

Prof. Dr. Christoph Degenhart

Universität Leipzig – Juristenfakultät
Zustelladresse: Stormstr. 3, 90491 Nürnberg
Tel. ++49.(0)911.592461
Fax ++49(0)911 592462
Mobil 0171.2017894
dres.degenhart@t-online.de

Leipzig/München, den 8. März 2019

An den
Bayerischen Verfassungsgerichtshof
80097 München

Vf. 10-VIII-18

**Antrag auf Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten
nach Art. 75 Abs. 3 der Verfassung des Freistaates Bayern
- Vf. 10-VIII-18 -**

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

erwidere ich auf den Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners zu 2) vom 8. Januar 2019, dem sich die Antragsgegnerin zu 1) angeschlossen hat wie folgt.

Der Antrag aus dem Schriftsatz vom 6. Juni 2018 unter Ziff. 7 wie folgt erweiternd formuliert:

7. § 1 Nr. 25 Buchst. b) und c) des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) sowie Nr. 35 des Gesetzes, soweit hiernach in Art. 47 Abs. 1 PAG auf Art. 33 PAG verwiesen wird, verletzen Art. 3 Abs. 1, Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV sowie Art. 101 BV und sind verfassungswidrig und nichtig. § 1 Nr. 25 Buchst. e) verletzt Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV sowie Art. 101 BV sowie Art. 106 BV und ist verfassungswidrig und nichtig.

Ferner wird der Antrag unter Nr. 10 wie folgt formuliert:

10. § 1 Nr. 29 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301) verletzt durch die Einfügung von Art. 39 sowie Art. 40 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 PAG Art. 3 Abs. 1 BV sowie Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und ist Art. 39 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 5 PAG soweit nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a PAG an jegliche Gefahr und nach Buchst. b an drohende Gefahren angeknüpft nach Nr. 5 die Befugnis zu Kontrollen allgemein auf Durchgangsstraßen ausgedehnt wird und ist in dem so bezeichneten Umfang verfassungswidrig und nichtig.

Entsprechend der Vorgehensweise des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners sollen zunächst einige grundsätzliche für das Verfahren bedeutsame Gesichtspunkte erörtert werden, um dann auf die Einlassungen des Verfahrensbevollmächtigten zu den einzelnen von mir vorgebrachten Rügen einzugehen.

Der besseren Übersichtlichkeit halber wird nachstehende Gliederung vorangestellt.

Übersicht

I. Zu den „strukturellen Fragen“	4
1. Freiheit und Sicherheit	4
a) Zur Fehlinterpretation des Antragschriftsatzes in der Replik.....	4
b) Zur Freiheitsvermutung im freiheitlichen Rechtsstaat.....	5
c) Rechtsstaatliches Polizeirecht zwischen Freiheit und Effektivität	6
d) Insbesondere: zu Art. 99 BV und dessen Fehldeutung durch die Replik ...	7
2. „Überwachungsgesamtrechnung“	9
3. Zwecke und Regulationsintention	10
4. Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit – verfassungskonforme Interpretation ?	11
a) Maßgeblichkeit der gesetzlich eröffneten Befugnisse.....	11
b) Verfassungskonforme Reduktion ?	12
II. Insbesondere: zur drohenden Gefahr	13
1. Moderate Arrondierung oder struktureller Umbruch ?.....	13
2. Drohende Gefahr und BVerfG zum BKAG	15
a) Unzutreffende Prämissen der Replik im Schriftsatz vom 8. Januar 2019	15
b) Konkrete und drohende Gefahr im Urteil des BVerfG und aus Sicht des Gesetzgebers	16
c) Übertragbarkeit des Urteils des Bundesverfassungsgerichts ?.....	18
d) Überschreitung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	19
3. Bestimmtheitsgebot	20
a) Zur Methodik der Antragserwiderung	20
b) Offenheit der tatbestandlichen Voraussetzungen.....	22
c) Ex-ante-Einschätzung und ex-post-Kontrolle.....	23
d) Drohende Gefahr und Jedermanns-Verantwortlichkeit.....	24
III. Einzelrügen.....	25
1. DNA-Analyse, Art. 14 Abs. 3 – 6 PAG.....	25
2. Zwangsweise Durchsetzung einer Vorladung, Art. 15 Abs. 3 PAG.....	26
3. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 PAG: Meldeauflagen.....	28
4. Durchsuchung von Datenbeständen, Speichermedien, Art. 22 Abs.2 PAG	29
5. Sicherstellung, Vermögenspfändung, Art. 25 PAG	33
6. DNA von Spurenmaterial, Art. 32 Abs. 1 Satz 2 – 4 PAG	35
7.a) – Übersichtsaufnahmen, Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und b PAG	37
7.b) Bodycams, Art. 33 Abs. 4 - 6 PAG	38
7.c) Insbesondere: Einsatz von Bodycams in Wohnungen.....	39
8. Postsicherstellung, Art. 35 PAG	42
9. Besondere Mittel der Datenerhebung, Art. 36 PAG.....	43
10. automatisierte Kennzeichenerkennungssysteme, Art. 39 PAG.....	45
11. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art. 40 PAG.....	48
12. Einsatz technischer Mittel in Wohnungen, Art. 41 PAG	49
13. Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 PAG	51
14. Online-Durchsuchung, Art. 45 PAG.....	52
16. Abruf nachrichtendienstlicher Daten, Art. 60 Abs. 3 PAG – informationelles Trennungsprinzip	54

I. Zu den „strukturellen Fragen“

1. Freiheit und Sicherheit

a) Zur Fehlinterpretation des Antragsschriftsatzes in der Replik

Dankenswerterweise legt der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners zu 2), der Bayerischen Staatsregierung, bereits sein grundlegendes Verfassungsverständnis offen, wenn er (S. 30) die Aussagen des Unterfertigten zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit als „fragwürdige Weichenstellung“ nicht unwidersprochen lassen will. Da er die kritisierten Ausführungen nur „sinngemäß“ wiedergeben will, seien sie hier nochmals auszugsweise wörtlich wiederholt (S. 19):

„Die ‚Staatsaufgabe Sicherheit‘ hat hierin Verfassungsrang. Die Gewähr von Sicherheit für den Bürger ist fundamentaler Staatszweck“.¹

Bereits vorgehend wird klargestellt (S. 18):

Die verfassungsmäßige Ordnung, der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie Leib, Leben und Freiheit der Person sind Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht“...²

Wenn nun der Bevollmächtigte der Staatsregierung ausführt „diese Aussage“ sei „grob missverständlich“ und „in ihrer Einseitigkeit so auch verfassungsrechtlich nicht haltbar“, so kann er damit nicht die im Schriftsatz tatsächlich getroffenen Aussagen meinen, sondern die von ihm nach eigenem Bekunden „sinngemäß“, tatsächlich aber sinnentstellend und unvollständig wiedergegebenen Äußerungen, bzw. eine ihnen unterstellte Tendenz. Diese Aussagen werden dann in „sinngemäßer“ Wiedergabe passend gemacht, um eine verfassungsrechtlich angeblich nicht haltbare Tendenz in den Schriftsätzen der Antragsteller zu suggerieren – eine auch anderweitig zu beobachtende Vorgehensweise der Antragserwiderung,

¹ Als Belegstellen werden unter Fn. 41 genannt: „BVerfGE 115, 320 (358); 120, 274 (319); vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Aufl. 2017 Rdn. 430a; *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. 2. Aufl. 2017, Art. 99 Rdn. 1.“

² Unter Bezugnahme auf BVerfGE 141, 220 Rdn. 100.

deren Verfasser offensichtlich nur geringes Verständnis für die freiheitliche Grundströmung gerade der Bayerischen Verfassung aufzubringen scheint.

Warum nun allerdings in der nach allgemeiner Ansicht und wohl auch in der Einschätzung der Antragsgegner excellenten Sicherheitslage im Bayern des 21. Jahrhunderts eine Neujustierung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit erforderlich sein soll,³ dieser Frage müssen sich der Gesetzgeber ebenso wie der Antragsgegner stellen.

b) Zur Freiheitsvermutung im freiheitlichen Rechtsstaat

Davon, dass unsererseits die fundamentale Staatsaufgabe „Sicherheit“ in ihrer Bedeutung negiert würde, wie der Bevollmächtigte der Staatsregierung suggerieren will, kann also keine Rede sein. Die Gewähr von Sicherheit für den Bürger ist fundamentaler Staatszweck, die Gewährleistung von Freiheit aber ein ebenso fundamentaler Staatszweck des freiheitlichen Rechtsstaats, zu dem sich die Verfassung des Freistaats Bayern im Einklang mit dem Grundgesetz bekennt. Deshalb bedarf der Eingriff in grundrechtliche Freiheit der Rechtfertigung – eine Feststellung, der sich auch der Vertreter des Antragsgegners nicht zu entziehen vermag, um sogleich dem Antragsschriftsatz Aussagen zu unterstellen, die dort in dieser Form nicht enthalten sind, wenn er ausführt, das heiße aber nicht, „dass, wenn die Sicherheit bedroht und Rechtsgüter gefährdet sind, eine solche Freiheitsbeschränkung gleichsam nur ausnahmsweise in Betracht kommt.“ Diese Aussage lässt sich dem Antragsschriftsatz nicht, auch nicht „gleichsam“ entnehmen. Wenn die genannten Eingriffsvoraussetzungen nach Maßgabe einer gesetzlichen Konkretisierung gegeben sind, dann rechtfertigt dies, was in der Antragsbegründung nicht in Frage gestellt wird, auch die Freiheitsbeschränkung, ohne dass unsererseits dies mit der Einschränkung „gleichsam nur ausnahmsweise“ relativiert würde, wie dies der Vertreter der Staatsregierung suggeriert.

³ Vgl. Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1685) unter Verweis auf BayLT Plen-Prot. Nr. 123 v. 7.2.2018, 6 zur Sicherheitslage; s. demgegenüber die Schilderung bei Leisner-Egensperger, DÖV 2018, 677 (679),

c) Rechtsstaatliches Polizeirecht zwischen Freiheit und Effektivität

Ob diese Eingriffsvoraussetzungen gegeben sind, dies allerdings bedarf des Nachweises unter Beachtung der Grundsätze eines rechtsstaatlichen Polizeirechts mit seiner Unterscheidung von Störer und Nichtstörer, mit ihren Konsequenzen, von Gefahr und Noch-nicht-Gefahr, von Verdacht und Nicht-Verdacht, Übermaßverbot und Grundsatz der Normbestimmtheit, und der Gewähr lückenlosen Rechtsschutzes.⁴ Wenn sich der Vertreter des Antragsgegners an der Formulierung „im Einzelfall“ stört, so darf darauf verwiesen werden, dass diese aus der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 11. November 1997⁵ entliehen ist. Dort wird ausgeführt, dass Sicherheit „in bestimmten Fällen“ den Vorrang vor dem Freiheitsrecht des Bürgers haben kann und es „verfassungsrechtlich vertretbar“ ist, wenn das Freiheitsrecht „im Einzelfall“ zurücktreten muss; dies durchaus im Bewusstsein der Schutzpflichtnorm des Art. 99 BV. Beispielfhaft sei auf eine Formulierung in der Antragserwiderung (S. 115) im Zusammenhang mit dem Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme (Drohnen) verwiesen. Der Bevollmächtigte der Staatsregierung konzidiert, dass mit dem Drohneneinsatz der jeweilige Grundrechtseingriff „vertieft“ werden mag. Dies werde aber aufgewogen durch eine in gleichem Maße gesteigerte Effektivität der polizeilichen Aufgabenerfüllung. Konsequenz zu Ende gedacht, würde dieses Kompensationsmodell bedeuten, dass letztlich eine lückenlos effektive polizeiliche Aufgabenerfüllung auch lückenlose Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigen würde, ein totaler Freiheitsverlust dadurch aufgewogen würde. Dies ist nicht das Verfassungsverständnis des Grundgesetzes und ebensowenig das der Verfassung des Freistaats Bayern. Der auch an dieser Stelle mantrahaft wiederholte Hinweis auf Art. 99 BV vermag zu keiner anderen Beurteilung zu führen.

⁴ Vgl. Denninger, Normbestimmtheit und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Sächsischen Polizeigesetz?, in: ders., Recht in globaler Unordnung, 2005, S. 153.

⁵ BVGH, E.v. 11.11.1997 – Vf. 22-VII-94, NVwZ-RR 1998, 273 – Rdn. 151 bei juris.

d) Insbesondere: zu Art. 99 BV und dessen Fehldeutung durch die Replik

Letztgenannte, im Verfassungsvergleich singuläre Verfassungsnorm⁶ beschreibt die Gewährleistung von Sicherheit als Staatsaufgabe, bedeutet aber nicht, dass im Ausgleich von Freiheit und Sicherheit als steter Herausforderung für den freiheitlichen Rechtsstaat die Gewichte gerade für den Geltungsbereich der Bayerischen Verfassung in spezifischer Weise zu setzen wären, wie der Bevollmächtigte des Antragsgegners zu 2) insinuiert.

Die Bestimmung des Art. 99 BV in dieser Weise zu instrumentalisieren – wie dies der Bevollmächtigte des Antragsgegners allerdings in seiner Kommentierung unternimmt⁷ – hieße sie zudem missverstehen. Es geht hier nicht um eine Stärkung oder Betonung staatlicher Eingriffsbefugnisse, sondern um den Schutz der Grundrechte des einzelnen, wie auch die Entstehungsgeschichte deutlich macht.⁸

So verwies Dr. Hoegner, der Schöpfer dieser Verfassungsnorm,⁹ bei den Verhandlungen des Verfassungsausschusses darauf, dass Zweck der Polizei „der Schutz des Staatsbürgers ist. Dann kann der Staatsgerichtshof entscheiden, ob im Einzelfall das polizeiliche Ermessen überschritten ist“.¹⁰ Er nannte als Beispiel: „Wenn ich z.B. von der Polizei in meinem Eigentum verletzt werde, dann kann ich diesen Verfassungsschutz in Anspruch nehmen.“¹¹

⁶ Vgl. Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. 2. Aufl. 2017, Art. 99 Rdn. 1.

⁷ Möstl a.a.O.; s. auch den selbstreferentiellen Verweis S. 13 auf Möstl in: Möstl/Schwabenbauer in BeckOK.

⁸ Dazu eingehend Pestalozza, in: Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 99 (2000) Rdn. 3 ff.

⁹ Vgl. Pestalozza a.a.O. Rdn. 10, für Art. 69 in der Entwurfsfassung entspr. Art. 62 des Vorentwurfs,

¹⁰ Sten. Bericht über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung, S. 199.

¹¹ Sten. Bericht a.a.O.; vgl. Pestalozza, in: Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 99 (2000) Rdn. 12.

Es ging also nicht um die Verstärkung polizeilicher oder sicherheitsbehördlicher Befugnisse; die Vorschrift war keinesfalls als Reminiszenz an die „Ordnungszelle Bayern“ der Vorkriegszeit gedacht. Der bürgerbezogenen Schutzfunktion der Verfassungsnorm entspricht es, wenn der Bayerische Verfassungsgerichtshof aus Art. 99 Satz 2 BV eine Schutzpflicht sowohl zugunsten des Eingriffsadressaten als auch der Grundrechte aller Bürger Bayerns entnimmt, damit das Erfordernis eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen den kollidierenden Schutzgütern zum Ausdruck bringt.¹² Art. 99 Satz 2 BV kann als Grundlage von Schutzpflichten gesehen werden, wie sie sehr viel später aus den Grundrechten abgeleitet wurden und ist ein weiterer Beweis für die Weitsichtigkeit des „historischen“ Verfassungsgebers – eine Relativierung der Grundrechte in ihrem status negativus war damit sicher nicht verbunden.

Soweit also die Replik den Akzent auf die besondere Betonung der Staatsaufgabe Sicherheit durch Art. 99 BV setzen und hieraus eine Verschiebung der Gewichte im Verhältnis von Freiheit und Sicherheit andeuten will, kann dem nicht gefolgt werden. Dies ist nicht die Zielrichtung des Art. 99 BV, der mit „Schutz“ durchaus auch den negatorischen Aspekt meint, also die Abwehr des Staates aus Freiräumen des Bürgers.¹³ Art. 99 BV darf nicht im Sinn einer Abschwächung der grundrechtlichen Freiheitsvermutung¹⁴ herangezogen werden, wie dies der Vertreter des Antragsgegners anzudeuten sucht, der andererseits an anderer Stelle einräumen muss, dass im Verhältnis zum Grundgesetz weitgehender „Gleichklang“ festgestellt werden kann.¹⁵ Dass im übrigen die Verwendung unbestimm-

¹² BVerfGE 56, 28 (= NVwZ 2003, 1375) Rdn. 97 bei juris – wenn hiernach die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität aus Art. 99 Satz 2 BV ihre Legitimität zieht – a.a.O. Rdn. 107 –, so ist freilich zu ergänzen, dass staatliche Schutzpflichten und damit die Staatsaufgabe Sicherheit eben dies gleichermaßen begründen.

¹³ Vgl. Pestalozza, in: Nawiascky/Leusser/Schweiger/Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 99 (2000) Rdn. 31.

¹⁴ BVerfGE 38, 281 (298); BVerfGE 63, 340 (342); BVerfGE 135, 1 ((32): die Grundrechte und die aus ihnen folgende Freiheitsvermutung; BVerfGE NVwZ 2013, 570 Rdn. 22; vgl. bereits BVerfGE 17, 306 (313) zur allgemeinen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers.

¹⁵ Vgl. Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. 2. Aufl. 2017, Art. 99 Rdn.

ter Rechtsbegriffe wie auch von Generalklauseln, wie sie im Polizeirecht seit jeher üblich sind, verfassungsrechtlich durchaus zulässig und im Interesse der Sicherheitsgewähr auch sachgerecht sein kann, wird von hiesiger Seite nicht in Frage gestellt, doch bedarf es ihrer rechtsstaatlichen Eingrenzung; über rechtsstaatliche und grundrechtliche Defizite vermag auch Art. 99 BV nicht hinwegzutragen. Auch wenn die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unter Bestimmtheitsgesichtspunkten nicht per se zu beanstanden ist, ist es doch im Fall des verfahrensgegenständlichen Gesetzes deren Häufung, verbunden mit weitreichenden Ermessensspielräumen, die hier grundsätzlichen Einwänden begegnet.

Es gilt also gleichermaßen die grundrechtliche Freiheitsvermutung; im Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit ist es der Freiheitseingriff, der der Rechtfertigung bedarf gegenüber dem grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Grundrechtsträgers.

2. „Überwachungsgesamtrechnung“

Zum Begriff der Überwachungsgesamtrechnung, dessen Verwendung der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung mit der ihm eigenen Neigung zur Vergabe von Zensuren als „unbrauchbar“ (S. 34 der Replik), da „keiner rationalen juristischen Prüfung“ zugänglich bezeichnet (S. 34) darf aus der von ihm offenbar übersehenen, jedenfalls nicht nachgesehenen, obschon im Antragschriftsatz erwähnten (S. 74 f., Fn. 222, 226) Urteil vom 2. März 2010 zur Vorratsdatenspeicherung (BVerfGE 125, 260) zitiert werden. Dort führt das Gericht unter Rdn. 218 aus:

„Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung kann damit nicht als Vorbild für die Schaffung weiterer vorsorglich anlassloser Datensammlungen dienen, sondern zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland..., für deren Wahrung sich die Bundesrepublik in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss. Durch eine vorsorgliche

Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten wird der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über den Weg der Europäischen Union erheblich geringer.“

Entscheidend ist also die Gesamtbetrachtung des Stands staatlicher Überwachung.¹⁶ Der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung scheint offenbar nicht zu realisieren, dass er sich nicht in einem Verfahren der Verfassungsbeschwerde befindet, in dem es in der Tat auch darum gehen kann, ob ein bestimmter Grundrechtsträger einem „additiven Grundrechtseingriff“ ausgesetzt ist, sondern in einem durch Meinungsverschiedenheiten nicht notwendig selbst in Grundrechten betroffener Beteiligter des Verfassungslebens ausgelösten Verfahren, in dem die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes abstrakt zu prüfen ist. Hier ist nicht nur auf der Grundlage der Wirkungen eines Überwachungsinstruments dessen verhältnismäßiger Einsatz zu bewerten. Vielmehr ist auf der Basis einer Gesamtbetrachtung aller verfügbaren staatlichen Überwachungsmaßnahmen die Verhältnismäßigkeit der Gesamtbelastungen bürgerlicher Freiheiten zu prüfen.¹⁷ Operable Maßstäbe, die in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einzugehen haben, stehen also zur Verfügung; die Polemik des Verfahrensbevollmächtigten der Staatsregierung fällt in sich zusammen.

3. Zwecke und Regelungsentention

Damit erweist sich auch der Vorwurf als haltlos, die Antragschriftsätze würden sich „mühen“ – so die Formulierung in der Replik (S. 8) –, das Gesetz „zu diskreditieren“ als ein Gesetz, dem es in aller erster Linie um eine Ausweitung der Handlungsbefugnisse der Polizei gehe. Erst in dritter Linie soll es, folgt man der Replik der Staatsregierung, um eine „Ergänzung“ polizeilicher Befugnisse gehen (S. 12). Es geht – hierin darf der Unterfertigte für die Gesamtheit der Antragsteller sprechen – hier nicht darum, das Gesetz zu „diskreditieren“ (was immer damit gemeint sein mag); es kann aber auch nicht darum gehen, das Gesetz zu verharmlosen, wie

¹⁶ Vgl. zur Analyse des Urteils Roßnagel, NJW 2010, 1238 (1240).

¹⁷ Näher Roßnagel a.a.O.

dies mit der Formulierung einer „Ergänzung“ suggeriert wird. Bereits in seinem Schriftsatz vom 23. Juli 2018 im Verfahren 5-VIII-18 hatte der Verfasser der Replik von einer allenfalls „moderate(n) Arrondierung des polizeilichen Gefahrbegriffs“ gesprochen (S. 29). Gegenstand der Normprüfung – auch im Rahmen einer Meinungsverschiedenheit – muss sein, was „im Gesetz steht“, auch dann, wenn dies sich mit den erklärten Zielsetzungen nicht decken sollte. Diese mögen, wie auch sonst die Motive und Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten und deren Äußerungen, bei der Auslegung des Gesetzes herangezogen werden. An den vom Gesetzgeber verfolgten Zielen richtet sich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit aus. Es geht wie stets bei der Normprüfung um die Beurteilung der konkreten Inhalte des Gesetzes am Maßstab der Verfassung. Gegenstand der Beurteilung sind also die durch das Gesetz der Polizei verliehenen Befugnisse, mögen sie als deren Erweiterung oder Ergänzung intendiert sein. Wenn allerdings diese ergänzten, erweiterten oder sonst modifizierten Befugnisse sich nahezu durchweg an der Begriffskategorie der „drohenden Gefahr“ ausrichten und damit eine prinzipielle Erweiterung polizeilicher Befugnisse einhergeht, so lässt sich schwerlich in Abrede stellen, dass das Gesetz jedenfalls seiner objektiven Zielsetzung nach auf eben diese Erweiterung polizeilicher Handlungsfelder gerichtet ist. Die Bemühungen des Bevollmächtigten der Staatsregierung, den Anträgen eine diskreditierende Tendenz zu unterstellen, deren Sinnhaftigkeit sich ohnehin nur schwer erschließt, erweisen sich damit als vergeblich.

4. Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit – verfassungskonforme Interpretation ?

Grundsatzfragen der Methodik sollen in diesem Zusammenhang noch angesprochen werden.

a) Maßgeblichkeit der gesetzlich eröffneten Befugnisse

Die Antragserwiderung vom 8. Januar 2019 versucht durchweg die Befugnisse nach dem PAG-Neuordnungsgesetz in ihrer Eingriffsintensität zu relativieren. Bei zahlreichen der Einzelbestimmungen stellt deren Verfasser maßgeblich darauf ab, dass die neugefassten und erweiterten polizeilichen Befugnisse in der Praxis ohnehin nur in seltenen Ausnahmefällen

zur Anwendung kommen und auch dann nur zurückhaltend unter Wahrung aller rechtsstaatlichen Kautelen eingesetzt würden. Dass Sicherheitsbehörden und Polizei ihre Befugnisse in rechtmäßiger Weise ausüben, davon ist selbstverständlich für die rechtsstaatliche Ordnung der Bayerischen Verfassung wie des Grundgesetzes auszugehen. Ebenso aber ist davon auszugehen, dass sie ihre Befugnisse ausschöpfen – dazu werden sie ihnen schließlich verliehen. Dies ist bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Gesetzes in Rechnung zu stellen. Insbesondere dann, wenn Befugnisnormen in den tatbestandlichen Voraussetzungen weit und offen gefasst sind, ist davon auszugehen, dass die hierdurch eröffneten Spielräume auch tatsächlich genutzt werden. Es kann also nicht angehen, die Befugnisse nach dem PAG unter der Prämisse zu würdigen, dass sie nur unter sehr engen Voraussetzungen und tendenziell zurückhaltend eingesetzt würden. Maßgeblich müssen die tatsächlich durch das Gesetz eröffneten Handlungsspielräume sein.

b) Verfassungskonforme Reduktion ?

Die Einlassungen in der Antragserwiderung zeugen methodisch von dem Bestreben, im Wege einer bemühten und weit hergeholtten, schwer nachvollziehbaren und schwerlich in der Praxis umsetzbaren verfassungskonformen Interpretation der jeweiligen Befugnisnorm diese zu „halten“. Meist scheitert dies bereits am Wortlaut der Norm. Darüber hinaus aber ist in grundsätzlicher Hinsicht zu fragen, wie es sich mit elementaren rechtsstaatlichen Geboten der Rechtssicherheit verträgt, wenn der Gesetzgeber über tatbestandlich wie auf der Rechtsfolgende weit gefasste und interpretationsbedürftige Normen das Risiko der Verfassungswidrigkeit in der Anwendung dem Gesetzesanwender – also der Polizei – und letztlich dem Normadressaten überbürdet. Die intendierte Flexibilität des Gesetzes kann zu verfassungswidriger Unbestimmtheit führen und führt hier auch dazu, wie bereits in der Antragsschrift aufgezeigt wurde und nachstehend ergänzend ausgeführt werden wird.¹⁸ Der bereits erwähnte, in der Antragserwiderung allerdings nicht berücksichtigte Beitrag von Weinreich stellt hierzu bilanzierend fest, dass es nun an den Einsatzkräften der Polizei liegt, die weitgehenden neuen Ermächtigungsgrundlagen ver-

¹⁸ Ähnlich Wächter NVwZ 2018, 458 (462).

fassungsgemäß einschränkend auszulegen und zurückhaltend anzuwenden.

„Damit schafft der bayerische Gesetzgeber neue Rechtsunsicherheit im Polizeirecht, weshalb es ... ein Bärendienst für die Polizei gewesen sein könnte, die polizeilichen Rechtsgrundlagen an den Rand der Verfassung zu treiben.“¹⁹

Mit dem PAG-Neuordnungsgesetz allerdings geht der Gesetzgeber nicht nur „an den Rand der Verfassung“; er geht deutlich darüber hinaus.

II. Insbesondere: zur drohenden Gefahr

1. Moderate Arrondierung oder struktureller Umbruch ?

Die Schriftsätze des Verfahrensbevollmächtigten der Staatsregierung, sowohl seine Replik vom 8. Januar 2019 als auch der dort in Bezug genommene Schriftsatz vom 23. Juli 2018 (zur „kleinen“ PAG-Novelle 2017) sind vom dem Bemühen geprägt, die Verwendung der Begriffskategorie der „drohenden Gefahr“ in ihrer Bedeutung zu relativieren. Sie bewirke eine „allenfalls sehr geringfügige Vorverlagerung“ im Verhältnis zur klassischen konkreten Gefahr (S. 18 der Replik vom 8. Januar 2019). Diese Einschätzung allerdings wird im Schrifttum nicht geteilt. Insbesondere in dem in der Replik vom 8. Januar 2019 zustimmend zitierten Beitrag von Leisner-Egensperger (DÖV 2018, 677) werden die Polizeirechtsnovellen 2017 und 2018 als „Umbruch“ im Polizeirecht gewertet, dies auch und gerade auf Grund der Einführung der besonderen und neuartigen Begriffskategorie der „drohenden Gefahr“. Während Leisner-Egensperger die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung bejaht, sehen im gleichen Zeitraum seit Anhängigkeit der Verfahren, auf den sich der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung bezieht, erschienene, seinem erkennbar selektiven Blick offenbar entgangene Beiträge etwa von Wächter (NVwZ 2018, 458) oder Weinreich (NVwZ 2018, 1680) die Frage der Verfassungskonformität deutlich differenzierter – worauf einzugehen sein wird. Auch diese Stellung-

¹⁹ Weinreich NVwZ 2018, 1680 (1685),

nahmen zur Novellierung des Polizeirechts betonen die damit einhergehende strukturell bedeutsame Neuorientierung des klassischen Polizeirechts, ebenso wie Leisner-Egensperger, die grundlegende Neuerungen an den Schaltstellen der polizeirechtlichen Dogmatik konstatiert, so an der zentralen dogmatischen Schnittstelle des liberal-rechtsstaatlichen Polizeirechts, dem Begriff der Gefahr,²⁰ was sie mit der einprägsamen Feststellung illustriert „Überall droht Gefahr“.

Nach der Einschätzung von Wächter löst das bayerische PAG die Vorfeldtatbestände des PAG aus ihrem Zusammenhang zum Terrorismus, um sie auf alle Gefahren vergleichbarer Dimension anzuwenden.²¹ Die breite Anwendbarkeit der Norm gehe aber notwendigerweise auf Kosten ihrer Bestimmtheit. Nach Weinreich ging es insbesondere bei der Polizeirechtsreform 2018 um eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der neu geschaffenen Figur der *drohenden Gefahr*²² - auch hier ist also von einer grundsätzlichen Ausweitung polizeilicher Befugnisse die Rede. Wenn demgegenüber in den Stellungnahmen des Bevollmächtigten der Staatsregierung von einer allenfalls geringfügigen Vorverlagerung der Eingriffsschwelle, einer allenfalls moderaten „Arrondierung“ gesprochen wird, so kann dies nur als Versuch einer bewussten Verunklarung der verfassungsrechtlichen Problematik gewertet werden.

Angesichts der tiefgreifenden Einschnitte in die tradierte Begrifflichkeit und Systematik des Polizeirechts – Leisner-Ebensperger benennt des weiteren den tradierten Störerbegriff²³ – lässt sich der Begriff der drohenden Gefahr als Schlüsselbegriff der Polizeirechtsnovellen 2017 und 2018 nicht ohne weiteres in die tradierte Begrifflichkeit des Polizei- und Sicherheitsrechts einfügen. Deshalb ist auch die Kritik des Verfahrensbevollmächtigten der Staatsregierung in seinem Schriftsatz vom 8. Januar 2019, seiner Replik, (S. 26) an den diesbezüglichen Ausführungen des Unterfertigten (S. 31

²⁰ Leisner-Egensperger DÖV 2018, 677 (677 f.) – dort (679) allerdings unter übermäßig dramatischer Schilderung der aktuellen Sicherheitslage.

²¹ Wächter NVwZ 2018, 458 (459).

²² Weinreich NVwZ 2018, 1680.

²³ DÖV 2018, 677 (678).

der Antragsschrift) nicht recht nachvollziehbar. Er lässt auch unerwähnt, dass dort (S. 25 der Antragsschrift) ausdrücklich der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts beigetreten wird, wonach der Gesetzgeber nicht von vornherein an das tradierte sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren unverrückbar festgelegt, sondern auch befugt ist, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen im Bereich des Polizeirechts auf neuartige oder veränderte Gefährdungs- und Bedrohungssituationen hin fortzuentwickeln.²⁴ Die grundsätzliche begriffliche und systematische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wird damit also keinesfalls negiert, doch bedürfen im Fall eines grundsätzlichen Umbruchs der auch verfassungsrechtlich gesicherten Systematik und Begrifflichkeit neu eingeführte Begriffskategorien erst jener verfassungsrechtlichen Absicherung, die die tradierten Begriffe und Grundsätze des rechtsstaatlichen Polizeirechts erfahren haben.

Ob der Unterfertigte als Wissenschaftler den vom Gesetzgeber geschaffenen Begriff nur deshalb kritisiert, weil er nicht in der Lage ist, ihn in sein „eigenes (nicht mehrheitsfähiges) begriffliches Weltbild zu integrieren“, wie der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung in offenbar exakter Kenntnis dieses „Weltbilds“ glaubt vermuten zu müssen, sei der Einschätzung des Hohen Gerichtshofs anheimgestellt.

2. Drohende Gefahr und BVerfG zum BKAG

a) Unzutreffende Prämissen der Replik im Schriftsatz vom 8. Januar 2019

Wenn der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung die – erweiterten oder „arrondierten“ – Befugnisnormen des PAG nach den Polizeirechtsnovellen 2017 und 2018 unter dem Gesichtspunkt der drohenden Gefahr als dem Urteil des BVerfG zum BKAG zu deuten und zu rechtfertigen versucht, so beruht diese Vorgehensweise auf mehreren Prämissen, die sich durchweg als nicht tragfähig erweisen. Zum ersten scheint der

²⁴ BVerfGE 115, 320 (360); darauf beziehend *Schwarz*, Stellungnahme zur Anhörung am 21.03.2018 (Fn. 3), Anlage zum Wortprotokoll S. 4 (S. 288 der Anlagen); - das BVerfG hat allerdings für die präventive polizeiliche Rasterfahndung den Verzicht auf die konkrete Gefahr gerade nicht zugelassen.

Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG dahingehend zu interpretieren, dass dort der tradierte polizeirechtliche Gefahrenbegriff enger gefasst worden sei, so dass nun der Landesgesetzgeber die so entstandene Sicherheitslücke auszufüllen in der Pflicht sei (nachstehend b). Zum zweiten werden die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, soweit sie sich auf den Begriff der drohenden Gefahr beziehen, als uneingeschränkt über das engere Feld der Terrorismusabwehr hinaus verallgemeinerungsfähig erachtet (s. besonders Schriftsatz vom 23. Juli 2018 S. 7 ff.). Schließlich wird zum dritten in der Neufassung des PAG die Umsetzung der Aussagen des BVerfG im allgemeinen Polizei- und Sicherheitsrecht gesehen; der Gesetzgeber sei in enger Anlehnung an die Vorgaben des BVerfG tätig geworden, diese hierbei allerdings „konsequent weiterdenkend“ (Schriftsatz vom 23. Juli 2018, einerseits S. 5, andererseits S. 7).

b) Konkrete und drohende Gefahr im Urteil des BVerfG und aus Sicht des Gesetzgebers

Im Urteil zum BKAG (BVerfGE 141, 220) definiert das Bundesverfassungsgericht den Begriff der konkreten Gefahr unter Rdn. 111:

„Der traditionelle polizeirechtliche Begriff der „konkreten Gefahr“ setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung eines polizeilichen Schutzguts führt. Ein noch engerer zeitlicher Zusammenhang wird gefordert, wenn es nach der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage auf eine „unmittelbar bevorstehende“ oder „gegenwärtige Gefahr“ ankommt.

Dass damit eine wie immer geartete Abkehr vom herkömmlichen Gefahrenbegriff intendiert gewesen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Das Bundesverfassungsgericht nimmt keinerlei einschränkende Interpretation der gängigen Definition vor, wie etwa auch im Schriftsatz von Krajewski vom 31. Januar 2019 in Erwiderung auf den Schriftsatz vom 23. Juli 2018 zutreffend angemerkt wird.

Allerdings nimmt das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum BKAG eine Vorverlagerung der Eingriffsschwelle jedenfalls für die in diesem Gesetz enthaltenen Eingriffsbefugnisse für verdeckte Überwachungsmaßnahmen vor. Aus der in den Schriftsätzen der Bayerischen Staatsregierung als zentrale Belegstelle zitierten Rdn. 112 des Urteils geht jedoch keineswegs eindeutig hervor, ob der Senat hier eine neue polizeiliche Begriffskategorie mit grundlegender systematischer Bedeutung einführen wollte, oder aber nur die Schwelle der konkreten Gefahr fallbezogen in den Bereich der Vorfeldbefugnisse geringfügig verschoben, oder, um es in den Worten des Verfassers der Schriftsätze auszudrücken, der Begriff arrondieren wollte. Der Schlüsselsatz aus der genannten Belegstelle lautet:

„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 „drohende“ ist also in der Sache die „hinreichend konkretisierte“ Gefahr. Ob sie damit als ein Unterfall der konkreten Gefahr anzusehen ist,²⁵ oder aber als eine dogmatisch neue Gefahrenkategorie, wovon der bayrische Gesetzgeber ausgeht,²⁶ auch wenn dies der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung nunmehr verunklarend als vorsichtige Arrondierung klein zu reden versucht, ist letztlich eine Frage der Terminologie. Eher fernliegend jedoch erscheint die vom Verfahrensbevollmächtigten der Staatsregierung entwickelte Deutung, wonach das Bundesverfassungsgericht zunächst den tradierten Begriff der konkreten Gefahr enger gefasst und damit zurückgenommen habe, um dann mit einer grundlegend neuen Gefahrenkategorie der „drohenden Gefahr“ die so selbst geschaffene Lücke wiederum zu schließen. Ein derartiges Vorgehen nach Art der Echternacher Springprozession kann dem Senat schwerlich unterstellt werden.

²⁵ Vgl. Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy, GSZ 2017, 7 (9).

²⁶ BayLT-Drucks. 17/20425 S. 2; dazu Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1682).

Das Bundesverfassungsgericht lässt also in einer bestimmten, genau definierten Fallkonstellation die hinreichend konkretisierte drohende Gefahr ausreichen. Wenn der Gesetzgeber mit der Einführung der Begriffskategorie der drohenden Gefahr auch in die polizeiliche Generalklausel – neben zahlreichen Standardmaßnahmen – an dieser zentralen Schaltstelle des Polizeirechts einen grundsätzlichen dogmatischen „Umbruch“ herbeiführen will – so der im Schriftsatz vom 8. Januar 2019 als maßgebliche Referenz herangezogene literarische Beitrag²⁷ – so ist dies zunächst eine Frage seines Gestaltungsermessens. Dass dieses gesetzgeberische Ermessen mit der Polizeirechtsnovelle 2018 – wie schon mit der „kleinen“ Novelle 2017 – evident überschritten wurde, wurde im Antragsschriftsatz ebenso wie in den weiteren Schriftsätzen, auf sich die Gegenäußerung der Staatsregierung bezieht, dargelegt, und wird nachstehend ergänzend ausgeführt. Es ist aber der bayerische Gesetzgeber, der diesen Umbruch des Polizeirechts veranlasst und zu verantworten hat, und der sich nicht auf die Position zurückziehen kann, er habe lediglich „konsequent weiterdenkend“ (Schriftsatz vom 23. Juli 2018, S. 7) die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt.

c) Übertragbarkeit des Urteils des Bundesverfassungsgerichts ?

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG erging, wie im Antragsschriftsatz vom 6. Juni 2018 wie auch für die weiteren verbundenen Verfahren ausgeführt wurde, im konkreten Zusammenhang sicherheitsbehördlicher Befugnisse im Bereich der Terrorismusbekämpfung. Gleichwohl sollen seine Aussagen nach der Einlassung des Verfahrensbevollmächtigten der Staatsregierung auf das allgemeine Polizei- und Sicherheitsrecht jedenfalls für vergleichbare Bedrohungslagen übertragbar sein. Dabei geht jedoch der Gesetzgeber des PAG über die Erfassung vergleichbarer oder gleichwertiger Bedrohungslagen deutlich hinaus. Dies haben die Antragsteller in den unterschiedlichen Verfahren dargelegt; darauf wird auch im Folgenden im Hinblick auf die Einlassungen von Seiten des Antragsgegners erneut eingegangen. Zudem bezieht sich das Urteil des Bundesverfassungsgerichts auf informationelle Eingriffe, während der Gesetzgeber

²⁷ Leisner-Egensperger DÖV 2018, 677,

des PAG auch aktionelle Eingriffe vorsieht. Schon aus diesen Gründen geht die Berufung auf das Urteil des BVerfG zum BKAG fehl. Tatsächlich können entsprechende Aussagen den Gründen der Entscheidung nicht entnommen werden. Die allerdings tatsächlich über den konkreten Entscheidungszusammenhang hinausweisende Aussage unter Rdn. 112 der Urteilsgründe, dass der Gesetzgeber nicht unverrückbar an die tradierten Begrifflichkeiten des Polizeirechts gebunden ist, wurde diesseitig nicht bestritten. Sie ist jedoch, was die Antragserwiderung verkennt, im Zusammenhang mit den vorgehenden Aussagen der Entscheidung zu sehen, in denen das Bundesverfassungsgericht – so etwa in Rdn. 96 der Gründe – sich im Ausgangspunkt auf die Bekämpfung der Gefahren des internationalen Terrorismus bezieht, wie sie in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG vorgegeben ist:

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

Tatsächlich wurde ja die Erweiterung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden stets mit den Besonderheiten terroristischer Bedrohung begründet.²⁸ Es ist daher keinesfalls „pervers“,²⁹ die im Blick hierauf entwickelten und – wenn auch nicht uneingeschränkt – als verfassungskonform gewerteten Befugnisse eben hierauf zu beschränken-

d) Überschreitung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Ergänzend ist anzumerken, dass der Gesetzgeber sich keineswegs durchweg an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gehalten hat. Dies gilt bereits für die Umsetzung der Schutzgutausgestaltung bei der drohenden Gefahr im PAG. So lässt das BVerfG die drohende Ge-

²⁸ Auch im Beitrag von Leisner-Egensperger, auf den sich die Antragserwiderung maßgeblich stützt, wird der von ihr zutr. konstatierte „Umbruch“ im Polizeirecht vor allem aus Gefährdungslagen terroristischer Bedrohung begründet.

²⁹ So der bayerische Innenminister Herrmann lt. SZ vom 02.05.2018, www.sueddeutsche.de/bayern/neues-polizeigesetz-in-bayern-herrmann-wirft-kritikern-vor-eine-gespensterdebatte-zu-fuehren-; abgerufen am 08.05.2018, s. dazu Antragsschrift vom 6. Juni 2018, S. 21; hierauf bezugnehmend Antragserwiderung vom 8. Januar 2019 S. 15.

fahr nicht für lediglich bedeutende Rechtsgüter, sondern nur für überragend wichtige Rechtsgüter zu. Das Gesetz entspricht bereits hierin nicht den Vorgaben des *BVerfG* aus der BKAG-Entscheidung.³⁰ Dies gilt gleichermaßen für die Rechtsfolgeseite. Im Rahmen der Generalklausel des Art. 11 PAG, die die Antragstellerin bereits im Verfahren Vf. 5-VIII-18 angegriffen hat und die gleichermaßen Gegenstand der verbundenen Verfahren ist, wird die Polizei zu allen notwendigen Maßnahmen ermächtigt, um die Entstehung einer Gefahr zu verhindern. In ihrer unbestimmten Weite, wie sie auch für eine Reihe der Befugnisnormen für Standardmaßnahmen kennzeichnend ist, geht die Norm deutlich über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinaus.³¹ Der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung sieht derartige Diskrepanzen durchaus, wenn er einerseits – insofern zutreffend – konstatiert, das Bundesverfassungsgericht habe die Eingriffsschwelle für informationelle Eingriffe konzipiert, doch müsste dies gleichermaßen für aktionelle Eingriffe, wie nunmehr vom Gesetzgeber vorgesehen, gelten (S. 24 im Schriftsatz vom 8. Januar 2019).

Fazit: wie immer man den Begriff der drohenden Gefahr in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG einordnen will: der bayerische Gesetzgeber kann sich nicht darauf berufen, er habe lediglich die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt, diese allenfalls „konsequent weitergedacht.“

3. Bestimmtheitsgebot

a) Zur Methodik der Antragsrüge

Zu den Einlassungen in der Antragsrüge der Bayerischen Staatsregierung vom 8. Januar 2019 in der Frage der Normbestimmtheit ist anzumerken, dass entgegen der dort (Replik vom 8. Januar 2019, S. 21) vertretenen Auffassung insbesondere mit dem Prognosegegenstand des be-

³⁰ Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1682).

³¹ Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1683); Löffelmann, BayVBI 2018, 145 (149); Waechter, NVwZ 2018, 458 (462); a.A. Möstl, BayVBI 2018, 156 (159); Müller, BayVBI 2018, 109 (112).

deutenden Rechtsguts, mit dem der bayerische Gesetzgeber über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinausgeht, keine hinreichende Eingrenzung des Begriffs der drohenden Gefahr verbunden ist. Dies betrifft die einzelnen Tatbestände sowohl der typisierten Maßnahmen als auch der Generalklausel. Insbesondere vermag die Einlassung nicht zu überzeugen, der Gesetzgeber verwende die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr ja auch bei einer Reihe weniger eingriffsintensiver Befugnisse, als sie das BVerfG vor Augen hatte (S. 22 der Replik vom 8. Januar 2019). Was damit ausgesagt werden soll, bleibt unklar. Dass eine Befugnisnorm für weniger eingriffsintensive Maßnahmen noch als hinreichend bestimmt gelten mag, besagt nichts für den Fall deutlich eingriffsintensiverer Maßnahmen.

Dass der Begriff der drohenden Gefahr in seiner Verwendung durch den Gesetzgeber des PAG den verfassungsrechtlichen Bestimmtheiterfordernissen genüge, versucht der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung bereits in seinem Schriftsatz vom 23. Juli 2018 nachzuweisen, auf den er sich i.w. in seiner Replik vom 8. Januar 2019 bezieht. In beiden Verfahren wendet er sich gegen die vergleichende Betrachtung gesetzlicher Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten, die den Begriff verwenden (Schriftsatz vom 8. Januar 2019, S. 25 und vom 23. Juli 2018, S. 19 f.). Die Mutmaßung, dies würde geschehen, „um Verwirrung zu stiften“ (S. 19 des erstgenannten Schriftsatzes) richtet sich damit auch gegen den Unterfertigten, dem dies jedoch fern lag. Auf die Bedeutung eines Begriffs in der Rechtsprache, aber auch im allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen, entspricht durchaus anerkannten Auslegungsmethoden. Zum methodischen Vorgehen in den genannten Schriftsätzen des Verfahrensbevollmächtigten ist anzumerken, dass es selbstverständlich möglich ist, sich Anwendungsfälle vorzustellen, in denen die gesetzlichen Voraussetzungen einer drohenden Gefahr relativ eindeutig festgestellt werden können. Dies besagt jedoch nichts darüber, ob in anderen Fällen und typischerweise das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen mit der gebotenen Sicherheit und Klarheit festgestellt werden kann.

b) Offenheit der tatbestandlichen Voraussetzungen

Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot hat nicht zuletzt die Funktion einer „wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte“,³² wie in unserem Antragsschriftsatz vom 6. Juni 2018 ausgeführt wird (S. 26 f., 32). Dies betrifft in besonderer Weise die Vorfeldgeneralklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG, durch die die Vorfeldtatbestände nach der BKAG-Entscheidung des BVerfG aus ihrem Zusammenhang zum Terrorismus gelöst werden und für die zu Recht gerügt wird, dass die damit erzielte breite Anwendbarkeit auf Kosten der Bestimmtheit geht.³³ So geht denn aus Art. 11 Abs. 3 nicht eindeutig hervor, ob für den Fall des Satz 1 Nr. 1 das individuelle Verhalten von derselben Person ausgehen muss, von der der Angriff als Prognosegegenstand der bedeutenden Rechtsgüter prognostiziert wird. Zu den bedeutenden Rechtsgütern, ein in sich bereits interpretationsbedürftiger Begriff, wird nicht klargestellt, auf wen es als Rechtsgutträger ankommen soll, zumal das Gesetz keineswegs nur höchstpersönliche Rechtsgüter benennt. Auch bleibt die Benennung der im Sinn des Gesetzes bedeutenden Rechtsgüter teilweise unklar, etwa in der Frage in der Abgrenzung bedeutender von unbedeutenden Eigentumspositionen oder auch des besonderen öffentlichen Interesses am Erhalt von Sachen.³⁴ Das Bundesverfassungsgericht recurriert auf diesen Begriff im Zusammenhang der Terrorismusabwehr.³⁵ Nur bei einem engen, auf den Zusammenhang der Terrorismusabwehr bezogenen Verständnis würde hier das Bestimmtheitserfordernis gewahrt.³⁶ Auch das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung hat gerade in der neuesten Gesetzgebung eine als rechtsstaatlich nicht unproblematisch gewertete

³² BVerfGE 141, 220 Rdn. 94, dort als stRSpr bezeichnet, unter Verweis auf BVerfGE 113, 348, (375 ff.) 120, 378 (407 f.) 133, 277 (336).

³³ Vgl. Wächter, NVwZ 2018, 458 (459); s. auch Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1682).

³⁴ Wächter, NVwZ 2018, 458 (460 f.).

³⁵ BVerfGE 133, 273 (365); BVerfGE 141, 220 Rdn. 181.

³⁶ BVerfGE 141, 220 Rdn. 181.

Ausweitung erfahren.³⁷ Die prognostizierten Angriffe müssen von erheblicher Intensität oder Auswirkung sein, so die Legaldefinition der drohenden Gefahr in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG. Auch hier sind die tatbestandlichen Voraussetzungen weit gefasst, bleibt offen, wie sich diese Voraussetzungen, die ja stets im Zuge einer prognostischen Einschätzung zu treffen sind, zueinander verhalten.³⁸ Wenn zudem ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung bei einem „gravierenden Eingriff in bedeutende Rechtsgüter“ gegeben sein soll,³⁹so wird „ein unbestimmtes Begriffspaar mit einem noch unbestimmteren Begriff definiert“.⁴⁰

c) Ex-ante-Einschätzung und ex-post-Kontrolle

Der Verfahrensbevollmächtigte der Bayerischen Staatsregierung ist in seinen Schriftsätzen bemüht, den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Legaldefinition der drohenden Gefahr Konturen zu verleihen. Er verkennt jedoch in grundsätzlicher Weise, dass es gerade die Häufung unbestimmter, auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe ist, die dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot zuwiderläuft. Auf der Tatbestandsseite bestehen mit Prognoseentscheidungen notwendig einhergehende Einschätzungsspielräume, auf der Rechtsfolgenseite sowohl der Generalklausel als auch der typisierten Maßnahmen sind weitreichenden Ermessensspielräume eröffnet. Dies führt, vor allem auch im Zusammenhang dieser Merkmale dazu, dass, mögen auch einzelne Tatbestandsmerkmale einer Konkretisierung zugänglich sein, doch insgesamt das rechtsstaatliche Bestimmtheitserfordernis in seiner verfassungsrechtlichen Funktion, hinreichend sichere Maßstäbe für das behördliche Handeln und dessen rechtliche Kontrolle zu liefern, verfehlt wird.

Dies wird auch verkannt, wenn in der Replik vom 8. Januar 2019 ausgeführt wird (S. 20), es sei schlichtweg nicht richtig, „wenn die Antragsteller

³⁷ Vgl. die kritischen Stimmen etwa von Hörnle, NStZ 2017, 13; Lederer AnwBl 2017, 514; Bauer, Recht und Politik 2017, 46.

³⁸ S. hierzu i.e. die Kritik bei Wächter, NVwZ 2018, 458 (460 f.).

³⁹ BayLT-Drucks. 17/16200, S. 10.

⁴⁰ Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1682).

so tun, als reiche für die drohende Gefahr bereits die Einschätzung ‚es könnte gefährlich werden‘,“, unter Hinweis auf den Antragschriftsatz S. 34. Auch hier ist die Zitierweise des Verfahrensbevollmächtigten der Staatsregierung dadurch gekennzeichnet, dass die jeweilige Äußerung aus ihrem jeweiligen Sinnzusammenhang „befreit“ und entsprechend verkürzt wiedergegeben wird. Es geht im konkreten Zusammenhang um die Frage Justitiabilität im Hinblick darauf, dass die polizeiliche Einschätzung einer Gefährdungslage ohnehin aus der ex-ante-Perspektive und damit nur eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann, dass dann aber im Fall der drohenden Gefahr, bei der ja der Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehbar ist,⁴¹ umso größerer Spielraum für die polizeiliche Einschätzung besteht. Hier kann es in der Tat im Zuge der ex-post-Kontrolle ausreichen, wenn aus der ex-ante-Sicht die Einschätzung: „es könnte gefährlich werden“ plausibel belegbar ist. Ergänzend sei verwiesen auf den im Schriftsatz vom 8. Januar 2019 wiederholt zitierten Beitrag von Leisner-Egensperger, auf den der Verfahrensbevollmächtigte der Bayerischen Staatsregierung sich maßgeblich stützt. Dort findet sich die lapidare Formulierung: „Überall droht Gefahr“.⁴²

d) Drohende Gefahr und Jedermanns-Verantwortlichkeit

Im gleichen Beitrag wird der konstatierte Umbruch in der Polizeirechtsdogmatik an den entscheidenden Schnittstellen mit dem Schlagwort gekennzeichnet „Jedermann ist Störer“.⁴³ Unter der Überschrift „Drohende Gefahr und Jedermanns-Verantwortlichkeit“⁴⁴ wird in der Folge darauf verwiesen, dass die Inanspruchnahme Nichtverantwortlicher, anders als nach klassischem Polizeirecht, nicht mehr auf die Fälle des polizeilichen Notstands beschränkt ist: „Im Grundsatz ist heute jede Privatperson, unabhängig von ihrem Vorverhalten oder von ihren Eigentums- oder Besitzverhältnissen, potenzieller Adressat sicherheitsrechtlicher Maßnahmen.“ Nicht nachvollziehbar erscheint vor diesem Hintergrund, wenn der Verfah-

⁴¹ Vgl. BVerfGE 141, 274 Rdn. 112.

⁴² Leisner-Egensperger DÖV 2018, 677.

⁴³ Leisner-Egensperger DÖV 2018, 677 (678).

⁴⁴ Leisner-Egensperger DÖV 2018, 677 (686).

rensbevollmächtigte der Bayerischen Staatsregierung in seiner Replik auf unseren Antragsschriftsatz vom 8. Januar 2019 (S. 17, 24 unter Bezugnahme auf den Antragsschriftsatz S. 22, 70 und S. 35 f.) ausführt, es könne keine Rede davon sein, dass die Maßnahmen bei drohender Gefahr gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen. Die Erstreckung der Generalklausel auf Fälle drohender Gefahr ohne eindeutige Benennung derjenigen Personen, auf die sich die Gefahrenprognose beziehen soll, bedeutet notwendig eine substantielle Erweiterung des potentiellen Adressatenkreises. Sie erfolgt gleichermaßen bei den einzelnen typisierten Befugnisnormen, wenn dort auf drohende Gefahren abgestellt wird; dies wird zu den jeweiligen Einzelrügen ausgeführt. In der Antragserwiderung vom 8. Januar 2019 (S. 44) wird denn auch eingeräumt, dass z.B. die zwangsweise Vorführung nach Art. 15 PAG sich nicht notwendig gegen den Störer richten muss.

III. Einzelrügen

1. DNA-Analyse, Art. 14 Abs. 3 – 6 PAG (§ 1 Nr. 6 PAG-Neuordnungsgesetz)

Die verfassungsrechtliche Fragestellung focussiert hier im rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot. Da es hierbei vor allem darum geht, ob der Verweis auf bedeutende Rechtsgüter hinreichend bestimmt ist, darf zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zur Verwendung des Begriffs in den tatbestandlichen Voraussetzungen der Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG verwiesen werden (vorstehend S. 18).⁴⁵ Bereits in der Antragsschrift vom 6. Juni 2018 wurde ausgeführt, dass die erforderliche Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Befugnisnorm des Art. 14 Abs. 3 PAG insbesondere auch deshalb nicht gewahrt sind, weil nicht hinreichend klar bestimmt ist, von wem die Gefahr ausgehen muss (S.42). Wenn demgegenüber in der Antragserwiderung (S. 38 f.) auf die allgemeinen polizeirechtlichen Grundsätze der Störerauswahl verwiesen wird, so

⁴⁵ S. auch die dortigen Nw.

geht dieser Einwand fehl auf Grund der sehr weit gefassten tatbestandlichen Voraussetzungen einer Identitätsfeststellung. Wenn zudem auf die unterschiedlichen Voraussetzungen für eine DNA-Feststellung nach § 81g StPO und nach Art. 14 Abs. 3 PAG verwiesen wurde, so wird damit nicht verkannt, dass es sich hier um unterschiedliche Rechtsmaterien handelt – was jedoch nicht hindern sollte, auf die vergleichbare Eingriffsintensität bei unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen zu verweisen. Für die Verfassungswidrigkeit der nach Art. 32 Satz 2 – 4 PAG erlaubten molekulargenetischen Untersuchung von Spurenmaterial unbekannter Herkunft darf an dieser Stelle auf die Ausführungen in der Antragschrift (S. 43 f.) sowie auf die nachstehenden Ausführungen unter 6- (S. 35) verwiesen werden.

2. Zwangsweise Durchsetzung einer Vorladung, Art. 15 Abs. 3 PAG (§ 1 Nr. 7 PAG-Neuordnungsgesetz)

In seinen Ausführungen zur zwangsweisen Durchsetzung einer Vorladung bleibt der Verfasser der Antragserwiderung seiner „Methodik“ treu, den Antragschriftsätzen dort tatsächlich nicht enthaltene Aussagen zu unterstellen bzw. hieraus sinnenstehend zu zitieren, um dann eben diese Aussagen als unzutreffend, verfehlt, oder – im Fall der Ausführungen des Unterfertigten zu Art. 15 Abs. 3 PAG – als „völlig haltlos“ zu disqualifizieren. In diesem Fall stützt er dieses dezidierte Urteil allerdings auf ein Falschzitat. Auf S. 45 des Antragschriftsatzes heißt es:

„Polizeiliche Freiheitsbeschränkungen etwa zum Zweck der Identitätsfeststellungen setzen daher grundsätzlich eine konkrete Gefahr voraus.“

In der Antragserwiderung vom 8. Januar wird dies wie folgt zitiert:

„Unzutreffend ist in diesem Kontext zunächst die Behauptung von Degenhart (S. 45), Freiheitsbeschränkungen setzten (um verhältnismäßig zu sein) stets eine konkrete Gefahr voraus.“ (Hervorhebungen jeweils durch den Unterfertigten).

Dem Verfasser der Replik sollte bekannt sein, dass in der Rechtssprache „grundsätzlich“ eben nicht gleichbedeutend mit „stets“ ist; grundsätzlich bedeutet eben nicht „ausnahmslos“, wie der Verfasser suggeriert. Ihm darf

empfohlen werden, sich, ehe er sich zu angeblich unvollständigen Zitaten äußert, sich seiner eigenen Zitierweise zu versichern, die den Grundsätzen wissenschaftlicher Redlichkeit eklatant widerspricht. Nichts anderes gilt für die ständige Diskreditierung abweichender Rechtsstandpunkte als bloße „Behauptung“, ein Begriff, der in der Rechtssprache üblicherweise für Tatsachenbehauptungen gebraucht wird. Um eine – unzutreffende – Behauptung handelt es sich allerdings beim Falschzitat, wenn die vom Verfasser der Textstelle gebrauchte Formulierung „grundsätzlich“ durch „stets“ ersetzt wird, ohne dies offenzulegen.

Wie bereits im Zuge der Sachverständigenanhörung in der Ausschusssitzung vom 21. März 2018⁴⁶ geltend gemacht wurde,⁴⁷ können sich Vorladung und damit auch polizeiliche Vorführung auch gegen Dritte richten, die selbst zu der drohenden Gefahr in keinerlei Beziehung stehen. Dass die Bestimmung des Maßnahmenadressaten nicht nach Art. 7, 8 PAG erfolgt und insofern keine zwingende Beschränkung auf „Störer“ erfolgt, wird auch in der Antragserwiderung (S. 44) eingeräumt, die aber in ihrer isolierenden Betrachtungsweise daran vorbeigeht, dass es gerade die Häufung unbestimmter und offener tatbestandlicher Voraussetzungen wie auch der drohenden Gefahr ist, die zur rechtsstaatswidrigen Unbestimmtheit der Norm führen. Die Bemühungen des Verfassers der Erwiderung, die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 1 Nr. 7 PAG-Neuordnungsgesetz gegenüber den Antragsschriften zu begründen, vermögen daher nicht zu überzeugen. Dem Verfasser selbst gelingt es hier, wie auch anderweitig, so bei der vorgehenden Bestimmung des § 1 Nr. 6 PAG-Neuordnungsgesetz, nur über eine bemühte und schwer nachvollziehbare, schwerlich in der Praxis umsetzbare verfassungskonforme Interpretation der jeweiligen Befugnisnorm diese als verfassungskonform erscheinen zu lassen.

⁴⁶ S. Fn. 34.

⁴⁷ Vgl. insbesondere *Löffelmann*, Anlage zum Wortprotokoll, S. 13 (S. 114 der Anlagen).

3. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 PAG: Meldeauflagen (§ 1 Nr. 8 PAG-Neuordnungsgesetz)

Im Fall der Meldeanordnung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 PAG i.d.F. des PAG-Neuordnungsgesetzes versucht der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung gleichermaßen über eine bemüht wirkende und weit hergeholte verfassungskonforme Auslegung, die Bestimmung verfassungsrechtlich zu „halten“. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 PAG soll hiernach „nötigenfalls“ dahingehend verfassungskonform auszulegen und anzuwenden sein, dass im konkreten Einzelfall „im Lichte des Art. 11 Abs. 2 GG“ zusätzlich „hineinzuprüfen“ sei, dass die Abwehr von Gefahren zugleich erfolgt, um Straftaten vorzubeugen (S. 50 der Antragserwiderung vom 8. Januar 2019).

Mithin kommt der Verfasser der Antragserwiderung nicht umhin, zu konzedieren, dass Meldeauflagen wie nach Art. 16 Abs. 2 PAG eben doch den Schutzbereich des Grundrechts der Freizügigkeit berühren können, auch wenn er die Bestimmung des grundrechtlichen Schutzbereichs insoweit als „schwierig und umstritten“ sieht (S. 48). Nicht kann ihm jedoch gefolgt werden, wenn er den Eindruck zu erwecken versucht, in Fällen polizeilicher Meldeauflagen werde überwiegend bereits der Schutzbereich des Art. 11 GG verneint. Nach Durner⁴⁸ etwa hängt es bei polizei- und ordnungsrechtlichen Meldeauflagen von den Umständen des Einzelfalls ab, ob ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 11 GG vorliegt; jedenfalls bei mehrtägigen Meldepflichten an einer bestimmten Polizeiwache werde dies jedoch regelmäßig zu bejahen sein, wenn dem Adressaten hierdurch ein nach Persönlichkeitsrelevanz, Entfernung und Dauer bedeutender Wechsel des Lebenskreises faktisch untersagt wird. Nach Gusy⁴⁹ bedeuten Meldeauflagen in jedem Fall eine Beschränkung der Freizügigkeit. Das gelte in jedem Fall, wenn sich der Meldezeitraum über einen längeren Zeitraum erstreckt „und zwar auch, wenn die Behörde auf die örtlichen und zeitlichen Belange des Betroffenen Rücksicht nimmt.“ Auch für einma-

⁴⁸ Durner, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 11 (2012) Rdn. 83.

⁴⁹ Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 11 Rdn. 25.

lige Meldeauflagen wird dort ein Eingriff in das Recht aus Art. 11 GG als möglich bezeichnet.

Eingriffe in das Recht auf Freizügigkeit können also nicht als atypischer, vom Gesetzgeber zu vernachlässigender Sonderfall eingestuft werden, wie die Antragserwiderung dies suggeriert. Dann aber musste der Gesetzgeber dem Rechnung tragen und durfte sich nicht damit begnügen, darauf zu vertrauen, dass polizeiseitig die Notwendigkeit einer teleologischen Normreduktion zu erkennen sei und damit auch das Erfordernis, die Norm verfassungskonform anzuwenden (so aber Antragserwiderung S. 50). Im Ergebnis gelingt es der Antragserwiderung daher nicht, die verfassungsrechtlich durchgreifenden Einwände der Antragschrift gegen die Bestimmung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 PAG zu entkräften.

4. Durchsuchung von Datenbeständen, Speichermedien, Art. 22 Abs.2 PAG (§ 1 Nr. 12 PAG-Neuordnungsgesetz)

a) „Computergrundrecht“ – Geltung nur für verdeckte Eingriffe ?

Die Antragserwiderung vom 8. Januar 2019 stützt sich entscheidend auf das Argument, das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme („Computer-Grundrecht“)⁵⁰ als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁵¹ sei durch die Befugnis zur Durchsuchung auch räumlich getrennter Speichermedien schon im Schutzbereich nicht einschlägig. Dieses vom BVerfG entwickelte Grundrecht schütze von vornherein nicht gegen offene Maßnahmen (S. 52), die „Behauptung“ der Antragsteller, die Befugnis bewirke einen Eingriff in dieses Grundrecht, treffe deshalb bereits im Ansatz nicht zu (S. 52 der Erwiderung vom 8. Januar 2019). Tatsächlich haben die Antragsteller, sowohl der Unterfertigte (S. 46 ff. der Antragschrift vom 6. Juni 2018) als auch der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller im Verfahren Vf. 16-VIII-18 im Schriftsatz vom 5. September 2018 (S. 70 ff.) eine entsprechende Rechtsauffassung

⁵⁰ Vgl. *Murawiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rdn. 73c.

⁵¹ Grundlegend BVerfGE 120, 274.

zum Ausdruck gebracht. Ob es sich hierbei um eine bloße „Behauptung“ handelt, wie der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung auch hier sich ausdrückt, um abweichende Rechtsauffassungen zu diskreditieren, sei dahingestellt. Denn tatsächlich trifft die in der Antragserwiderung vertretene Rechtsauffassung, das sog. „Computergrundrecht“ sei hier von vornherein nicht einschlägig, nicht zu. Ob die Infiltration heimlich erfolgt, ist eine Frage der Schwere des Eingriffs. Auch der Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung ist ja dann besonders schwerwiegend, wenn er ohne Kenntnis des Betroffenen erfolgt, während die Anwesenheit oder sonstige Kenntnis des Betroffenen die Eingriffsintensität mindern mag, die Eingriffsqualität aber nicht aufhebt.

b) Zur Entscheidung des BVerfG: Schutz „insbesondere“ gegen verdeckte Eingriffe

Zur grundsätzlichen Bedeutung - und zum Schutzgehalt des Grundrechts, das für die Bayerische Verfassung ebenso wie auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als besondere Teilgewährleistung des in Art. 100 i.V.m. Art. 101 BV geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen ist, wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in den Antragsschriften in den Verfahren Vf. 10-VIII-18 und Vf- 16-VIII-18 verwiesen. Die Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf die Abwehr verdeckter Angriffe findet jedoch im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Februar 2008 (BVerfGE 120, 274) keine Stütze. Der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung kommt selbst nicht umhin, einzuräumen, dass nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts das Grundrecht „insbesondere“ gegen heimliche Eingriffe schützt, scheint aber auch die Bedeutung dieses Begriffs (ebenso wie die der Formulierung „grundsätzlich“) in der Rechtssprache zu negieren, jedenfalls aber die Bedeutung dieser Aussage im Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Wenn er sie mit der Formulierung einführt (S. 52), „dass an anderer Stelle auch einmal die Rede davon ist, das Grundrecht schütze ‚insbesondere vor einem heimlichen Zugriff‘“, so will er damit ersichtlich die Aussage des Bundesverfassungsgerichts zumindest in die Nähe eines bloßen obiter dictum rücken. Hierzu darf aus den Entscheidungsgründen

zitiert werden, soweit dies erforderlich ist, um die Formulierung „insbesondere“ in den Zusammenhang der Entscheidung einzuordnen.

Zum tatbestandlichen Schutzbereich führt der Senat in den Urteilsgründen unter C.I.1.d)⁵² zunächst aus:

„Dieses Recht fußt gleich dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG; es bewahrt den persönlichen und privaten Lebensbereich der Grundrechtsträger vor staatlichem Zugriff im Bereich der Informationstechnik auch insoweit, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen wird und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten.“

Im Unterabschnitt bb) wird für Grundrechtseingriffe ausgeführt:

„Geschützt vom Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist zunächst das Interesse des Nutzers, dass die von einem vom Schutzbereich erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben. Ein Eingriff in dieses Grundrecht ist zudem dann anzunehmen, wenn die Integrität des geschützten informationstechnischen Systems angetastet wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann ist die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen.“

Hieran schließt sich in einer weiteren Gliederungsebene unter (1) die vom Verfasser der Replik gleichsam aus ihrem Zusammenhang gelöste Aussage an:

„Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der hier behandelten Ausprägung schützt insbesondere vor einem heimlichen Zugriff, durch den die auf dem System vorhandenen Daten ganz oder zu wesentlichen Teilen ausgespäht werden können.“

⁵² BVerfGE 120, 274 (313).

c) Eingriff in den Schutzbereich – Verfassungswidrigkeit

Aus dem Zusammenhang dieser Ausführungen wird deutlich: Das Grundrecht schützt die Vertraulichkeit des Inhalts informationstechnischer Systeme; die Entwicklungsoffenheit des Begriffs umfasst ohne weiteres auch die cloud. Die in diesen Systemen gespeicherten Informationen im weitesten Sinn bezeichnen einen wesentlichen Bereich der Persönlichkeitssphäre, ähnlich wie in räumlicher Hinsicht die Wohnung. Das grundsätzlich schutzwürdige Interesse des Inhabers geht dahin, dass die Sperre des Grundrechts, also des Persönlichkeitsrechts, sei es in seiner Ausprägung als „Computer-Grundrecht“ oder als Wohnungsgrundrecht, nicht gegen seinen Willen überwunden und so der Schutz der Persönlichkeitssphäre aufgehoben wird. Dieser Schutz muss insbesondere, aber eben nicht nur dann gewährleistet sein, wenn diese Sperre gegen den Willen des Betroffenen überwunden wird. Dass das Gericht sich im folgenden insbesondere mit heimlichen Zugriffen befasst und hierauf die Leitsätze bezieht, ist durch den Entscheidungssachverhalt bedingt.

Das Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG bzw. aus Art. 101 i.V.m. Art. 101 BV ist also auch durch offene Maßnahmen nach dem Muster des Art. 22 Abs. 2 PAG in seinem Schutzbereich berührt.⁵³ Damit aber ist der Argumentation der Replik, die ja entscheidend darauf fußt, dass das „Computer-Grundrecht“ hier nicht anwendbar sein soll (Schriftsatz vom 8. Januar 2019 S. 54 ff.), die Grundlage entzogen. Es liegt ein Grundrechtseingriff vor. Zur fehlenden Eingriffsrechtfertigung der Durchsuchung der Speichermedien nach Maßgabe des Art. 22 Abs. 2 PAG auch als grundsätzlich offener Maßnahme darf auf die Antragschrift vom 6. Juni 2018 (S. 48 f.) verwiesen werden.

⁵³ Wenn Kommentierungen zur Bayerischen Verfassung dies anders sehen sollten, ist dies schon wegen Art. 146 GG hier irrelevant.

5. Sicherstellung, Vermögenspfändung, Art. 25 PAG (§ 1 Nr. 15 PAG-Neuordnungsgesetz)

a) Art. 25 Abs. 1 PAG – erweiterte Sicherstellung

Die in der Antragschrift vorgebrachten verfassungsrechtlichen Einwände gegen die polizeiliche Befugnis zur Sicherstellung und Vermögenspfändung nach Art. 25 PAG richten sich, wie der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung, hierin in zutreffender Wiedergabe der Ausführungen in den Antragschriftsätzen konstatiert, in erster Linie gegen die Anknüpfung an den Begriff der drohenden Gefahr. Da die verfassungsrechtlichen Einwände gegen diesen nicht hinreichend bestimmten Begriff nicht widerlegt werden konnten, bestätigt sich auch die Verfassungswidrigkeit der Befugnisnorm des Art. 25 Abs. 1 PAG, wie in der Antragschrift vom 6. Juni 2018 (S. 50 ff.) ausgeführt wird. Dass die Befugnis zur Sicherstellung bei drohender Gefahr nur für Situationen wie die in der Replik (S. 56) geschilderte Auffindung von Materialien zum Bombenbau gedacht sein soll, geht aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervor und kann angesichts der Weite der tatbestandlichen Voraussetzung auch nicht vorausgesetzt werden.

b) Art. 25 Abs. 2 und 3 PAG – unbare Vermögensrechte, Datenbestände

Während der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung den Antragstellern vorhält, sie würden unrealistische Szenarien „an die Wand malen“ (so wörtlich in seiner Antragsabweisung S. 58 und nahezu wortgleich S. 57 u.), ist er seinerseits bemüht, die Eingriffsbefugnisse nach dem Gesetz zu minimalisieren und zu verharmlosen. Dies wird jedoch den Konsequenzen, die eine Kontenpfändung bzw. –sperrung oder eine Vermögenspfändung für den Betroffenen haben kann, nicht gerecht. Abgesehen von der erheblichen Einschränkung der wirtschaftlichen und sozialen Bewegungsfreiheit darf eine diskriminierende Wirkung einer polizeilich veranlassten Kontensperrung nicht unberücksichtigt bleiben. Die Annahme dass die kontoführende Bank in diesem Fall ihre Geschäftsbeziehungen zum Betroffenen überdenkt, ist kein fernliegendes, „an die Wand gemaltes“ Sze-

nario, der damit einhergehende Verlust an Reputation und good will wird typischerweise nur schwer aufholbar, wenn nicht irreparabel sein. Die Bemühungen der Antragserwiderung, die Eingriffswirkung der Befugnisnorm des Art. 25 Abs. 2 PAG in ihrer Intensität zu relativieren, erweisen sich damit als ebenso unbehelflich, wie der Versuch, auf diesem Wege die Norm zu „halten“.

Dies betrifft gleichermaßen die Befugnis zur Sicherstellung von Datenbeständen nach Art. 25 Abs. 3 PAG. Da der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung ebenso wie der Unterfertigte hier von einem Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ausgeht, sich aber nicht weiter mit der Antragsbegründung auseinandersetzt, darf hier auf deren wesentliche Aussagen verwiesen werden (S. 51 der Antragschrift).

Hiernach fehlt es an hinreichenden Sicherungen für einen Kernbereichsschutz, der auch im Fall der Sicherstellung von Daten gefordert ist. Auch wenn dieser gemäß der Antragserwiderung (S. 59) „unmittelbar aus Art. 1 GG, 100 BV“ folgen mag, lässt allein dies gesetzliche Sicherungen, ebenso wie für den Schutz von Berufsgeheimnisträgern, nicht entbehrlich werden. Grundrechtsschutz hat grundsätzlich auf der Erhebungsebene anzusetzen und nur dann, wenn auf dieser Ebene die kernbereichsrelevanten Informationen nicht ausgeschieden werden können, auf der Verwertungsebene, auf die Art. 25 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 49 Abs. 5 PAG den Schutz des Kernbereichs und der Berufsgeheimnisträger von vornherein verweisen. Dieser Schutz ist zudem insoweit unzureichend, als die Bestimmung des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 unbestimmt gefasste Ausnahmen von der entsprechenden Anwendung des Art. 49 Abs. 5 PAG vorsieht. Es kann also keine Rede davon sein, dass „keinerlei Grund“ für einen Richtervorbehalt besteht, Rechtsschutz „nicht im geringsten erschwert“ ist, der Gesetzgeber seinen verfassungsrechtlichen Pflichten „voll und ganz“ genügt, wie der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung in der ihm eigenen dezidierten Ausdrucksweise den Antragstellern entgegenhält (S. 59).

**6. DNA von Spurenmaterial, Art. 32 Abs. 1 Satz 2 – 4 PAG
(§ 1 Nr. 23 Buchst. b PAG-Neuordnungsgesetz)**

a) Genetische Daten und Persönlichkeitskern

Der Vertreter der Staatsregierung vermisst eine „tragfähige Begründung“ oder „eigenständige Begründung“ für die „Behauptung“ des Unterfertigten, die DNA-Untersuchung könnte im Fall des Art. 32 Abs. 1 Satz 2 – 4 PAG kernbereichsrelevant sein. Die vom Unterfertigten zitierte Stelle „einer BVerfG-Entscheidung“ lasse nicht zwingend eine entsprechende Schlussfolgerung zu (S. 61 der Antragserwiderung vom 8. Januar 2019).

Bei dieser vom Vertreter erwähnten BVerfG-Entscheidung handelt es sich um den in der amtlichen Sammlung abgedruckten Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. Dezember 2000 (BVerfGE 103, 21). Die zitierte Stelle lautet:

„Der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit ... ist nicht betroffen. Dies gilt jedenfalls, solange sich die Eingriffsermächtigung nur auf den nicht-codierenden, zu etwa 30 % aus Wiederholungseinheiten bestehenden Anteil der DNA bezieht, ausschließlich die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zum Zweck der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren vorgenommen und das Genmaterial nach der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters vernichtet wird.“⁵⁴

Tatsächlich entschied das BVerfG – entgegen auch der Gesetzesbegründung⁵⁵ –, dass der Kernbereich nicht eingriffsmäßig tangiert wird, wenn nur ein DNA-Identifizierungsmuster festgestellt wird, das auch als genetischer Fingerabdruck bezeichnet wird. Dies gilt indes nur für den Fall, und wurde nur hierfür entschieden, dass die Untersuchung ausschließlich der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters dient.

⁵⁴ BVerfGE 103, 21 (31).

⁵⁵ LT-Drucks. 17/20425 S. 50; die Bezugnahme hierauf in der Gesetzesbegründung ist ebenso missverständlich wie die Bezugnahme auf die Kommentierung durch Schmidbauer/Steiner, wie Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1683 mit Fn. 72) i.e. ausführt.

Die bayerische Regelung geht deutlich darüber hinaus. Selbst wenn man davon ausgehen will, dass Augen-, Haar- und Hautfarbe als äußerlich erkennbare Merkmale einer Person nicht kernbereichsrelevant sind, gilt dies nicht mehr für das biologische Alter, keinesfalls aber für die „biogeographische Herkunft“.⁵⁶ Diese Merkmale sind kernbereichsrelevant. In diesem Zusammenhang darf auch verwiesen werden auf die Datenschutz-Grundverordnung⁵⁷ der EU, die, wenn auch im vorliegenden Fall gemäß deren Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) nicht unmittelbar anwendbar, doch wertungsmäßig insofern von rechtlichem Interesse erscheint, als sie gerade genetische Daten als besonders schutzwürdig und persönlichkeitsrelevant einstuft. Demgemäß sind nach ihrem Artikel 9 Abs. 1 „die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen u.a. die rassische und ethnische Herkunft ... sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person“ untersagt. Damit wird – um Missverständnissen oder Fehldeutungen, wie sie sich in der Antragserwiderung finden, vorzubeugen – nicht etwa ein Verstoß gegen europäisches Recht geltend gemacht. Doch wenn auch die Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung hier nicht unmittelbar anwendbar sind, sind doch andererseits die Wertungen auch des europäischen Gesetzgebers auch in die grundrechtliche Einstufung genetischer Daten in ihrem Persönlichkeitsbezug einzubeziehen.

b) Verfassungsrechtliche Beurteilung

Unabhängig von der Frage der Kernbereichsrelevanz der einzelnen Feststellungen ist für die jedenfalls für besonders eingriffsintensive Feststellungen wie die der „biogeographischen Herkunft“ die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt. Es fehlt insbesondere bereits an der Eignung.⁵⁸ Der Unterfertigte bezieht sich auf die Ausführungen in der Antragsbegründung zum Verfahren Vf. 16-VIII-18 vom 5. September 2018, S. 81 ff. (in der An-

⁵⁶ Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1683).

⁵⁷ Verordnung (EU) 2016/679.

⁵⁸ Weinreich, NVwZ 2018, 1680 (1683).

tragsrwidrigung als Antragsschriftsatz Zöller eingeführt), die der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung nicht zu entkräften vermag. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen zu den tatsächlichen Möglichkeiten der Molekularbiologie und zur Treffergenauigkeit wie auch zur Vorhersagegenauigkeit. Ebenso wenig vermag die Antragserwidrigung die Einwände des bayerischen Datenschutzbeauftragten zu entkräften, der in seiner Stellungnahme vom 21.12.2017 bereits die Eignung der Maßnahme in Frage gestellt hat.⁵⁹

Verfassungswidrig ist die Bestimmung schließlich auch deshalb, weil die für Informationseingriffe von qualifizierter Intensität, wie auch der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung einräumt (S. 66 unter Verweis auf BVerfGE 120, 274/326 f.), gebotene Festlegung der Eingriffsschwellen unterblieben ist. Selbst insoweit, als hier nicht der eingriffsfeste Kernbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung betroffen sein sollte, ist doch von Eingriffen hoher Intensität angesichts der Wertigkeit der hier betroffenen Grundrechtsposition auszugehen. Gerade für diese Stufe eines Informationseingriffs ist das Erfordernis besonderer Eingriffsschwellen gedacht – für den ohnehin unantastbaren Kernbereich selbst bedarf es ihrer nicht. Auch hier ist es die weite Fassung der Eingriffstatbestände, die maßgeblich zur Verfassungswidrigkeit beiträgt.

7.a) – Übersichtsaufnahmen, Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und b PAG (§ 1 Nr. 25 Buchst. b PAG-Neuordnungsgesetz)

Ob, wie in der Antragserwidrigung (S. 67) ausgeführt, es „sehr fragwürdig“ ist, wenn der Unterfertigte „behauptet“, durch die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen oder Übersichtsaufzeichnungen werde auch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit berührt, sollte aus Sicht des Verfassers der Antragserwidrigung an sich dahinstehen, da hierdurch ohnehin kein weitergehender Grundrechtsschutz gewährleistet werde als durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Daran ist richtig, dass die Grund-

⁵⁹ Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten *Petri* vom 21.12.2017, S. 22 f.

rechtsschranken in der Tat identisch sind. Gleichwohl ist es für die Bewertung der Eingriffsintensität nicht ohne Belang, wenn das Grundrecht des Art. 101 BV bzw. des Art. 2 Abs. 1 GG sowohl in seiner Ausprägung als Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit als auch als Grundlage eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen ist.⁶⁰

Dass die verhaltensbeeinflussende Wirkung polizeilicher Observation nicht, wie der Verfahrensbevollmächtigte der Staatsregierung ausführt, auf das Grundrecht der Versammlungsfreiheit beschränkt ist, dürfte jedenfalls nach der aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur automatisierten Kennzeichenerfassung vom 18. Dezember 2018 nicht mehr in Abrede zu stellen sein. Zur Verfassungsmäßigkeit im übrigen begnügt die Antragserwiderung sich wie bei der Mehrzahl der Befugnisnormen nach dem PAG-Neuordnungsgesetz mit der mehr oder weniger vagen Erwartung, die Polizei werde in der Lage sein, die Bestimmung in verfassungskonformer Weise zu handhaben. Dies vermag ebensowenig zu überzeugen wie der undeutliche Hinweis auf die grundrechtliche Zumutbarkeit im Verhältnis zu unbeteiligten Dritten. Nicht berücksichtigt wird in diesem Zusammenhang in der Antragserwiderung die gesteigerte Eingriffsintensität, die mit dem Einsatz von Drohnen nach Art. 47 PAG verbunden ist.

7.b) Bodycams, Art. 33 Abs. 4 - 6 PAG (§ 1 Nr. 25 Buchst. e PAG-Neuordnungsgesetz)

Verfassungsrechtliche Einwände gegen die Ausgestaltung der rechtlichen Vorgaben für den Einsatz sog. Bodycams, die zunächst nur im Verfahren Vf. 16-VIII-18 erhoben worden waren, werden in der Antragserwiderung entscheidend mit der Begründung zurückgewiesen, mit der nur kurzzeitigen Erfassung werde kein Grundrechtseingriff vorgenommen. Diese auf die erste Entscheidung des BVerfG zur automatisierten Kennzeichener-

⁶⁰ Vgl. zu Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit Degenhart, JuS 1990, 161 und als allgemeines Persönlichkeitsrecht JuS 1992, 361.

fassung vom 11. März 2008 (BVerfGE 120, 378) gestützte Auffassung ist durch den Beschluss vom 18. Dezember 2018 – 1 BvR 142/15 – insoweit teilweise überholt. Ebenso, wie die kurzzeitige Kennzeichenerfassung auch im Nichttrefferfall als Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bewirkt, gilt dies auch für die Erfassung durch Bodycams. Auf die Ausführungen zur automatisierten Kennzeichenerfassung wird insoweit verwiesen.

Nachstehend unter 10., S. 40 f.

Die spezifische Eingriffsintensität liegt vor allem auch darin begründet, dass hier eine Aufzeichnung im Nahbereich erfolgt, durch die die betroffenen Personen besonders hervorgehoben werden, wie auch in der Mobilität und dem dadurch bedingten weiten und flexiblen Aufnahmerahmen.⁶¹ Es handelt sich also um Eingriffe von erheblicher Streubreite, da nicht nur Personen im direkten Kontakt mit Polizeibeamten erfasst werden, sondern auch unbeteiligte Dritte, die nur zufällig den Kameraausschnitt im Hintergrund betreten.⁶² Die verfassungsrechtlichen Einwände insbesondere gegen die Funktion des Pre-Recording, wie sie in der Antragschrift im Verfahren Vf. 16-VIII-18 dargelegt werden (S. 103 ff.), und auf die Bezug genommen wird, vermag die Antragserwiderung schon deshalb nicht zu entkräften, weil sie auf der seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur automatisierten Kennzeichenerfassung vom 18. Dezember 2018 nicht mehr haltbaren Annahme beruht, hier liege kein Grundrechtseingriff vor. Damit vermag die Antragserwiderung auch die Schwere des Eingriffs nicht zu erfassen.

7.c) Insbesondere: Einsatz von Bodycams in Wohnungen

Durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden begegnet der Einsatz von Bodycams in Wohnungen nach Art. 33 Abs. 4 Satz 3 – 5 PAG. Entgegen diesbezüglich in der Antragserwiderung angedeuteter Zweifel ist der Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 106 Abs. 3 BV nach

⁶¹ Lachenmann NVwZ 2017, 1424 (1425).

⁶² Kipker/Gärtner, NJW 2015, 296 (298); s. auch die Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten *Petri* vom 21.12.2017, S. 25.

Maßgabe der Schranken des Art. 13 GG zu bestimmen.⁶³ Entgegen der dort (S. 78 ff.) geäußerten Auffassung des Vertreters der Staatsregierung bewirkt der Einsatz von Bodycams in Wohnungen einen eigenständigen Grundrechtseingriff. Es handelt sich unzweifelhaft um den Einsatz technischer Mittel i.S.v. Art. 13 Abs. 3 und Abs. 4 GG; hierfür ist es unerheblich, ob diese Mittel sich innerhalb oder außerhalb der Wohnung befinden.⁶⁴

Die Schutzfunktion des Wohnungsgrundrechts, die Privatheit der Wohnung als elementaren Lebensraum zu sichern,⁶⁵ wird durch die Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen in eklatanter Weise beeinträchtigt. Es wird eben nicht nur das aufgenommen, was „ohnehin natürlicherweise (durch ein offenes Fenster u.ä.) aus der Wohnung dringt“, wie in der Antragserwiderung ausgeführt wird (S. 79). Abgesehen vom verfehlten Vergleich mit dem geöffneten Fenster, entfällt der Eingriff in den Schutzbereich der Wohnung durch Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen nicht schon deshalb, weil der Polizeibeamte sich ohnehin bereits in der Wohnung befindet. Eingriffe mittels technischer Mittel setzen auch nicht begrifflich Heimlichkeit voraus, auch wenn dies beim Lausch- und Spähangriff meist der Fall sein wird und sie deshalb typischerweise über die Qualität der klassischen Eingriffe nach Art. 13 Abs. 2 und 7 GG hinausgehen.⁶⁶

Dass Lausch- und Spähangriff typischerweise als heimliche Maßnahmen besonders eingriffsintensiv sind, bedeutet nicht, dass der Einsatz technischer Mittel nicht auch offen erfolgen kann; auch dann ist er an den Voraussetzungen für eben diesen Einsatz zu messen. Der Schutz der räumlichen Privatsphäre nach Art. 13 Abs. 1 GG wird, wie Papier zu Recht ausführt,⁶⁷ nicht nur durch ein physisches Eindringen beeinträchtigt, sondern auch durch ein unkörperliches Eindringen mittels technischer Mit-

⁶³ S. dazu die Antragsbegründung S. 63 ff.

⁶⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 13 Rdn. 21, 28; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 13 (2014) Rdn. 47.

⁶⁵ BVerfGE 102, 142 (150); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 13 Rdn. 1.

⁶⁶ So Kühne, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 13 Rdn. 22; missverständlich zitiert in der Antragserwiderung.

⁶⁷ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 13 (2014) Rdn. 47,

tel, „wobei es keinen Unterschied macht, ob dies durch das Anbringen von technischen Mitteln in den geschützten Räumen erfolgt oder mit technischen Mitteln in diese eingedrungen wird.“

Da also ein Fall des Art. 13 Abs. 4 GG vorliegt, richten sich die auch im Rahmen des Art. 106 Abs. 3 BV maßgeblichen Schrankenvorbehalte nicht nach Art. 13 Abs. 7 GG, der nur subsidiär („im übrigen“) zur Anwendung kommt.⁶⁸ Auf Abs. 7 darf auch nicht etwa deshalb zurückgegriffen werden, weil es sich beim Einsatz der Bodycam um einen weniger schwerwiegenden Eingriff im Verhältnis zum Lausch- und Spähangriff nach Abs. 3 und 4 handeln würde. Dem steht nicht nur der klare Wortlaut des Art. 13 in dessen Abs. 3 und 4 bzw. 7 entgegen. Denn selbst wenn der Eingriff „offen“ erfolgen sollte, würde er damit unzulässig bagatellisiert. Wer sich in seinen eigenen Räumen, in der Schutzsphäre seiner Wohnung dem ausforschenden Blick der Videokamera, die, da mobil getragen, in jeden Winkel der Wohnung eindringen kann, ausgesetzt sieht, ist in seiner Privatheit kaum weniger beeinträchtigt, als bei einem Spähangriff, wie er in der Antragsbegründung als Regelfall geschildert wird. Auch die wesentlich niederschwelligeren technischen Voraussetzungen steigern das grundrechtliche Gefährdungspotential. Dass die Anforderungen des Art. 13 Abs. 4 GG jedoch nicht erfüllt sind, vermag auch der Bevollmächtigte der Staatsregierung nicht in Abrede zu stellen.⁶⁹ Art. 33 Abs. 4 PAG ist daher insbesondere auch wegen Verstoßes gegen das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, das nach der Verfassung des Freistaats Bayern entgegen den Andeutungen des Bevollmächtigten der Staatsregierung in nicht geringem Maße schutzwürdig ist, als nach dem Grundgesetz.

⁶⁸ Vgl. Fink, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK, Art. 13 (2018) Rdn. 27.

⁶⁹ So auch die Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten *Petri* vom 21.12.2017, S. 25.

8. Postsicherstellung, Art. 35 PAG (§ 1 Nr. 27 PAG-Neuordnungsgesetz)

Dass Maßnahmen der Postsicherstellung nach Art. 35 PAG legitime Zielsetzungen verfolgen und hierzu auch erforderlich sein können, wird im Antragsschriftsatz (S. 55) nicht in Abrede gestellt; dies ändert nichts daran, dass es sich bei der Postsicherstellung um einen schwerwiegenden Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 112 BV handelt. Die Eingriffsintensität wird verstärkt durch die Möglichkeit, die Öffnung der ausgelieferten Postsendungen gemäß Art. 35 Abs. 4 Satz 2 PAG auf die Polizei zu übertragen. Die prinzipiellen verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr vermag die Antragserwiderung auch insoweit nicht zu entkräften. Sie verfehlt auch hier in grundsätzlicher Weise die spezifische Bestimmtheitsproblematik des Art. 35 PAG und weiterer neugefasster Normen des PAG, die im Zusammenspiel mehrfacher, aufeinander bezogener unbestimmter Rechtsbegriffe und Prognoseerfordernisse sowie weitgefasster Ermessensspielräume in den Rechtsfolgen, auch in der Adressatenbestimmung, angelegt ist.

Soweit in der Antragserwiderung (S. 86/87) insbesondere für die Einbeziehung Dritter auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG (BVerfGE 141, 220) verwiesen wird, wo unter Rdn. 233 die entsprechende Bestimmung ausdrücklich gebilligt wird, so unterlässt es der Bevollmächtigte der Staatsregierung auch hier, die Belegstelle in den Kontext der Entscheidung zu stellen, so insbesondere in den Kontext der vorgehenden Rdn. 229. Dort heißt es:

„Eine Überwachung der Telekommunikation begründet Eingriffe, die schwer wiegen (vgl. BVerfGE 113, 348 (382) = NJW 2005, 2603; BVerfGE 129, 208 (240) = NJW 2012, 833). Sie sind jedoch zur Abwehr des internationalen Terrorismus⁷⁰ gerechtfertigt (s. oben C II 3 a), sofern die Eingriffsgrundlagen im Einzelnen verhältnismäßig begrenzt sind.“

⁷⁰ Hervorhebung durch den Verfasser.

Auch hier versucht die Antragserwiderung vergeblich, mittels isolierter Belegstellen und aus dem Zusammenhang gerissener Zitate, die Aussagen des Urteils zum BKAG zur Rechtfertigung einzelner schwerwiegender Eingriffsbefugnisse zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus unverändert auf die Ebene des allgemeinen Polizeirechts herunterzubrechen. Die Aussagen des Urteils sind, wie sich hier erneut bestätigt, nicht verallgemeinerungsfähig. Umso weniger durfte der Gesetzgeber hier die eingriffsintensiven und in den tatbestandlichen Voraussetzungen gleichermaßen nicht hinreichend bestimmt geregelten Befugnisse zur Postöffnung pauschal auf „die Polizei“ übertragen, zumal auch die Voraussetzungen der Subsidiaritätsklausel des Art. 35 Abs. 4 PAG, von verfassungsrechtlich bedenklicher Weite und Unbestimmtheit sind.

9. Besondere Mittel der Datenerhebung, Art. 36 PAG (§ 1 Nr. 28 PAG-Neuordnungsgesetz)

Auch den in der Antragsbegründung vom 6. Juni 2018 – wie auch in der Antragsbegründung im Verfahren Vf. 16-VIII-18 – dargelegten, durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des Art. 36 PAG i.d.F. des PAG-Neuordnungsgesetzes versucht die Antragserwiderung vom 8. Januar 2019 (S. 88 f.) in der Sache vor allem die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG entgegenzusetzen, und auch hier wird in unzulässiger Weise versucht, deren Aussagen in das allgemeine Polizeirecht zu übernehmen. So wird etwa verwiesen auf Rdn. 154 im Urteil, ohne dass diese Belegstelle in den Kontext der vorgehenden Rdn. 152 und der nachfolgenden Rdn. 155 bezogen würde, jeweils ausdrücklich vom öffentlichen Interesse an einer effektiven Terrorismusabwehr die Rede ist. Rdn. 166 muss im Kontext der vorgehenden Rdn. 164 gesehen werden, wo auf die Gefahr der Begehung terroristischer Straftaten abgestellt wird.

Auch hier also gilt: die Aussagen der Entscheidung zum BKAG dürfen nicht unbesehen auf das allgemeine Polizeirecht übertragen werden. Dies wird in der Antragserwiderung verkannt, wenn dort die Kritik des Unterfertigten an der Einbeziehung Dritter – also von Begleit- und Kontaktperso-

nen sowie von Nichtstörern – Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 und 3 PAG⁷¹ – als nicht nachvollziehbar bezeichnet wird, weil der bayerische Gesetzgeber sich im Rahmen der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben gehalten habe. Die verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Bestimmung des Art. 36 PAG richten sich zunächst gegen die Unbestimmtheit der tatbestandlichen Voraussetzungen; die durchgreifenden Bedenken gegen die flächendeckende Normierung der Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr bestehen gerade auch gegenüber eingriffsintensiven Maßnahmen wie sie nach Art. 36 PAG eröffnet sind. Sie richten sich in besonderer Weise auch gegen die Einbeziehung Dritter. Die hierfür in Art. 36 Abs. 2, 3 PAG geregelten Voraussetzungen genügen – und hiergegen vor allem richtet sich die aus Sicht des Bevollmächtigten der Staatsregierung nicht nachvollziehbare Kritik – auch nicht den Voraussetzungen, die das Bundesverfassungsgericht für entsprechende Maßnahmen im Bereich der Terrorismusbekämpfung aufgestellt hat; dies wird in der Antragschrift S. 58/59 näher ausgeführt. So ist die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr gerade auch im Verhältnis zu Dritten verfassungswidrig unbestimmt, ebenso wie die Voraussetzungen für Eingriffe gegen Begleit- und Kontaktpersonen in Art. 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 PAG und für die Inanspruchnahme des Nichtstörers nach Nr. 3. Wenn hierfür auf die Voraussetzungen des Art. 10 PAG verwiesen wird, und damit auch das Erfordernis der gegenwärtigen erheblichen Gefahr, so bleibt unklar, wie dies sich verhält zum ersten Satzteil des Art. 36 Abs. 2 Satz 2 PAG, wonach die Polizei auch zur Abwehr einer drohenden Gefahr tätig werden kann.

Zur Frage des Richtervorbehalts wird auf die Ausführungen im Antragschriftsatz vom 6. Juni 2018 sowie in der Antragsbegründung im Verfahren Vf. 16-VIII-18 verwiesen, die die Antragserwiderung nicht zu widerlegen vermag.

⁷¹ Der Unterfertigte bittet den Schreibfehler unter b) am Ende des ersten Absatzes – versehentlich findet sich hier die Artikelnummerierung 35 anstelle von 36, ebenso im folgenden Absatz – zu entschuldigen.

10. automatisierte Kennzeichenerkennungssysteme, Art. 39 PAG (§ 1 Nr. 29 PAG-Neuordnungsgesetz)

a) Änderung der Rechtsprechung

Zum Komplex automatisierte Kennzeichenerfassung ist die Leitentscheidung des BVerfG vom 11. März 2008 (BVerfGE 120, 378), die der bayerische Gesetzgeber „auch ausdrücklich berücksichtigt und umgesetzt“ hat (Antragserwiderung S. 93) durch den Beschluss vom 18. Dezember 2018 – 1 BvR 142/15 – zumindest teilweise überholt.

Das Bundesverfassungsgericht erklärt in seinem Beschluss – neben Vorgängerregelungen – auch die Bestimmung des Art. 39 PAG i.d.F. durch das PAG-Neuordnungsgesetz in dem im Tenor näher bezeichneten Umfang als mit dem Grundgesetz unvereinbar.

Der Tenor, soweit für den Antrag im hiesigen Verfahren von Bedeutung, lautet:

1. a) Artikel 33 Absatz 2 Satz 2 ... sowie dessen Neufassung Artikel 39 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 13 Absatz 1 Nummer 5 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes in der Fassung ... vom 18. Mai 2018 ... sind mit Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes aufgrund des Verstoßes gegen Artikel 71, Artikel 73 Absatz 1 Nummer 5 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig, soweit sie die Kraftfahrzeugkennzeichenerfassung zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze vorsehen.

b)... Artikel 13 Absatz 1 Nummer 5 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes in der Fassung vom 22. Juli 2014 ist in dieser und den nachfolgenden Fassungen mit Artikel 71, Artikel 73 Absatz 1 Nummer 5 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig, soweit er die Identitätsfeststellung zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze vorsieht.

2. a) Artikel 33 Absatz 2 Satz 2 bis 5 ...sowie dessen Neufassung Artikel 39 Absatz 1 in der Fassung vom 18. Mai 2018 sind mit Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, soweit sie

- die Kennzeichenerfassung nach Maßgabe des Artikels 13 Absatz 1 Nummer 1 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes in der Fassung vom 22. Juli 2014 und den nachfolgenden Fassungen nicht auf den Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht beschränken,
- die Kennzeichenerfassung nach Maßgabe des Artikels 13 Absatz 1 Nummer 5 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes in der Fassung vom

22. Juli 2014 und den nachfolgenden Fassungen uneingeschränkt für "Durchgangsstraßen ([...] andere Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr)" vorsehen und

- keine Pflicht zur Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen für die Durchführung der Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen vorsehen.

b) Artikel 38 Absatz 3 Satz 2 ... und dessen Neufassung Artikel 39 Absatz 3 Satz 2 in der Fassung vom 18. Mai 2018 sind mit Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, soweit sie die Verarbeitung der Kennzeichen zu weiteren Zwecken nicht auf den Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht oder sonst einem vergleichbar gewichtigen öffentlichen Interesse beschränken.

Die nach Ziff. 2 des Tenors für verfassungswidrig, aber nicht für nichtig erklärten Vorschriften sind bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis 31. Dezember 2019 anwendbar.

b) Eingriffswirkung der automatisierten Kennzeichenerfassung

Damit sind auch die nach den Ausführungen der Antragserwiderung (S.94 ff.) für die Verfassungskonformität maßgeblichen Überlegungen weitgehend hinfällig. Insbesondere ist nach dem Beschluss vom 18. Dezember 2018 von der Eingriffsqualität auch für die sog. Nichttrefferfälle auszugehen (BVerfG a.a.O Rdn. 45 ff. unter ausdrücklicher Aufgabe von BVerfGE 120, 378). Schon auf der Grundlage dieser ersten Entscheidung durfte allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass, wie die Gesetzesbegründung suggeriert,⁷² die automatisierte Kennzeichenerfassung, wie sie jetzt in Art. 39 PAG vorgesehen ist, „höchstrichterlich gebilligt“ ist. Umso weniger gilt dies nach der Änderung der Rechtsprechung. Ebenso erweist sich die Annahme einer allenfalls geringfügigen Eingriffsintensität als nicht haltbar. Das Bundesverfassungsgericht spricht im Beschluss vom 18. Dezember 2018 ausdrücklich vom erheblichen Eingriffsgewicht automatisierter Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen (Rdn. 99), die insbesondere durch deren große Streubreite bedingt ist (Rdn. 97 ff.).

c) Verfassungswidrigkeit

Wie Art. 33 Abs. 2 Satz 2 bis 5 in der Fassung vor Inkrafttreten des PAG-Neuordnungsgesetzes ermöglicht auch Art. 39 Abs. 1 PAG in der Neufas-

⁷² LT-Drucks. 17/20425 S. 58.

sung durch den Verweis auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 PAG die automatisierte Kennzeichenerfassung zur Abwehr jeder Gefahr. Dies verstößt gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit und ist mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar (BVerfG, B. v. 18. Dezember 2018 Rdn. 104).

Soweit also Art. 39 Abs. 1 PAG auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a verweist, ist die Bestimmung verfassungswidrig. Sie verletzt das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Ob insoweit auch nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) PAG auf eine "drohende" Gefahr abgestellt werden kann, war ausdrücklich nicht Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Rdn. 105 der Entscheidungsgründe). Entgegen der Einlassung des Bevollmächtigten der Staatsregierung (S. 97 der Antragserweiterung) kann also nicht davon ausgegangen werden, dass insoweit den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügt wäre. Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betonten und vom bayerischen Gesetzgeber grundlegend verkannten Eingriffsintensität der automatisierten Kennzeichenerfassung und den hierdurch bedingten Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm (BVerfG a.a.O., Rdn. 82 der Entscheidungsgründe) durfte der Begriff der drohenden Gefahr auch hier nicht als tatbestandliche Eingriffsvoraussetzung normiert werden. Art. 39 Abs. 1 PAG i.d.F. durch das PAG-Neuordnungsgesetz ist also verfassungswidrig jedenfalls insoweit, als hier auf Art. 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a und b verwiesen wird. Soweit auf Nr. 5 verwiesen wird, wurde die Bestimmung ohnehin für nichtig erklärt, doch ist im übrigen der Verfassungsgerichtshof nicht gehindert, seinerseits die Verfassungswidrigkeit festzustellen.

d) Neugefasster Antrag

Bei Zugrundelegung der nunmehrigen „Leitentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts zur automatisierten Kennzeichenerfassung ist mithin festzustellen, dass Art. 39 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 5 PAG insoweit wegen Verstoßes gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 100, 101 BV verfassungswidrig ist, als nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a an jegliche Gefahr und nach Buchst. b an

drohende Gefahren angeknüpft wird und nach Nr. 5 die Befugnis zu Kontrollen allgemein auf Durchgangsstraßen ausgedehnt wird.

Für das verfassungsrechtliche Erfordernis einer Dokumentationspflicht, dem nicht genügt ist, wird auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Dezember 2018 unter Rdn. 156 ff. verwiesen, für die Verfassungswidrigkeit der nunmehr von Art. 39 Abs. 3 Satz 2 PAG geregelten Zweckänderung auf Rdn. 162 ff. Hierfür ist die Unvereinbarkeit auch mit der Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 100, 101 BV festzustellen, dessen Schutz ungeachtet des Art. 99 BV nicht hinter dem Schutz des Grundgesetzes zurückbleiben darf.

Ferner ist festzustellen, dass Art. 39 PAG in mehrfacher Hinsicht einer verfassungskonformen Auslegung bedarf. So darf für Kontrollen an „verrufen“ Orten nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 PAG nicht an die bloß abstrakte Gefährlichkeit angeknüpft werden (Rdn. 120). Die Regelung des Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 PAG ist nur dann verhältnismäßig, wenn für die Einrichtung von Kontrollstellen eine konkrete Gefahr vorausgesetzt wird. Verfassungskonform auszulegen ist auch das Verbot des flächendeckenden Einsatzes in Art. 39 Abs. 1 Satz 4 PAG (Rdn. 115 in den Gründen des Beschlusses vom 18. Dezember 2018).

Nur in der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen einschränkenden Auslegung ist die tatbestandliche Voraussetzung des Vorliegens von „Lageerkenntnissen als einer Verstärkung der Anforderungen, die sich aus dem Begriff der konkreten Gefahr ergeben“, vereinbar.

11. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art. 40 PAG (§ 1 Nr. 29 PAG-Neuordnungsgesetz)

Die grundsätzlichen Einwände gegen die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr betreffen unverändert die Bestimmung des Art. 40 PAG in der Fassung durch das PAG-Neuordnungsgesetz. Hieran ist ebenso festzuhalten, wie an der Feststellung einer verfassungswidrigen Unbestimmtheit auf Grund der Häufung aufeinander bezogener Prognoseerfordernisse,

wenn etwa Art. 40 Abs. 2 Satz 1 PAG die Übermittlung von Erkenntnissen über „mutmaßlich im Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehende Begleitpersonen und Fahrzeugführer“ an die ausschreibende Polizeidienststelle gestattet, also mutmaßlich mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehende Begleitpersonen von wiederum mutmaßlich mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehenden Kontaktpersonen. Das Erfordernis einer spezifischen individuellen Nähe des Betroffenen zu der aufzuklärenden, sei es auch nur drohenden Gefahr, von dem auch die Antragserwiderung (S. 99) ausgeht, kommt hierin nicht hinreichend zum Ausdruck. Gerade in der unbestimmten Fassung der Norm mit ihren mehrfach gestuften Erfordernissen einer prognostischen Einschätzung ist die Gefahr angelegt, dass, unter Berücksichtigung auch der den Sicherheitsbehörden einzuräumenden Beurteilungs- und Ermessensspielräume, letztlich doch die bloße Möglichkeit mehr oder weniger intensiver Kontakte die tatbestandlichen Voraussetzungen bejahen lässt. Eben dies aber ist zu vermeiden⁷³ angesichts der vom Bevollmächtigten des Antragsgegners zu 2) in unzulässiger Weise bagatellisierten Eingriffswirkung der Ausschreibung zur Fahndung nach Art. 40 PAG, insbesondere auch nach Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a PAG. Daher wird beantragt, auch Art 40 PAG i.d.F. durch § 1 Nr. 29 PAG-Neuordnungsgesetz für verfassungswidrig zu erklären.

12. Einsatz technischer Mittel in Wohnungen, Art. 41 PAG (§ 1 Nr. 30 PAG-Neuordnungsgesetz)

Zur – in hohem Maße eingriffsintensiven – Wohnraumüberwachung durch Einsatz technischer Mittel nach Art. 41 PAG darf zunächst wiederum auf die verfassungswidrige Unbestimmtheit der Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr gerade bei derart intensiven Grundrechtseingriffen verwiesen werden; hierzu ist das Erforderliche gesagt. Wenn der Bevollmächtigte der Antragsteller sich auf eine „verständige“ Auslegung der Eingriffsvoraussetzungen zurückzieht, so möge er erklären, warum in der Neufassung der Befugnisnorm die gegenüber der Vorgängerbestimmung, wo in dras-

⁷³ Vgl. BVerfGE 141, 220 Rdn. 116.

tisch-bildhafter Sprache von Gefahren für „Leib und Leben“ die Rede war, die deutlich weiter gefasste Bezugnahme auf Gefahren für die Gesundheit gebraucht wird. Dem zu schützenden Rechtsgut ein konkretisierendes und eingrenzendes Adjektiv beizustellen, würde die Anforderungen an den Gesetzgeber keineswegs überdehnen. Eine Beschränkung auf schwere Gesundheitsverletzungen war, wie in der Antragschrift ausgeführt wird, zunächst in der Gesetzesbegründung angesprochen, dann aber gestrichen worden.⁷⁴

Wenn es für den Bevollmächtigten der Staatsregierung „nicht nachvollziehbar“ ist (S. 103), weshalb in der Antragschrift „behauptet“ wird, die Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensführung – sie dürften mit der Formulierung „diese Normen“ gemeint sein – seien zu unbestimmt, so mag dies aus einem Vergleich der Formulierung des Gesetzes mit der in der zitierten Belegstelle der Entscheidung zum BKAG erhellen. Nach in Art. 41 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Buchst. a) müssen *„tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass Gespräche geführt werden, die einen unmittelbaren Bezug zu den in Satz 1 genannten Gefahren haben“*. Demgegenüber bezieht sich das Bundesverfassungsgericht in Rdn. 128 ausdrücklich auf „Straftaten“. Ebenso ist in Rdn. 198 konkreter Straftatenbezug gefordert. Bereits dies macht einen Unterschied; im übrigen ist die Unbestimmtheit der Formulierung in Satz 2 der des Satz 1 geschuldet.

Dem Bevollmächtigten der Staatsregierung mag darin beigetreten werden, dass der Gesetzgeber nicht gehalten ist, dem Normanwender im Gesetz „handbuchartige Erläuterungen“ zu den einzelnen Begriffen zu geben. Sehr wohl aber ist der Gesetzgeber gehalten, dem Rechtsanwender eindeutig formulierte Begriffe und Tatbestandsvoraussetzungen an die Hand zu geben und ihm nicht das alleinige Risiko verfassungskonformer Auslegung zu überbürden. Daher sind, wie in der Antragschrift dargelegt wird, die Eingriffsvoraussetzungen im Grundrechtstatbestand zu weit und damit zu unbestimmt gefasst.

⁷⁴ S. dazu die Antragschrift vom 6. Juni 2018 in Fn. 141.

13. Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, Art. 42 PAG (§ 1 Nr. 31 PAG-Neuordnungsgesetz)

„Nicht nachvollziehbar“ ist für die Antragserwiderung (S. 104) auch, warum die Antragschrift „zu leugnen versucht“, dass das Bundesverfassungsgericht für heimliche Ermittlungsmaßnahmen die – auch hier vom Bevollmächtigten der Staatsregierung unzulässig marginalisierte – Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr ausdrücklich gebilligt habe, denn dies ergebe sich „eindeutig“ aus den Rdn. 112, 164 und 232 der Entscheidung.

Dem Unterfertigten liegt es ferne, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu „leugnen“, doch darf, um Wiederholungen zu vermeiden, darauf verwiesen werden, dass die Interpretation des Urteils zum BKAG durch den Bevollmächtigten des Antragsgegners zu 2) auf unrichtigen Prämissen beruht, wie eingangs (s.o. unter II.2.a), S. 13 ff.) ausgeführt wurde. Zum Aussagegehalt der in der Antragserwiderung zitierten Belegstellen unter Rdn. 112 wird auf die vorstehenden Ausführungen unter II.2.b) aa) S. 14 f. verwiesen, zur Rdn. 232 wurde bereits in der Antragsbegründung (S. 67 f.) ausgeführt, dass die Gesetzesbegründung sich zu Unrecht auf das Urteil des BVerfG beruft.⁷⁵ Die in der Gesetzesbegründung in Bezug genommene Passage des Urteils lautet:

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

Ergänzend wird darauf verwiesen, dass sich das BVerfG etwa in der Einbeziehung von Kommunikationsmittlern (Rdn. 233) ausdrücklich auf die

⁷⁵ LT-Drucks. 17/20425 S. 62 mit Verweis auf BVerfGE 141, 220 Rdn. 232.

Begehung terroristischer Straftaten bezieht. Die Antragserwiderung beruht auch in diesem Punkt auf der unzulässigen Verallgemeinerung der Aussagen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG und dessen Übertragung auf das allgemeine Polizei- und Sicherheitsrecht. Auch dies wurde im Antragsschriftsatz und im vorliegenden Schriftsatz unter II.2. zur Genüge ausgeführt und soll hier nicht wiederholt werden.

Zur Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit wird auf die Ausführungen des Bevollmächtigten der Antragsteller im Verfahren Vf. 16-VIII-18 verwiesen.

14. Online-Durchsuchung, Art. 45 PAG (§ 1 Nr. 34 PAG-Neuordnungsgesetz)

Die grundsätzlichen Einwände gegen die Schwelle der drohenden Gefahr richten sich entgegen der Antragserwiderung gleichermaßen gegen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Online-Durchsuchung nach Art. 45 PAG. Auch hier beruht die Antragserwiderung auf einer unbesehenen Übernahme der Aussagen des Urteils zum BKAG. Bereits in der Antragsbegründung wurde darauf verwiesen, dass die in der Gesetzesbegründung angeführt ausdrückliche Billigung durch das Bundesverfassungsgericht sich auf die Gesetzgebung zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus bezieht, und nicht auf Normen, „die in ihrer Eingriffswirkung mit großer Streubreite gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen.“⁷⁶ Auch hier versucht die Antragserwiderung, das Gesetz im Wege einer bemühten verfassungskonformen Auslegung zu „halten“. Dies betrifft die in verfassungswidriger Weise unbestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen nach Art. 45 Abs. 1 PAG; dies betrifft gleichermaßen die Voraussetzungen für die Einbeziehung Dritter. Sie ist in ihrer Eingriffsintensität der Wohnraumüberwachung vergleichbar und damit an vergleichbar hohe Eingriffsschwellen gebunden.⁷⁷ Für die in der Antragserwiderung (S. 111) vorgeschlagene verfassungskonforme Auslegung jedoch finden sich im Geset-

⁷⁶ BVerfGE 141, 220 Rdn. 101.

⁷⁷ BVerfGE 141, 220 Rdn. 192.

zestext keine hinreichend tragfähigen Anhaltspunkte. Wie auch sonst, wird in der Antragserwiderung durchgehend verkannt, dass gerade auch in der Kombination von Prognoseelementen und Vermutungstatbeständen aber das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot entscheidend verfehlt wird. Dies betrifft auch die in der Antragserwiderung genannten Annexbefugnisse.

15. „Drohnen“, Art. 47 PAG (§ 1 Nr. 35 PAG-Neuordnungsgesetz)

In seinen Ausführungen zum Einsatz von „unbemannten Luftfahrtsystemen“, gemeinhin als Drohnen bezeichnet, lässt der Bevollmächtigte der Staatsregierung – wie auch anderweitig – die gebotene grundrechtliche Sensibilität gegenüber staatlicher Observation in bedenklichem Maße vermissen, was auf die von ihm geforderte Neujustierung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit zurückzuführen sein mag. Dafür spricht auch der Hinweis auf die in der Antragserwiderung grundlegend fehlinterpretierte Bestimmung des Art. 99 BV.

S. dazu o. I.1.d) S. 5 ff.

Die Antragserwiderung verweist zutreffend auf die etwa gegenüber Helikoptern deutlich erweiterten und erleichterten Einsatzmöglichkeiten von Drohnen – eben dies aber trägt maßgeblich zur Eingriffsintensität der Befugnis zum Drohneneinsatz bei. Die schlichte Gleichsetzung eines vertieften Grundrechtseingriffs mit ebenso gesteigerter, den Eingriff kompensierender Effektivität der polizeilichen Aufgabenerfüllung (S. 115) offenbart erneut ein problematisches Verfassungsverständnis im Verhältnis von Sicherheit und Freiheit. Würde jede Eingriffserhöhung kompensiert durch erhöhte Effizienz, so würde dies in der Konsequenz bedeuten, dass ein totaler Freiheitsverlust durch totale Sicherheit kompensiert würde. Ein derartiges Kompensationsmodell ist, wie eingangs ausgeführt wurde, unbeschadet des Art. 99 BV nicht das der Bayerischen Verfassung.

S.o. I.1.c), S. 4.

Drohneneinsätze erfordern geringeren Aufwand, sie sind schneller durchführbar und weniger auffällig – ebendies trägt bei zu der Besorgnis, unter steter potentieller Beobachtung zu stehen. Dieses Bewusstsein etwa bei Versammlungsteilnehmern, das Gefühl des Ausgeliefertseins, das eine

über den Köpfen auftauchende Drohne hervorruft, bedeutet einen intensiven tatsächlichen Grundrechtseingriff; betroffen sind die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit sowie – im Fall der Beobachtung von Versammlungen – der Versammlungsfreiheit. Dem verschließt sich die Antragserwiderung – die im übrigen im Unklaren lässt, worauf die Bemerkung abzielt, die Hinweispflicht nach Art. 47 Abs. 2 PAG habe entgegen dem vom Unterfertigten „Behaupteten“ nicht den Zweck, den Eingriff „abzufedern“.⁷⁸ Es gehe schlicht um die Klarstellung, dass die Offenheit der Maßnahme gewahrt werden muss. Dies aber ist eine Frage der Intensität des Grundrechtseingriffs, der eben durch diese Hinweispflicht in seiner Intensität abgeschwächt, abgemildert oder eben abgefedert werden soll. Der Versuch, die durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwände gegen den Einsatz von Drohnen nach Maßgabe des Art. 47 Abs. 1 PAG zu entkräften, vermag daher nicht zu überzeugen.

**16. Abruf nachrichtendienstlicher Daten, Art. 60 Abs. 3 PAG – informationelles Trennungsprinzip
(§ 1 Nr. 42 Buchst. b PAG-Neuordnungsgesetz)**

Wenn die Antragserwiderung die Einwände gegen die tatbestandliche Voraussetzung der drohenden Gefahr für bedeutende Rechtsgüter mit der Begründung zurückweist, es handle sich um eine polizeitypische Eingriffsschwelle (S. 122), so beruht dies auf einem Zirkelschluss. Polizeitypisch ist, so die Antragserwiderung, das Tatbestandsmerkmal der drohenden Gefahr, weil im PAG vielfach daran angeknüpft werde. Es geht aber gerade um die entscheidende Frage, ob im PAG und damit auch in dessen Art. 60 Abs. 3 vielfach daran angeknüpft werden durfte; denn nur dann könnte man von einer zulässigen polizeitypischen Eingriffsschwelle sprechen. Ohnehin scheint die Qualifizierung als „polizeitypisch“ fraglich, wenn der Begriff neu eingeführt wurde und gerade einen strukturellen Umbruch im

⁷⁸ Anführungszeichen in der Antragserwiderung – gemeint ist: die Intensität des Eingriffs abzuschwächen.

Polizeirecht bewirken soll.⁷⁹ Die Antragsteller wollen nicht angebliche Gefahren „an die Wand malen“, wie der Bevollmächtigte der Staatsregierung sich ausdrückt (S. 122), sondern auf die rechtsstaatswidrig weit gefassten Voraussetzungen für die zweckändernde Datenweitergabe verweisen. Art. 60 Abs. 3 PAG genügt insoweit den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts nicht, selbst wenn man diese auf die Erfordernisse einer prinzipiellen Gleichwertigkeit der neuen Nutzung zurückführen wollte (Antragserwiderung S. 123). Mit einer im Einzelfall bestehenden Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut sind die Voraussetzungen für die zweckändernde Datenübermittlung in verfassungswidriger Weise niederschwellig und unbestimmt gefasst. Denn die grammatikalische Auslegung lässt nur den Schluss zu, dass die im Einzelfall bestehende Gefahr gerade nicht für ein bedeutendes Rechtsgut gefordert wird; letzteres ist nur erforderlich im Fall einer drohenden Gefahr, die auch anderweitig im Gesetz typischerweise auf bedeutende Rechtsgüter bezogen wird, ohne dass auch insoweit dem Erfordernis der Bestimmtheit der Eingriffsvoraussetzungen genügt wäre. Das Erfordernis eines gleichwertigen Rechtsgüterschutzes ist mithin nicht erfüllt. Damit ist dem informationellen Trennungsgebot, wie es vom Bundesverfassungsgericht formuliert wurde, auch dann nicht genügt, wenn man hierin – wie auch die Antragsbegründung (S. 77) – kein ausnahmsloses Verbot der Datenweitergabe zu operativen Zwecken sieht, nicht genügt.

Es wird gebeten, nach Antrag zu entscheiden.

Leipzig/München, den 8. März 2019

(o. Prof. Dr. Christoph Degenhart)

⁷⁹ Leisner-Egensperger DÖV 2018, 677.