; *Schmidbauer*, in: *Schmidbauer/Steiner*, PAG, 4. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 17.

³⁵ *Grünwald*, (Fn. 13), Art. 20 Rn. 19.

³⁶ Vgl. Wortlaut des Art. 104 Abs. 2 GG.

³⁷ Vgl. nur in Bremen (§ 18 Abs. 1 BremPolG) oder Schleswig-Holstein (§ 204 Abs. 5 S. 2 LVwG).

Freiheit einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Dieser Voraussetzung wird mit dem Art. 20 S. 1 Nr. 3 PAG genüge getan. Zudem muss bei einer Freiheitsentziehung nach Art. 104 Abs. 2 GG stets ein Richtervorbehalt eingehalten werden, welcher die Höchstdauer einer Ingewahrsamnahme festlegen muss, die anhand des Gewahrsamszwecks und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen ist.³⁸ Art. 20 S. 1 Nr. 3 PAG enthält als Voraussetzung einen Richtervorbehalt, sodass insofern kein Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 GG vorliegt.

Fraglich bleibt, ob durch die Norm ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorliegt. Die Ingewahrsamnahme einer festgehaltenen Person über einen Zeitraum von drei Monaten ist wohl geeignet zur Gefahrenabwehr, wenn von der Person weiterhin eine Gefahr im Sinne des Art. 17 PAG ausgeht und nach dem Ablauf von drei Monaten nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Betroffene von etwaigen Taten absehen wird. Sofern ein konkreter Verdacht vorhanden war, weitere Anhaltspunkte hierfür bestehen und kein genauer Zeitraum für die Tat erkennbar ist, ist die Ingewahrsamnahme nach Art. 20 S. 1 Nr. 3 PAG wohl auch erforderlich. Sofern der verfassungsrechtlich vorausgesetzte Richtervorbehalt eingehalten wurde, dürfte eine Verlängerung des Gewahrsams nach Art. 20 S. 1 Nr. 3 PAG bei bestehender Gefährdungslage wohl keinen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründen können.³⁹

2. Art. 34 PAG – Elektronische Aufenthaltsüberwachung

Mit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) in Art. 34 PAG wurde eine völlig neue Norm aus dem Bereich der Datenerhebung und -verarbeitung in das PAG eingefügt. Die Regelung normiert im Rahmen der besonderen Befugnisse und Maßnahmen der Datenerhebung die sog. „elektronische Fußfessel“ und erleichtert im Einzelfall eine umfassende polizeiliche Überwachung bei einer entsprechenden Gefahrenlage.⁴⁰

Art. 34 PAG setzt im präventiven Bereich der Gefahrenabwehr an und stellt eine besonders intensive Maßnahme der Datenerhebung dar. Die EAÜ ist eine offene Maßnahme, d.h. in Kenntnis des Betroffenen – anders als beispielsweise Bildaufnahmen nach Art. 32 PAG. In Abs. 2 wird die Erhebungs- und Speicherungsbefugnis der Polizei normiert; auch die Erstellung von Bewegungsbildern des Betroffenen ist zulässig. Eine Anordnung ist nach Art. 34 Abs. 1 S. 1 PAG möglich zur Abwehr einer konkreten oder einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 PAG genanntes Rechtsgut – das Rechtsgut der „erheblichen Eigentumspositionen“ nach Nr. 4 ist hiervon ausgenommen.

Verfassungsrechtlich problematisch ist im Blick auf die mit der EAÜ verbundene Datenerhebung und Datenspeicherung vor allem die mögliche Verletzung des Allgemeinen

Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.⁴¹ Bedenken bestehen hier insbesondere bezüglich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Speicherung der Daten über den Standort des Betroffenen als personenbezogene Daten.⁴² Fraglich ist, ob auch eine weniger eingriffsintensive Observation durch Sicherheitsbeamte ebenso wirksam wäre. Dies erscheint jedoch vor der Hürde des dafür notwendigen, immens hohen und kaum zu bewältigenden Personalaufwands nicht gleich effektiv, da die Überwachung von gefährlichen Personen hierdurch im Einzelfall nicht mit Sicherheit gewährleistet werden kann.⁴³

Als bedenklich wird zudem angesehen, dass die Anordnung der EAÜ bereits bei einer drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG möglich sein soll. Jedoch wird hierbei auf die Rechtsgüter in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG Bezug genommen. Insofern kann die Norm wohl noch als angemessen angesehen werden, zumal die Anordnung der EAÜ zusätzlich einen Richtervorbehalt gewährleistet.⁴⁴ Im Übrigen ist die EAÜ als milderer Mittel zu einem Präventivgewahrsam anzusehen und stellt eine adäquate, weniger eingriffsintensive Alternative zu diesem dar.⁴⁵

II. Änderungen durch das Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts 2018

Die Änderungen vom Mai 2018⁴⁶ dienen einerseits der Umsetzung der europäischen Datenschutzvorgaben, welche an den digitalen Wandel angepasst wurden. Geregelt werden spezielle Datenerhebungsbefugnisse sowie Regelungen für die Verarbeitung, Löschung und Berichtigung von Daten sowie Hinweis- und Belehrungspflichten (insbesondere Art. 30 ff. PAG). Zusätzlich erfolgten weitere Anpassungen an die Vorgaben des BKAG-Urteils des Bundesverfassungsgerichts, die sich insbesondere auf die Einführung weiterer Richtervorbehalte sowie Vertrauenspersonen (vgl. Art. 38 PAG) beziehen.

Darüber hinaus wurden die Änderungen von 2017 fortgeführt, indem die Gefahrenkategorie der drohenden Gefahr auf weitere Befugnisse ausgeweitet wird. Ergänzende Regelungen erfassen die präventive DNA-Nutzung (Art. 14 Abs. 3 PAG), Regelungen für die Durchsuchung von elektronischen Speichermedien, eine Erweiterung der Regelungen offener Videographie (Art. 33 PAG), den Einsatz u.a. sog. Body-Cams sowie die Einführung der Möglichkeit einer präventiven, richterlich angeordneten und überwach-

³⁸ Kubiciel, ZRP 2017, 57 (59).

³⁹ Kritisch: Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (152 f.).

⁴⁰ Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, S. 1 f.

⁴¹ Löffelmann, BayVBl. 2018, 146 (151).

⁴² Löffelmann, BayVBl. 2018, 146 (151).

⁴³ So beispielsweise, wenn die betroffene Person der Observation „entkommt“ oder gravierender Personalmangel herrscht.

⁴⁴ Art. 34 Abs. 3 S. 1 PAG.

⁴⁵ Vgl. auch Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (150); Schröder, (Fn. 13), Art. 32a Rn. 12.

⁴⁶ Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts, GVBl. v. 18.05.2018, S. 301.

ten Postsicherstellung (Art. 35 PAG).⁴⁷ Auch Regelungen zum Einsatz von unbemannten Luftfahrtsystemen (Drohnen, Art. 47 PAG) sowie der Ermöglichung des Einsatzes von Explosivmitteln (Art. 78, 86 PAG) haben ihren Weg in das Gesetz gefunden. Exemplarisch werden im Folgenden zwei Neuerungen dargestellt.

1. Art. 14 Abs. 3 PAG – DNA-Analyse

Durch die Novellierung des Art. 14 Abs. 3 PAG wurde die präventivpolizeiliche DNA-Bestimmung (molekulargenetische Untersuchung) eingeführt. Abs. 3 S. 1 normiert die grundsätzliche Subsidiarität gegenüber den bisherigen Maßnahmen. Erst wenn diese keinen Erfolg versprechen, kann (Ermessensnorm) die Polizei zur Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut im Sinne des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG erforderliche Maßnahmen zur molekulargenetischen Untersuchung und der DNA-Bestimmung treffen. Außer bei Gefahr im Verzug ist dabei der Richtervorbehalt nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 PAG zu beachten. Zudem dürfen körperliche Eingriffe, welche auch immer einen Grundrechtseingriff beinhalten, nur durch einen Arzt durchgeführt werden. Hintergrund einer Neuregelung waren kriminologische Erkenntnisse zur Vermeidung von Straftaten aufgrund höherer Identifizierungswahrscheinlichkeit.⁴⁸

Die Regelung ist im Wesentlichen vergleichbar mit § 81g StPO, jedoch müssen dabei im konkreten Fall Anhaltspunkte bestehen für die künftige Begehung einer Straftat von erheblicher Bedeutung. Bei Art. 14 Abs. 3 PAG reicht die Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut. So besteht die Gefahr, dass die erhöhten verfassungsgesichtlich gebotenen Voraussetzungen des § 81g Abs. 1 StPO durch die eingefügte Neuregelung unterlaufen werden.⁴⁹ Erhebliche Bedenken ergeben sich auch dahingehend, dass es zweifelhaft erscheint, ob eine mit einem körperlichen Eingriff verbundene Untersuchung noch eine erkennungsdienstliche Maßnahme darstellt,⁵⁰ denn diese ist gekennzeichnet durch Merkmale des äußeren Erscheinungsbildes einer Person, die ihre Wiedererkennung ermöglichen.⁵¹ Dazu gehören keine Identifizierungsmöglichkeiten, die einer körperlichen Untersuchung bedürfen.⁵²

Zudem fehlt eine Regelung zur expliziten Speicherdauer der DNA-Identifizierungsmuster sowie zu welchen Zwecken die erhobenen DNA-Daten verwendet werden dürfen.⁵³ Geregelt wird nur, dass die Ergebnisse und das gewonnene Material nach entsprechender Entnahme und

Untersuchung grundsätzlich von Amts wegen zu vernichten sind, sobald die Voraussetzungen der Abs. 1 bis 3 entfallen. Eine Ausnahme gilt bei strafprozessualer Beschlagnahme und Aufbewahrung nach § 81a Abs. 3 StPO. Durch die Feststellung, Speicherung und Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters liegt zumindest ein Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor.⁵⁴ Darüber hinaus ist die Geeignetheit der DNA-Analyse zur rechtssicheren Feststellung von äußeren Merkmalen des Spurenverursacherkreises jedenfalls fraglich.⁵⁵

2. Art. 78 Abs. 5, Art. 86 PAG – Einsatz von Explosivmitteln

Bei den Bestimmungen zur Anwendung unmittelbaren Zwangs werden die zulässigen Waffen und Einsatzmöglichkeiten erweitert. So ist es der Polizei durch die Novellierung erlaubt, Explosivmittel zu nutzen.⁵⁶ Explosivmittel sind dabei als besondere Form der in Art. 78 Abs. 3 PAG genannten Sprengmittel anzusehen. Art. 86 PAG regelt in der Folge den Einsatz dieser Explosivmittel. Im Gegensatz zum Einsatz von Maschinengewehren sollen beim Einsatz von Explosivmitteln auch Fälle erfasst werden, in welchen etwa Lastkraftwagen mit hoher Geschwindigkeit und Gewaltpotential gegen eine Menschenmenge gerichtet werden (vgl. etwa den terroristischen Anschlag auf einen Berliner Weihnachtsmarkt 2016).⁵⁷

Als Rechtfertigung für den Einsatz dieser Mittel wird oftmals die niedrigere Gefährdung von unbeteiligten Dritten angeführt.⁵⁸ Jedoch kann auch gerade der Einsatz solcher Mittel aufgrund der Streubreite zu einer massiven Gefährdung einer Vielzahl unbeteiligter Personen führen.⁵⁹ Bereits das Mitführen sowie der Einsatz von Waffen durch Polizeibeamte im öffentlichen Raum führt zu einer abstrakten Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben.⁶⁰ Damit stellt sich im Gegenzug die Frage, ob ein Einsatz solcher Mittel nicht eher eingeschränkt statt ausgeweitet werden sollte.⁶¹ Problematisch erscheinen jedoch insbesondere auch Verhältnismäßigkeitserwägungen, wenn der Einsatz von Explosivmitteln an dieselben Voraussetzungen geknüpft wird wie ein Schusswaffeneinsatz.⁶² Allerdings kann dem entgegengehalten werden, dass Explosivmittel effektiver eingesetzt werden können, zudem soll eine schnellere Reaktionsmöglichkeit

⁴⁷ Vgl. auch *Kohnen*, Staatsregierung: Entwurf für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) eingebracht, <https://bayrvr.de/2018/01/30/staatsregierung-entwurf-fuer-ein-gesetz-zur-neuordnung-des-bayerischen-polizeirechts-pag-neuordnungsgesetz-eingebracht/>, Abruf v. 01.08.2018.

⁴⁸ Bayerischer Landtag, Drs. 20425, S. 41 f.

⁴⁹ *Löffelmann*, (Fn. 24), S. 12 Rn. 8.

⁵⁰ *Petri*, Gutachten für den bayerischen Landtag vom 21.12.2017, S. 6.

⁵¹ Zur Definition vgl. BayVGh, NJW-RR 1998, 496 (497); *Löffelmann*, (Fn. 24), S. 12 Rn. 8.

⁵² *Schmidbauer*, (Fn. 33), Art. 14 Rn. 3. *Petri*, (Fn. 50), S. 7.

⁵³ *Petri*, (Fn. 50), S. 7.

⁵⁴ BVerfGE 65, 1 (41 f.); zur Einschränkung: BVerfGE 67, 100 (143).

⁵⁵ *Petri*, (Fn. 50), S. 7.

⁵⁶ Legaldefinition in § 78 Abs. 5 S. 1 PAG: „Explosivmittel sind besondere Sprengmittel, namentlich Handgranaten, Sprenggeschosse, die aus Schusswaffen verschossen werden können und sonstige explosionsfähige Stoffe, die vor Umsetzung von einem festen Mantel umgeben sind.“

⁵⁷ Bayerischer Landtag, Drs. 17/20425, S. 90.

⁵⁸ Bayerischer Landtag, Drs. 17/20425, S. 90.

⁵⁹ Vgl. auch die hohen Strafandrohungen in §§ 308, 310 StGB.

⁶⁰ *Löffelmann*, (Fn. 24), S. 68 Rn. 117.

⁶¹ *Löffelmann*, (Fn. 24), S. 69 Rn. 117 a.E.

⁶² Vgl. für das Sicherheitsrecht des Bundes: *Ruthig*, (Fn. 27), § 14 UZwG, Rn. 2.

auf unerwartete Bedrohungslagen gewährleistet werden. Insgesamt zielt die Ausweitung der Einsatzmittel auf die Anwendung gegen einen Personenkreis ab, der selbst erkennbar den unmittelbaren Gebrauch von Schusswaffen, Sprengmitteln oder Ähnlichem beabsichtigt. Ein vorheriger Gebrauch anderer Waffen durch die Polizei muss entsprechend des ultima-ratio-Grundsatzes offensichtlich aussichtslos oder unzureichend erscheinen. Somit kommt ein genereller Einsatz von beispielsweise Handgranaten durch die Polizei, wie von Kritikern und in den Medien dargestellt, nicht in Frage.

E. Fazit und Ausblick

Das neue PAG wird zwar teilweise auch als „schärfstes“ Polizeirecht in Deutschland bezeichnet, gilt gleichwohl jedoch als Vorbild für Reformen und Erweiterungen der Polizeigesetze verschiedener anderer Bundesländer – zumal im aktuellen Koalitionsvertrag Reformbedarf der aktuellen deutschen Sicherheitsarchitektur festgestellt wurde.⁶³ Nordrhein-Westfalen leitete als erstes Bundesland nach Bayern bereits eine ähnliche Umsetzung in die Wege.⁶⁴ In Baden-Württemberg⁶⁵, Bremen⁶⁶, Niedersachsen⁶⁷ und Sachsen⁶⁸ gilt das neue Polizeiaufgabengesetz als Inspiration für eine Novellierung. Schlussendlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers, eine Balance zwischen dem gestiegenen Sicherheitsbedürfnis und den Freiheitsrechten des Einzelnen herzustellen. Auch obliegt ihm die Pflicht, Sicherheit zu gewährleisten.⁶⁹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die gravierendsten Änderungen bereits im Sommer 2017 in das PAG aufgenommen wurden. Mit der Erweiterung in diesem Jahr wurden hauptsächlich die Tatbestände der Standardmaßnahmen um die „drohende Gefahr“ erweitert sowie europäische Vorgaben zur Datenverarbeitung, -speicherung und -übermittlung umgesetzt.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Gefahrenabwehr vor bisher unbekanntem Herausforderungen steht. Es geht nicht nur „um gefühlte Bedrohungslagen, sondern es existiert eine nicht mehr nur theoretische Bedrohung bisher

ungeahnten Ausmaßes, die den Staat in der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten zwingt, im Interesse einer effektiven Terrorabwehr Grundrechte zu beschränken, um so die ihm anvertrauten Bürger zu schützen.“⁷⁰ Zudem ist der Gesetzgeber gezwungen, eine sinnvolle Abrundung kriminalistischer Ermittlungsmethoden zu finden, welche die bisherigen sinnvoll ergänzen können, da bei der Begehung und Vorbereitung von Straftaten zunehmend modernste Kommunikationstechniken eingesetzt werden, welche zu einer Effektivierung krimineller Handlungen führen.

Angesichts dieser Herausforderungen bleibt abzuwarten, ob das PAG diesen Anforderungen auch vor Gericht standhalten wird.

⁶³ Koalitionsvertrag 2018, S. 5949 ff., 5972 f., 5990 ff.; vgl. auch *Löffelmann*, GSZ 2018, 85 (85).

⁶⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes NRW vom 11.04.2018, Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 17/2351.

⁶⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Polizeigesetzes und des Gesetzes über die Ladenöffnung in Baden-Württemberg vom 26.09.2017, Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 16/2741.

⁶⁶ Der Entwurf eines Reformgesetzes zur Änderung des Bremischen Polizeigesetzes wurde am 10.01.2018 in der Innendeputation behandelt und nach massiver öffentlicher Kritik nicht weiterverfolgt.

⁶⁷ Entwurf eines Reformgesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung und anderer Gesetze vom 08.05.2018, Niedersächsischer Landtag, Drs. 18/850.

⁶⁸ Referentenentwurf eines Gesetzes über die Aufgaben, Befugnisse, Datenverarbeitung und Organisation des Polizeivollzugsdienstes im Freistaat Sachsen (SächsPVDG) vom 18.04.2018.

⁶⁹ BVerfGE 115, 320 (357); 120, 274 (319); 133, 277 (333).

⁷⁰ *Schwarz*, Gutachten für den bayerischen Landtag vom 20.03.2018, S. 2.