

Prof. Dr. iur. Isabel Feichtner

(...)

(...) Frankfurt am Main

Prof. Dr. iur. Markus Krajewski

(...)

(...) Nürnberg

An den

Bayerischen Verfassungsgerichtshof

Prielmayerstraße 5

80335 München

Frankfurt und Nürnberg, den 3. Mai 2018

In eigenem Namen sowie namens und mit Vollmacht der folgenden weiteren Antragstellerinnen und Antragsteller

1. Dr. Martin Heidebach, (...) München
2. Louisa Artmann, (...) Gauting
3. Lisa Gänsheimer, (...) München
4. Martin Gronemann, (...) Erlangen
5. Dr. Rhea Tamara Hoffmann, (...) Nürnberg
6. Dina Kagan, (...) München
7. Semiha Kochan, (...) Gilching
8. Tim Kraus, (...) Erlangen
9. Konrad Meinl, (...) München
10. Christopher Ohnesorge, (...) Erlangen
11. My Hanh Pham, (...) München
12. Franziska Pongratz, (...) München

13. Tim Schilderoth, (...) Würzburg
14. Ann-Kathrin Schneider, (...) Würzburg
15. Julia Schübel, (...) Zirndorf
16. Xenia Svigac, (...) München
17. Juliana Talg, (...) Fürstenfeldbruck
18. Lena Wentzler, (...) Erlangen
19. Julian Werner, (...) Erlangen

erheben wir

**Popularklage gem. Art. 98 Satz 4 der Bayerischen Verfassung**

gegen

**Art. 11 Abs. 3, Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c), Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 a) und b), Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5, Art. 20 Nr. 3, Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 sowie Art. 32a des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) in der Fassung des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24. Juli 2017 (GVBl 2017, S. 388).**

Vollmachten liegen als Anlagen 1 bis 19 bei.

Zwei einfache Abschriften anbei.

Prof. Dr. Isabel Feichtner

Prof. Dr. Markus Krajewski

## **Gliederung**

A. Zulässigkeit	1
I. Zuständigkeit	1
II. Antragsberechtigung	1
III. Antragsgegenstand	1
IV. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung nach Art. 55 Abs. 1 S. 2 VfGHG	2
V. Objektives Klarstellungsinteresse	2
VI. Keine Verwirkung	2
B. Begründetheit	3
I. Eingriffsbefugnisse bei drohender Gefahr	3
1. Art. 11 Abs. 3 PAG	3
2. Verletzung von Art. 101 BV	5
a) Bestimmtheitsgrundsatz	5
b) Unverhältnismäßigkeit	9
c) Keine andere Bewertung wegen des Urteils des BVerfGs zum BKA-Gesetz	11
II. Kontaktverbote	13
1. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG	13
2. Verletzung von Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV	13
III. Aufenthaltsverbote und -gebote	15
1. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG	15
2. Verletzung von Art. 109 Abs. 1 S. 1 BV	15
a) Kein ausreichend bestimmter Rechtfertigungsgrund	16
b) Unverhältnismäßigkeit	17
IV. Präventivgewahrsam	20
1. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG	20
2. Verletzung von Art. 102 BV	20
a) Bestimmtheitsgrundsatz	21
b) Unverhältnismäßigkeit	23
(1) Unbegrenzte Haftdauer	24
(2) Ausgestaltung der Haft	25
(3) Fehlende Differenzierung zu Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 und 2 PAG	27
(4) Unbegrenzter Präventivgewahrsam zur Abwehr einer drohenden Gefahr	28
3. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 BV	29
a) Europa- und Völkerrechtsfreundlichkeit der BV als Auslegungsmaßstab	29
b) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 5 EMRK	30

V. Anlasslose Identitätsfeststellungen in Asylbewerberunterkünften	35
1. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG	35
2. Verletzung von Art. 101 i.V.m. 100 BV	35
a) Ungeeignetheit	36
b) Mangelnde Erforderlichkeit	37
c) Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne	38
3. Verletzung von Art. 118 BV	41
a) Ungeeignetheit	42
b) Mangelnde Erforderlichkeit	43
4. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 BV	44
VI. Betreten von Asylbewerberunterkünften	47
1. Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG	47
2. Verletzung von Art. 106 Abs. 3 BV	47
3. Verletzung von Art. 118 BV	50
4. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 BV	50
VII. Elektronische Aufenthaltsüberwachung	51
1. Art. 32a PAG	51
2. Verletzung von Art. 101 i.V.m. 100 BV	51
a) Hohe Eingriffsintensität	52
b) Unverhältnismäßigkeit	53
(1) Ungeeignetheit	53
(2) Unangemessenheit	55
3. Verletzung von Art. 101 i.V.m. 100 BV	57
4. Verletzung von Art. 101 BV	58

Mit ihrer Popularklage rügen die Antragstellerinnen und Antragsteller, dass verschiedene Vorschriften des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) in der Fassung des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24. Juli 2017 (GVBl 2017, S. 388) gegen Grundrechte der Bayerischen Verfassung (BV) verstoßen.

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Zuständigkeit**

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof ist für die Überprüfung von Normen des bayerischen Landesrechts an den Grundrechten der Verfassung im Wege der Popularklage gem. Art. 98 S. 4 BV i.V.m. Art. 2 Nr. 7, 55 VfGHG zuständig.

### **II. Antragsberechtigung**

Die Antragstellerinnen und Antragsteller sind als natürliche Personen gem. Art. 55 Abs. 1 S. 1 VfGHG antragsberechtigt.

### **III. Antragsgegenstand**

Die Popularklage richtet sich gegen folgende durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24. Juli 2017 und das Bayerische Integrationsgesetz v. 13. Dezember 2016 in das PAG eingeführten oder veränderten Vorschriften:

Art. 11 Abs. 3 PAG (Eingriffsbefugnisse bei drohender Gefahr)

Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG (Identitätsfeststellung in Asylbewerberunterkünften)

Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG (Kontaktverbot)

Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 a) PAG (Aufenthaltsverbot)

Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 b) PAG (Aufenthaltsgebot)

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG (Unbefristete Dauer des Präventivgewahrsams)

Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG (Betretung von Asylbewerberunterkünften)

Art. 32a PAG (Elektronische Aufenthaltsüberwachung)

Die genannten Normen sind gem. Art. 55 Abs. 1 S. 1 VfGHG taugliche Gegenstände der Popularklage, da es sich um Rechtsvorschriften des bayerischen Landesrechts handelt.

#### **IV. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung nach Art. 55 Abs. 1 S. 2 VfGHG**

Die genannten Vorschriften des PAG verletzen Grundrechte der Bayerischen Verfassung (Art. 55 Abs. 1 S. 2 VfGHG).

Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG verstößt gegen die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 101 BV.

Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG verstößt gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 101 i.V.m. 100 BV, den Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 118 BV und das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 BV.

Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV.

Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 a) und b) PAG verletzen das Grundrecht auf Freizügigkeit aus Art. 109 Abs. 1 S. 1 BV.

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG verletzt die Freiheit der Person gem. Art. 102 Abs. 1 BV und das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 BV.

Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG verstößt gegen die Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 106 Abs. 3 BV, den Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 118 BV und das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 BV.

Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG verstößt gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 101 i.V.m. 100 BV sowie gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV und die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 101 BV.

Die Grundrechtsverstöße der genannten Normen werden bei den Ausführungen zur Begründetheit umfassend belegt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf diesen Teil der Klageschrift verwiesen.

#### **V. Objektives Klarstellungsinteresse**

Es besteht ein objektives Klarstellungsinteresse, da die genannten Rechtsvorschriften geltendes Recht sind und von bayerischen Behörden und Gerichten angewendet werden.

#### **VI. Keine Verwirkung**

Eine Verwirkung ist nicht eingetreten; das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen ist am 1. August 2017 und das Bayerische Integrationsgesetz am 1. Januar 2017 in Kraft getreten.

## **B. Begründetheit**

### **I. Eingriffsbefugnisse bei drohender Gefahr**

Die Erweiterung der polizeilichen Generalklausel gem. Art. 11 PAG durch Eingriffsbefugnisse aufgrund einer drohenden Gefahr gem. Art. 11 Abs. 3 PAG ist verfassungswidrig. Die Norm verletzt Art. 101 BV, denn sie verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot und ist zudem unverhältnismäßig. Auch die Standardbefugnisse aus Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 b), 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 u. Abs. 2 S. 1 und Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG sind zu unbestimmt und unverhältnismäßig, soweit sie auf den Begriff der drohenden Gefahr aus Art. 11 Abs. 3 PAG Bezug nehmen. Auch diese Standardbefugnisse sind deshalb insoweit verfassungswidrig.

#### **1. Art. 11 Abs. 3 PAG**

Art. 11 PAG ist die Generalklausel für polizeiliche Befugnisse. Mit dem „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ wurde der Anwendungsbereich der Generalklausel erheblich erweitert: Nach Art. 11 Abs. 3 PAG kann die Polizei bereits dann Maßnahmen durchführen, die in die Grundrechte der Bürger eingreifen, wenn lediglich eine „drohende Gefahr“ gegeben ist. Auf der Grundlage der erweiterten Generalklausel aus Art. 11 Abs. 3 PAG sind nicht nur Gefahrerforschungseingriffe zulässig, sondern es dürfen auch Maßnahmen getroffen werden, die in den Kausalverlauf eingreifen. Nach traditionellem Verständnis ist für derartige Eingriffe aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine konkrete Gefahr erforderlich. Durch den neuen Art. 11 Abs. 3 PAG wird davon abgewichen und die Schwelle für Grundrechtseingriffe erheblich abgesenkt.

Der Begriff der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 PAG ergänzt die bisherige Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Gefahr. Den Begriffen der konkreten und der abstrakten Gefahr gemeinsam ist die Anforderung an den Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit eines bestimmten Schadensereignisses – es muss eine *hinreichende* Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes bestehen. Sie unterscheiden sich lediglich in der zugrundeliegenden Betrachtungsweise. Bei der konkreten Gefahr wird von einem Wissenshorizont, beruhend auf konkreten Einzelfallumständen, auf die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Rechtsgutsverletzung geschlossen. Eine abstrakte Gefahr liegt hingegen vor, wenn eine generell-abstrakte bzw. typisierende Betrachtung von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass typischerweise in derartigen Konstellationen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden eintreten pflegt.

Gemeinsam ist der konkreten Gefahr und der „drohenden Gefahr“ – im Gegensatz zur abstrakten Gefahr – der Einzelfallbezug. In beiden Fällen wird für die Feststellung, ob eine zum Eingreifen ermächtigende Gefahr vorliegt, ein konkreter einzelfallbezogener Wissenshorizont zugrunde gelegt. Der Unterschied zu Eingriffsbefugnissen, die das Vorliegen einer konkreten Gefahr fordern, ist nun, dass Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 PAG einen deutlich früheren Eingriff in den Geschehensablauf, nämlich schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr, zulassen.

Nach Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PAG soll ein Eingreifen schon dann möglich sein, wenn das individuelle Verhalten die konkrete Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutverletzung begründet. Damit besteht die Befürchtung, welche durch die Gesetzesbegründung gestützt wird, dass mit dieser Vorschrift die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert werden. Darüber hinaus kommt eine Auslegung in Betracht, nach der die Norm schon dann zu Maßnahmen ermächtigt, wenn ein konkretes Geschehen noch nicht erkennbar ist.

Die Tatbestandsalternative aus Nr. 2 unterscheidet sich sowohl im zu prognostizierenden Geschehen als auch im Wahrscheinlichkeitsmaßstab. Während die konkrete Gefahr die Prognose eines klar umrissenen Kausalverlaufs erfordert, müssen für Nr. 2 lediglich Vorbereitungshandlungen (ggf. zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen) den Schluss auf ein Geschehen zulassen, das nur seiner Art nach konkretisiert sein muss. Überdies setzt Nr. 2 die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts herab, indem die Norm lediglich verlangt, dass Angriffe „zu erwarten“ sind, also eine bloße Möglichkeit ausreichen lässt.

## **2. Verletzung von Art. 101 BV**

Art. 101 BV gewährt den Schutz der Freiheit des Menschen alles zu tun, was anderen nicht schadet. Er normiert damit die allgemeine Handlungsfreiheit.

Funke, in: Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 7.

Die allgemeine Handlungsfreiheit bietet einen umfassenden Schutz der natürlichen Freiheit des Menschen. Hierzu zählt die Freiheit, „alles“ zu tun, was man will, also vor jeglicher Unterlassungspflicht verschont zu bleiben, unabhängig davon, wie anspruchsvoll oder „banal“ die Tätigkeit im Einzelnen ist.

VerfGHE 58, 1 (34); VerfGHE 57, 39 (46); Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff: Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 101 Rn. 11 ff., 15 ff.

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 101 BV muss den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügen, da er unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt steht. Danach dürfen „die Einbußen an grundrechtlicher Freiheit nicht in unangemessenem Verhältnis zu den legitimen Gemeinwohlzwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient“.

VerfGHE 56, 28 (49).

Die Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 PAG ermächtigt die Polizei, dem Betroffenen Handlungs- und Unterlassungspflichten aufzuerlegen und greift damit in die allgemeine Handlungsfreiheit ein. Dieser Eingriff kann nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, weil Art. 11 Abs. 3 PAG gegen das Bestimmtheitsgebot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt.

### **a) Bestimmtheitsgrundsatz**

Art. 11 Abs. 3 PAG verstößt gegen den Bestimmtheitsgrundsatz als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips des Art. 3 Abs. 1 BV.

Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt vom Gesetzgeber „seine Vorschriften so zu fassen, dass sie den rechtsstaatlichen Anforderungen der Normenklarheit entsprechen. Gesetze müssen so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach

einrichten können und dass die Gerichte in der Lage sind, die Anwendung der betreffenden Rechtsvorschriften durch die Verwaltung zu kontrollieren.“

VerfGHE 56,1 (8 f.).

Normenklarheit wird nicht erreicht, wenn Betroffene aufgrund des Gesetzes nicht ansatzweise beurteilen und substantiiert in Frage stellen können, ob eine belastende staatliche Handlung rechtmäßig ist.

VerfGHE 56, 28 (45).

Hieraus resultiert noch kein grundsätzliches Verbot für die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen. Als Mindestmaß verlangt das Bestimmtheitsgebot jedoch in allen Konstellationen, dass eine gesetzliche Befugnis nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt und somit auch für den Bürger inhaltlich verständlich ist.

Als eine Vorschrift, die gewichtige Grundrechtseingriffe im Gefahrenvorfeld ermöglicht, unterliegt Art. 11 Abs. 3 PAG zudem besonders hohen Bestimmtheitsanforderungen. Denn die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm sind zum einen umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff wirkt.

VerfGHE 56, 1 (9); VerfGHE 56, 28 (45); BVerfGE 73, 206 (235); BVerfGE 75, 329 (342 f.); BVerfGE 105, 135 (155).

Zum anderen sind die Vorgaben des Bestimmtheitsgebots bei polizeilichen Vorfeldmaßnahmen strenger. Der Gesetzgeber muss die Ermächtigungsgrundlage so formulieren, dass sie handlungsbegrenzende Tatbestandsmerkmale enthält.

BVerfGE 113, 348 (378).

Die Tatbestandsmerkmale des Art. 11 Abs. 3 PAG sind nicht bestimmt und nicht bestimmbar. Die dem Begriff der drohenden Gefahr inhärente Unbestimmtheit des Kausalverlaufs und des Schadensereignisses nach Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 PAG führt zu einer mangelnden Vorhersehbarkeit, wann die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Je nach subjektiver Prognose des agierenden Polizisten kann ein individuelles Verhalten oder ein Handeln als „drohende

Gefahr“ bewertet werden oder gerade nicht. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sich die Prognose nicht auf ein konkretes Schadensereignis beziehen muss, da es um Eingriffe schon im Gefahrenvorfeld geht.

Durch die Einführung der Kategorie der „drohenden Gefahr“ werden die Eingriffsbefugnisse der Polizei zeitlich vorverlagert. Die zeitliche Vorverlagerung ist so zu verstehen, dass noch keine hinreichende Wahrscheinlichkeit für das Gefahrenereignis in seiner konkreten Ausprägung, insbesondere für dessen Eintritt, bestehen muss. Dadurch soll laut Gesetzesbegründung effektiver gegen „Gefährder“ vorgegangen werden können, die bisher noch nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten sind und von denen gerade noch keine unmittelbare im Sinne einer konkreten Gefahr ausgeht.

Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 4.4.2017, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/16299, S. 9.

Im Zusammenhang mit der fehlenden Anknüpfung an eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts wird das Tatbestandsmerkmal „in absehbarer Zeit“ unbestimmt. „In absehbarer Zeit“ müsste nach allgemeinem Verständnis des Begriffs der konkreten Gefahr die Prognose auf eine zeitliche Nähe zum potentiellen Schadenseintritt begrenzen. Dafür müsste zum Zeitpunkt der Prognose der zu erwartende Schadenseintritt bekannt sein, also auch der Kausalverlauf und das erwartete Geschehen. Durch den Verzicht auf diese Anknüpfung entfällt jedoch die Bestimmtheit dieses Merkmals.

Weiter genügt der Begriff „Angriff von erheblicher Intensität und Auswirkung“ in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG nicht dem Gebot der Normenbestimmtheit. Es handelt sich hierbei um ein dem Polizeirecht bislang fremden Begriff. Eine Konkretisierung des Begriffs in Anlehnung an § 32 Abs. 2 StGB ist ausgeschlossen, da Angriff im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB eine unmittelbare Gefahr verlangt.

Fischer, StGB - Kommentar, 65. Aufl, 2018, § 32 StGB Rn. 5.

Die drohende Gefahr fordert aber gerade keine Unmittelbarkeit im Sinne einer besonderen zeitlichen Nähe der Rechtsgutsverletzung. Es bleibt daher letztlich unklar, wann eine Angriffslage vorliegt.

Zudem kann der Begriff „Vorbereitungshandlungen“ nicht hinreichend bestimmbar ausgelegt werden. Um eine Handlung als „Vorbereitungshandlung“ qualifizieren zu können, ist eine Aussage darüber erforderlich, auf welches Ereignis sich der Handelnde vorbereitet. Bei der drohenden Gefahr ist aber gerade dieser Aspekt unklar; der Kausalverlauf und das Schadensereignis müssen nicht bekannt sein. Der Begriff wird zwar durch das Merkmal „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“ in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG qualifiziert. Auch hierdurch stellt die Norm jedoch nicht klar, auf welche drohenden Ereignisse sie abstellt.

Entsprechendes gilt auch für das Merkmal „Vorliegen bestimmter Tatsachen“ in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG. Welche „bestimmte Tatsachen“ eine „drohende Gefahr“ begründen können und wie diese beschaffen sein müssen, bestimmt Art. 11 Abs. 3 PAG nicht. Mithilfe des Tatbestandsmerkmals wird lediglich sichergestellt, dass polizeiliche Maßnahmen aufgrund bloßer Vermutungen nicht getroffen werden können. Die Formulierung bietet jedoch mangels Anknüpfung an die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dafür, wann Tatsachen oder ein Verhalten auf eine „drohende Gefahr“ hindeuten, sondern überlässt die Wahl der Anknüpfungstatsachen und Maßstäbe der Polizei, die tatbestandsergänzend tätig werden muss.

Schließlich erweisen sich auch die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG aufgezählten Rechtsgüter, zu deren Schutz bei drohender Gefahr Maßnahmen ergriffen werden dürfen, teilweise als zu unbestimmt. Nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG sind „erhebliche Eigentumspositionen“ bedeutende Rechtsgüter. Es ist bereits unklar, ob hierbei auf den zivilrechtlichen oder auf den verfassungsrechtlichen oder einen davon unabhängigen Eigentumsbegriff abgestellt werden soll. Zudem bleibt offen, ob die Erheblichkeit der Eigentumsposition subjektiv, d. h. aus der Position des Eigentümers, oder objektiv aus der Perspektive eines neutralen Dritten zu bewerten ist. Darüber ist auch die Formulierung des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG, wonach zum Schutz von „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ Maßnahmen ergriffen werden, zu unbestimmt, da vollkommen unklar bleibt, wer das besondere Interesse festlegen soll und ob dies für die Betroffenen erkennbar sein muss.

Zuletzt ist eine Einschränkung des zu weit gefassten Tatbestandes des Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG auch nicht mithilfe gerichtlicher Fallgruppenbildung möglich. Grund dafür ist, dass die Bildung von Fallgruppen dem Zweck der Norm gerade widersprechen würde. Die Ermächtigungsgrundlage soll nämlich für genau die Situationen gelten, die nicht kategorisierbar sind. Das hat der Gesetzgeber ausdrücklich so festgehalten.

Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 4.4.2017, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/16299, S. 10.

### **b) Unverhältnismäßigkeit**

Die in Art. 11 Abs. 3 PAG geregelte Erweiterung der Generalklausel verstößt auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 PAG erlauben Eingriffe in Art. 101 BV, ohne dass die Schwelle der konkreten Gefahr erreicht sein muss. Der Gesetzgeber hält bereits die Abwehr einer drohenden Gefahr für einen legitimen Zweck, der die durch Art. 11 Abs. 3 PAG ermöglichten Grundrechtseingriffe tragen kann.

Die damit erfolgte Ausdehnung der Eingriffsbefugnisse auf Grundlage der Generalklausel ist jedoch nicht angemessen. Nach traditionellem Verständnis muss eine konkrete Gefahr vorliegen, um polizeiliche Maßnahmen, die in den Kausalverlauf eingreifen, grundrechtlich zu rechtfertigen. Erst die Abwehr einer konkreten Gefahr ist also der legitime Zweck, dessen Gewicht wiederum das Gewicht des Grundrechtseingriffs überwiegt.

Für die Unangemessenheit sind vier Gründe anzuführen:

Erstens ist die höhere Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr eine wesentliche rechtsstaatliche Sicherung gegen uferlose und vorschnelle gefahrenabwehrrechtliche Grundrechtseingriffe. Art. 11 Abs. 3 PAG ist nicht auf die Abwehr drohender terroristischer Gefahren beschränkt, sondern allgemein gefasst. Die Vorschrift ist somit eine echte Generalklausel, die eine Vielzahl neuer Grundrechtseingriffe ermöglicht, die bislang schlicht rechtswidrig gewesen wären. Sie unterscheidet sich damit von anderen, spezifischen Eingriffsbefugnissen, die vom Erfordernis des Vorliegens einer konkreten Gefahr absehen. Diese konkretisieren im Gegensatz zur Generalklausel das zu schützende Rechtsgut bzw. die Modalitäten des polizeilichen Eingriffs.

Zweitens verschiebt sich das Prognoserisiko immer weiter zu Lasten der Grundrechtsträger und -trägerinnen. Im Gefahrenabwehrrecht geht es stets um die Frage, ob sich – nach der Einschätzung der Polizei zum Handlungszeitpunkt – ein Schaden verwirklichen wird. Nach traditionellem Verständnis muss der Schaden schon hinreichend konkretisiert sein, damit die in die Grundrechte eingreifende Maßnahme rechtmäßig sein kann. In diesem Fall ist es gerechtfertigt, die Betroffenen, von denen die (vermeintliche) Gefahr ausgeht, in Anspruch zu nehmen. Das gilt selbst dann, wenn sich hinterher herausstellen sollte, dass der Schaden gar nicht eingetreten wäre. Je weniger Anforderungen aber an die Konkretisierung des Schadens gestellt werden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit einer – in diesem Sinne – fehlerhaften Prognose. Dürfen Maßnahmen schon bei drohender Gefahr veranlasst werden, so ist das Risiko, dass Personen in Anspruch genommen werden, obwohl von ihnen tatsächlich überhaupt keine Gefahr ausgeht, deutlich erhöht. In der Folge erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass ein völlig Unbeteiligter von den Maßnahmen betroffen wird. Von einem angemessenen Verhältnis der Grundrechtsbeschränkung zum Allgemeinwohl der öffentlichen Sicherheit kann nicht gesprochen werden, da eine erhebliche Steigerung der Intensität des Grundrechtseingriffs erfolgt, die durch die fehlende zeitliche Begrenzung noch verstärkt wird.

Drittens müssen Eingriffe im Gefahrenvorfeld, um einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standzuhalten, auf verfassungsrechtlich äußerst bedeutende Rechtsgüter begrenzt werden. Dies ist zumindest bei „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (Nr. 5), nicht der Fall.

Schließlich ist viertens die neue Kategorie der drohenden Gefahr – wie oben ausgeführt – vage und nicht hinreichend bestimmt. Die Unbestimmtheit des Art. 11 Abs. 3 PAG verstärkt dabei die Unangemessenheit, weil sie die Möglichkeit für Grundrechtseingriffe ins Vorfeld ausdehnt, ohne dass für die Betroffenen erkennbar ist, wann und unter welchen Umständen sie einen Eingriff in ihre Freiheitsrechte zu erwarten haben.

### **c) Keine andere Bewertung wegen des Urteils des BVerfGs zum BKA-Gesetz**

Auch die Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz aus dem Jahr 2016 auf die sich die Gesetzesbegründung bezieht,

Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 4.4.2017, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/16299, S. 9.

lassen keinen anderen Schluss in Bezug auf die Unverhältnismäßigkeit der Neuregelung zu. Die entscheidende Passage des Urteils, auf der die neue Regelung basiert, lautet: „Der Gesetzgeber ist von Verfassung wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.“

BVerfGE 141, 220 (272).

Schon für sich genommen lässt die Aussage erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass weiterhin im Regelfall eine konkrete Gefahr erforderlich ist und von diesem Grundsatz nur ausnahmsweise abgewichen werden kann. Die Absenkung der Gefahrenschwelle auf die drohende Gefahr in einer Generalklausel ist damit ausgeschlossen.

Außerdem stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass auch bei einer zulässigen Reduktion der Anforderungen an den Kausalverlauf eine „hinreichend konkretisierte Gefahr erforderlich“ sei. Eine Gefahr ist dann hinreichend konkretisiert, wenn erstens Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen und zweitens Tatsachen, den Schluss auf die Beteiligung bestimmter Personen zulassen, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.

BVerfGE 141, 220 (272).

Die Neuregelung der Generalklausel in Art. 11 Abs. 3 PAG weicht von diesen Voraussetzungen ab, indem sie Alternativität genügen lässt, wo das Bundesverfassungsgericht ein kumulatives Vorliegen von Tatsachen, welche die Gefahr begründende Geschehen konkretisieren und Tatsachen, welche den Schluss auf die Beteiligung bestimmter Personen zulassen, fordert. Das Bundesverfassungsgericht lässt ein bloßes Abstellen auf das individuelle Verhalten einer Person, wie Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 PAG dies tut, dagegen nur dann zu, wenn es um Überwachungsmaßnahmen, d.h. bloße Gefahrerforschungseingriffe zur Abwehr terroristischer Straftaten geht.

BVerfGE 141, 220 (272).

Die Neuerung des PAG sieht hingegen bewusst von einer Begrenzung auf drohende terroristische Gefahren ab und ermächtigt darüber hinaus nicht bloß zu Gefahrerforschungseingriffen, sondern zu Eingriffen in den Kausalverlauf.

Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 4.4.2017, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/16299, S. 9 f.

## **II. Kontaktverbote**

Die Befugnis zur Verhängung eines Kontaktverbots gem. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG ist verfassungswidrig, da sie gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV verstößt.

### **1. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG**

Zur Abwehr einer Gefahr oder drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut kann die Polizei einer Person verbieten, ohne polizeiliche Erlaubnis zu bestimmten Personen oder zu Personen einer bestimmten Gruppe Kontakt zu suchen oder aufzunehmen. Die Maßnahme kann nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG potentiell für unbegrenzte Zeit angeordnet werden (Verlängerungsmöglichkeit im 3-Monats-Rhythmus).

### **2. Verletzung von Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV**

Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die vom Bundesverfassungsgericht zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelte Rechtsprechung ist auch für Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV heranzuziehen.

Funke, in: Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 15.

Die Garantie umfassender personaler Freiheit in Art. 101 BV wäre ohne Anerkennung des Schutzes der persönlichen Integrität der Person, welche unter Rückgriff auf die Menschenwürde zu erschließen ist, unvollständig. Parallel zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erkennt der Verfassungsgerichtshof den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Art. 101 i.V.m. Art. 100 BV an.

VerfGH, BayVBl. 2010, 369; VerfGHE 38, 74; Funke, in: Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 14; Holzner, Verfassung des Freistaats Bayern, Art. 100 Rn. 29.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt „den engeren persönlichen Lebensbereich und die Erhaltung seiner Grundbedingungen“ und hat zur Aufgabe „jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann“ zu garantieren.

BVerfGE 97, 391 (399); BVerfGE 79, 256 (268).

Insbesondere schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die „aktive, persönlichkeitskonstituierende Teilnahme am sozialen Leben“.

Kube, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 129.

Die Anordnung eines Kontaktverbots greift erheblich in das Recht der betroffenen Person auf Teilhabe am sozialen Leben ein, da es soziale Interaktionen mit Personen, auf welche sich das Kontaktverbot bezieht, unterbindet. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt den Schranken des Art. 101 BV, welcher einen einfachen Gesetzesvorbehalt normiert.

VerfGHE 57, 113 (120 ff.).

Die Schwere des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht steht nicht in einem angemessenen Verhältnis zum vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck. Es handelt sich aus mehreren Gründen um einen sehr intensiven Eingriff. Erstens ist das Recht auf eigenständige Ausgestaltung des Soziallebens von überragender Bedeutung für die Bildung und Ausformung des eigenen Persönlichkeitsprofils. Zweitens kann die Einschränkung dieses Rechts kraft der neuen Regelung für eine unbegrenzte Zeitdauer erfolgen. Drittens genügt für die Anordnung des Kontaktverbots bereits eine drohende Gefahr. Dadurch wird die Eingriffsschwelle in unangemessener Form abgesenkt.

siehe oben B. I. 2. b).

Mindestvoraussetzung für einen derart schwerwiegenden Grundrechtseingriff muss die Abwehr einer konkreten Gefahr sein. Hinzu kommt, dass der Begriff der drohenden Gefahr nicht hinreichend bestimmt ist und deshalb die Möglichkeit für die Anordnung von Kontaktverboten in unverhältnismäßiger Weise erweitern würde.

siehe oben B. I. 2. a).

### **III. Aufenthaltsverbote und -gebote**

Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 a) und b) PAG ist nichtig, da die Vorschrift gegen das Grundrecht auf Freizügigkeit aus Art. 109 Abs. 1 S. 1 BV verstößt.

#### **1. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG**

Auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG kann die Polizei zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut einer Person verbieten, ohne polizeiliche Erlaubnis sich an bestimmte Orte oder in ein bestimmtes Gebiet zu begeben oder ihren Wohn- oder Aufenthaltsort oder ein bestimmtes Gebiet zu verlassen, sofern die Begehung von Straftaten droht. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG verleiht also die Befugnis für die Anordnung von Aufenthaltsverboten und Aufenthaltsgeboten schon bei Vorliegen einer drohenden Gefahr. Die Maßnahmen können nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 potentiell für unbegrenzte Zeit angeordnet werden (Verlängerungsmöglichkeit für jeweils 3 Monate).

#### **2. Verletzung von Art. 109 Abs. 1 S. 1 BV**

Art. 109 Abs. 1 S. 1 BV umfasst in Ergänzung zu Art. 102 BV das Recht aller Bewohner Bayerns, sich an jedem Ort in Bayern aufhalten zu dürfen, diesen nicht verlassen zu müssen, aber auch ihn jederzeit verlassen zu dürfen.

Holzner, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 109, Rn. 9 und 12.

Die Erteilung sowohl eines Aufenthaltsverbots als auch eines Aufenthaltsgebots auf Grundlage des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG greift in den Schutzbereich dieses Grundrechts ein, da sich die Betroffenen eines polizeilichen Aufenthaltsverbots, welches das Betreten – wenn auch begrenzter Orte – verbietet, nicht ungehindert im gesamten Freistaat aufhalten können.

Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 109, Rn. 15.

Ebenso wirkt die Verhängung eines Aufenthaltsgebots, das dem Betroffenen verbietet, ein bestimmtes Gebiet zu verlassen und ihn so vom Aufenthalt in allen übrigen Gebieten abhält.

Dieser Eingriff ist nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Soweit für die Anordnung des Aufenthaltsverbots oder -gebots nach Art. 16 Abs. 2 PAG bereits eine drohende Gefahr genügt, ist schon kein ausreichend bestimmter verfassungsrechtlich geforderter Rechtfertigungsgrund gegeben. Darüber hinaus ist die Regelung unverhältnismäßig.

#### **a) Kein ausreichend bestimmter Rechtfertigungsgrund**

Art. 109 Abs. 1 S. 1 BV enthält keine eigenen Vorbehaltsregelungen, die eine Einschränkung der Freizügigkeit vorsehen. Zur Rechtfertigung einer Einschränkung sind die in Art. 11 Abs. 2 GG normierten Schranken auf Art. 109 Abs. 1 S. 1 BV zu übertragen.

Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 109, Rn. 17a; Holzner, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 109, Rn. 8.

In Art. 11 Abs. 2 Var. 5 GG ist der sogenannte Kriminalvorbehalt normiert. Ein Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung des Grundrechts auf Freizügigkeit ist demnach, strafbaren Handlungen vorzubeugen. Der Normtext des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG stellt selbst einen Bezug zu diesem Vorbehalt her, indem die Formulierung „wenn die Begehung von Straftaten droht“ aufgenommen wurde.

Durch die Herabsetzung der Eingriffsschwelle für freizügigkeitsbeschränkende Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG auf das Vorliegen einer (nur) drohenden Gefahr, werden die Vorgaben des Kriminalvorbehalts nicht erfüllt. Die Vorschrift kann sich insoweit schon nicht auf den verfassungsrechtlich geforderten Rechtfertigungsgrund stützen.

Der Kriminalvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 Var. 5 GG wird anerkanntermaßen aus rechtsstaatlichen Gründen eng ausgelegt. Erforderlich ist gerade eine konkrete Gefahr; es muss im konkreten Fall eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bezüglich der Begehung einer Straftat bestehen.

Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 11, Rn. 17.

Das Vorliegen einer lediglich „drohenden“ Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 PAG, wie sie für Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG ausreichend ist, erfüllt diese Anforderung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit gerade nicht.

Siehe oben B. I. 2. a)

Dies wird auch durch einen Vergleich zu § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB deutlich, der ein Aufenthaltsgebot ähnlich zu dem des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 b) PAG vorsieht. Diese richterliche Weisung kann nur gegenüber einem verurteilten Straftäter erfolgen, von dem die Gefahr ausgeht, dass er weitere Straftaten begehen wird. Im Unterschied zu Aufenthaltsgeboten zur Abwehr einer „drohenden Gefahr“ müssen der Weisung fundierte Erkenntnisse über den Betroffenen zugrunde liegen, sodass hier eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Begehung einer Straftat erreicht wird. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG gewährleistet dies dagegen nicht.

### **b) Unverhältnismäßigkeit**

Daneben hält sich Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG nicht im Rahmen der Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Insbesondere wenn der Aufenthalt an Orten verboten wird, die ansonsten regelmäßig zu beruflichen Zwecken oder Freizeitaktivitäten frequentiert werden, ist der Einschnitt in das Privatleben der Betroffenen erheblich.

Die Anordnung eines Aufenthaltsver- bzw. -gebots ist gemäß Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG bereits auf Grundlage der drohenden Gefahr möglich, welche im Vorfeld der konkreten Gefahr liegt. Die Verlagerung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in das Gefahrenvorfeld ist jedoch nur dann zulässig, wenn die Intensität der Aufklärungsmaßnahmen zur Bedeutung des geschützten Rechtsguts und dem Grad der potenziellen Gefahr in einem angemessenen Verhältnis steht. Das Verhältnismäßigkeitsgebot verlangt, dass nur solche Maßnahmen ergriffen werden, die angesichts der Beurteilungs- und Prognoseunsicherheit geeignet, erforderlich und angemessen sind. Dies trifft allenfalls auf Gefahrerforschungsmaßnahmen zu.

BVerfGE 141, 220 (272).

Die Anordnung einer Maßnahme nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG geht jedoch darüber hinaus. Sie unterbricht den Kausalverlauf und führt für den Betroffenen für die Zeit des Bestehens der Maßnahme einen endgültigen Grundrechtseingriff mit sich. Auch eine Abmilderung des Grundrechtseingriffs ist praktisch nur in wenigen Fällen denkbar, denn eine unverzügliche Aufhebung der Maßnahme bei Widerlegung des Verdachts setzt voraus, dass der Verdacht überhaupt widerlegbar ist. Wenn aber die Maßnahme aufgrund einer drohenden Gefahr ange-

ordnet wurde, welche wiederum auf höchst ungewisser Tatsachenbasis beruht, ist schwer vorstellbar, welche Tatsachen den Ursprungsverdacht der Behörde, dass es sich bei dem Betroffenen um einen „Gefährder“ handelt, widerlegen sollen.

Darüber hinaus berechtigt die Norm zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen, da sie lediglich von einer „Person“ spricht und nicht zwischen potentiellen Straftätern und deren Opfern unterscheidet.

Hierzu Durner, in: Maunz/Dürig, 81. Aufl. 2017, GG, Art. 11, Rn. 152.

Dieser Wortlaut lässt die Auslegung zu, dass die Norm eine speziellere Regelung nach Maßgabe des Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 PAG darstellt. Dann wiederum ist denkbar, dass anstatt des „Gefährders“ das potentielle Opfer zum Adressaten einer Maßnahme nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG wird. Die Inanspruchnahme einer Person, die sich im Einklang mit der Rechtsordnung befindet und auch im polizeirechtlichen Sinne nicht stört, ist jedoch nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 10 PAG möglich und muss immer *ultima ratio* sein.

Becker/Heckmann/Kempen/Manssen: Öffentliches Recht in Bayern, 7. Aufl. 2017, S. 297 Rn. 195.

Art. 16 Abs. 2 PAG genügt diesen Voraussetzungen nicht, vielmehr würde es die Vorschrift beispielsweise erlauben, gegenüber dem Opfer eines Stalkers ein Aufenthaltsgebot oder -verbot zu verhängen, um es vor Gefährdung zu schützen, insbesondere da eine solche Anordnung oftmals leichter vollstreckbar sein sollte als eine entsprechende Anordnung an den Störer. Die Freizügigkeit der Opfer potentieller Straftäter einzuschränken ist jedoch wegen der deutlich höheren Eingriffsintensität erst recht mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar.

Hierzu BVerfGE 120, 378 (402).

Dieses Ergebnis vermögen auch die in der Gesetzesbegründung vorgebrachten Beschränkungen

Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 4.4.2017, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/16299, S. 11.

nicht zu korrigieren.

Die Begrifflichkeit „bestimmt“ ist tautologisch und nicht als beschränkend anzusehen. Die Begrenzung auf „bestimmte“ Orte (Nr. 2 a)) bzw. ein „bestimmtes“ Gebiet (Nr. 2 a), b)) ist ungeeignet, die Verhängung eines Aufenthaltsver- bzw. -gebots tatsächlich zu beschränken, da derartige Maßnahmen generell und denklogisch nur für bestimmte Orte/Gebiete verhängt werden können. Aufenthaltsverbote für unbestimmte Orte oder Aufenthaltsgebote in einem unbestimmten Gebiet ergeben keinen Sinn.

Auch die zeitliche „Beschränkung“ kann nicht als angemessene Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesehen werden. Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG ordnet zwar an, dass die Maßnahmen nur für die Dauer von drei Monaten verhängt werden können. Gleichzeitig ist jedoch eine Verlängerung dieses Zeitraums um jeweils drei Monate „bei Fortbestehen der Anordnungsvoraussetzungen“

Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 4.4.2017, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/16299, S. 11.

möglich. Letztlich bedeutet dies nichts anderes als eine unbegrenzt fortführbare Verlängerung eines Aufenthaltsver- bzw. gebots, die durch die herabgesetzte Anforderung einer lediglich „drohenden Gefahr“ noch verschärft wird.

Zuletzt wird in der Gesetzesbegründung auch auf den Vorbehalt der polizeilichen (Ausnahme-) Erlaubnis im Einzelfall hingewiesen, der Betroffenen die Wahrnehmung berechtigter Interessen, beispielsweise einen Arztbesuch, ermöglicht. Diese Regelung stellt zwar für sich genommen eine Milderung der Eingriffsschwere dar, kann jedoch in der Gesamtschau der hier angeführten Gründe an der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen nichts ändern.

#### **IV. Präventivgewahrsam**

Der Grundrechtseingriff durch Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG in Verbindung mit Art. 20 Nr. 3 PAG verletzt die Freiheit der Person (Art. 102 Abs. 1 BV). Zwar verfolgen die Maßnahmen einen legitimen Zweck, namentlich den Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit anderer Personen. Jedoch können Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 in Verbindung mit Art. 20 Nr. 3 PAG Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht nicht rechtfertigen, da sie unbestimmt und unverhältnismäßig sind.

##### **1. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG**

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG i.V.m. Art. 20 Nr. 3 PAG ermöglichen die potentiell unbegrenzte Freiheitsentziehung zur Abwehr einer Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 PAG genanntes bedeutendes Rechtsgut (Nr. 3), zur Durchsetzung eines Platzverweises, einer Aufenthaltsanordnung oder eines Kontaktverbotes nach Art. 16 PAG (Nr. 4), sowie im Falle der Nichtbefolgung einer Anordnung im Rahmen einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach Art. 32a PAG (Nr. 5). Die Anordnung der Ingewahrsamnahme darf für nicht mehr als drei Monate erfolgen und kann jeweils, d.h. immer wieder und ohne Obergrenze, um drei Monate durch richterliche Entscheidung verlängert werden.

##### **2. Verletzung von Art. 102 BV**

Die körperliche Freiheit gehört zu den elementaren Bedingungen einer physischen menschlichen Existenz. Sie nimmt einen hohen Rang ein und schützt vor widerrechtlicher Freiheitsentziehung.

VerfGHE 23, 23 (27); VerfGHE 34, 162 (172); VerfGHE 41, 151 (158).

Die Verletzung dieses Grundrechts ist endgültig und irreparabel und kann nur durch gewichtige Gründe des Gemeinwohls, welche das Freiheitsrecht des Einzelnen überwiegen, gerechtfertigt werden.

BVerfGE 22, 180 (219); BVerfGE 35, 185 (190); BVerfGE 53, 152 (158); BVerfGE 58, 208 (224); BVerfGE 70, 297 (307).

In der deutschen Rechtsordnung dient die Freiheitsentziehung primär der repressiven Sanktionierung von begangenen Unrecht – die präventive Freiheitsentziehung bleibt eine Ausnahme. Diese Wertungen und Abwägungen muss der Gesetzgeber bei freiheitsbeschränkenden Regelungen achten. Eine Freiheitsentziehung muss sich deshalb in besonderem Maß am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren und ist nur unter Beachtung der Verfahrensgarantien des Art. 102 Abs. 2 BV zulässig.

VerfGHE 34, 162 (172); VerfGHE 41, 151 (159).

Je länger ein präventiv-polizeilicher Gewahrsam dauert, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Freiheitsrechts und desto höhere Anforderungen sind an die Unerlässlichkeit der Freiheitsentziehung zu stellen. Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Fortdauer des Gewahrsams müssen besonders sorgfältig geprüft werden.

VerfGH, NVwZ 1991, 664 (670); BVerfGE 53, 152 (158 f.) BVerfGE 70, 297 (316).

#### **a) Bestimmtheitsgrundsatz**

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht. Je intensiver eine Regelung in Grundrechte eingreift, desto bestimmter muss sie sein bzw. desto klarer müssen die Auslegungs- und Anwendungsgrundlagen sein.

VerfGHE 49, 160 (164); VerfGHE 50, 129 (136); VerfGHE 56, 28 (45); VerfGHE 59, 29 (35).

Die Möglichkeit der potentiell unbegrenzten Inhaftierung gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG stellt einen gravierenden Eingriff dar; der Anwendungsbereich der Eingriffsbefugnis ist jedoch unklar, insbesondere angesichts der bereits bestehenden Befugnis zur Ingewahrsamnahme gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG. Diese sieht eine Ingewahrsamnahme vor, wenn sie unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat zu verhindern. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG umfasst nun zusätzlich diejenigen Fälle, in denen eine Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut i.S.d. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder 5 besteht, die zwar konkret, jedoch nicht unmittelbar ist. Was darunter zu verstehen ist, bleibt unbestimmt.

Nach der bisher geltenden Regelung war der Gewahrsam auf zwei Wochen begrenzt. Dies korrespondierte mit dem Kriterium der Unmittelbarkeit. Bei einer sehr großzügigen Auslegung können bestimmte Bedrohungsszenarien, die sich auf einen Zeitpunkt in zwei Wochen beziehen, gerade noch als „unmittelbar“ angesehen werden. Die Höchstdauer der Haftzeit markierte damit auch die absolute Obergrenze bei der Auslegung der „Unmittelbarkeit“. Durch den Wegfall der maximalen Haftdauer macht der Gesetzgeber nun deutlich, dass Bedrohungsszenarien im Rahmen einer konkreten Gefahr gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG in größerer zeitlicher Ferne, bzw. in unbestimmter zeitlicher Ferne, liegen können.

Es ist bereits schwer vorstellbar, wann ein Präventivgewahrsam aufgrund einer konkreten, aber nicht unmittelbaren Gefahr erforderlich wäre. Je weiter ein drohender Schadenseintritt in der Zukunft liegt, desto schwieriger gestaltet sich die Prognoseentscheidung. Denn der Kausalverlauf könnte aus verschiedenen Gründen unterbrochen werden, z.B. aufgrund eines freiwilligen Ablassens von der geplanten Straftat oder aufgrund einer Änderung objektiver Umstände. Die erforderliche Gefahrenprognose ist für einen unbestimmten Zeitraum unmöglich.

Im ursprünglichen Gesetzentwurf sollte Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG bereits auf Grundlage einer drohenden Gefahr Anwendung finden. Aufgrund des sonst leergehenden Anwendungsbereichs der Norm liegt die Befürchtung nahe, dass hier, obwohl der Gesetzgeber von diesem Entwurf Abstand genommen hat, dennoch eine Gefährderhaftung statuiert wird, also eine Ermächtigung der Ingewahrsamnahme schon im Gefahrenvorfeld: Die Gefahr wird – mangels Prognostizierbarkeit des nicht unmittelbaren Geschehensablaufs – gewissermaßen dadurch konkret, dass sie von einem „gefährlichen Individuum“ ausgeht, welches in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein genanntes Schutzgut beeinträchtigen wird. Es ließe sich auch von einer personifizierten Gefahr sprechen, die aufgrund bestimmter Verhaltensformen angenommen wird. Es ist jedoch grundrechtlich höchst problematisch, wenn eine Person durch eine solche Sichtweise gleichermaßen zu einer Dauergefahr wird, wenn also allein durch ihre subjektive Disposition auf das Vorliegen einer zur Ingewahrsamnahme berechtigenden konkreten Gefahr geschlossen würde. Eine solche personifizierte Gefährdungslage führt zu einem sehr elastischen Zeitprofil: Sie knüpft nicht an ein vorhersehbares Tatgeschehen auf einer faktischen Grundlage an, vielmehr wird die dauerhafte und gefestigte „gefährliche“ Haltung einer Person zum Ausgangspunkt der Gefahr. Der Rückgriff auf die Person des Betroffenen erschwert auch die Prognose, wann bzw. dass keine Gefahr mehr vorliegt, die zur Beendigung der Ingewahrsamnahme

erforderlich wäre. Aufgrund der subjektiven Natur der Gefährlichkeit verbleibt eine große Unsicherheit, so dass insgesamt von einer Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes ausgegangen werden muss.

### **b) Unverhältnismäßigkeit**

Ein Dauereingriff in die körperliche Freiheit erfordert eine kontinuierliche Rechtfertigung und Überprüfung der Verhältnismäßigkeit. Dabei wird der Freiheitsanspruch, je länger die Freiheitsentziehung andauert, zunehmend gewichtiger, d.h. es erhöhen sich die Anforderungen an die Rechtfertigung der Freiheitsentziehung.

VerfGH, NVwZ 1991, 664 (670); BVerfGE 36, 264 (270).

Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Fortdauer des Gewahrsams müssen besonders sorgfältig geprüft werden.

BVerfGE 53, 152 (158 f.) (zur Untersuchungshaft) und BVerfGE 70, 297 (316) (zum Unterbringungsverfahren).

Das Bundesverfassungsgericht hat diesbezüglich in seiner zweiten Entscheidung zur Sicherungsverwahrung mit Blick auf das Gewicht des Freiheitsanspruchs ein an den Staat gerichtetes Gebot formuliert: In Fällen zukunftsöffener Verwahrung, die ausschließlich auf Prognosen der Gefährlichkeit basiert, seien positive Maßnahmen zur Verringerung der vom Verwahrten ausgehenden Gefahren und damit des Wegfallens des Grundes für die Verwahrung zu ergreifen. Ohne solche Maßnahmen ist eine präventive Freiheitsentziehung grundsätzlich unverhältnismäßig.

BVerfGE 128, 326 (377).

Für den Präventivgewahrsam ist völlig unklar, woraus sich eine solche Verringerung der dauerhaften Gefährlichkeit einer Person ergeben könnte. Es ist schwer vorstellbar, dass der Gewahrsam als solcher eine gefahrlichkeitsverringende Wirkung entfaltet. Jedenfalls erscheint es naheliegend, dass eine Person, die einmal als gefährlich eingestuft wurde, in Ermangelung neuer Erkenntnisse inhaftiert bleibt. Durch die fehlende zeitliche Begrenzung der Haft droht

die Inhaftierung immer länger zu werden, ohne dass Inhaftierte die Möglichkeit haben, ihre verringerte oder fehlende Gefährlichkeit glaubhaft unter Beweis zu stellen. Unter Umständen ist es sogar vorstellbar, dass sich Betroffene durch die staatliche Behandlung in ihren Absichten bestärkt sehen und so ihre Gefährlichkeit sogar gesteigert würde.

### **(1) Unbegrenzte Haftdauer**

Die unbegrenzte Haftdauer der Präventivhaft ist mit Art. 102 BV nicht vereinbar. Eine zeitlich unbegrenzte Präventivhaft ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung nur unter der Voraussetzung einer Anlasstat und einer Gefährlichkeitsprognose möglich.

BVerfGE 109, 190 (220).

An dieser Anlasstat fehlt es im Fall der in Art. 17 PAG vorgesehenen Präventivhaft. Grundsätzlich ist, so das Bundesverfassungsgericht, die Verwahrung dauerhaft gefährlicher Personen geeignet den Schutz der Allgemeinheit zu verstärken.

BVerfGE 109, 190 (240).

So verhält es sich auch bei der polizeirechtlichen Präventivhaft, deren Sinn und Zweck gerade darin liegt, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Es besteht somit eine strukturelle Ähnlichkeit zur Sicherungsverwahrung. Die Präventivhaftanordnung beruht ebenfalls auf einer Gefahrenprognose. Zusätzlich verfolgen beide Regelungen präventive Zwecke. Auch darüber hinaus wohnt beiden Regelungen ein temporäreres Element inne, das auf eine Dauerhaftigkeit der Freiheitsentziehung angelegt ist. Daher ist hier zunächst von einer Vergleichbarkeit auszugehen. Allerdings stößt das Institut an die Grenzen der Verhältnismäßigkeit, sobald eine Anlasstat fehlt.

Eine Erstreckung auf nicht strafrechtlich verurteilte Personen ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht vertretbar. Denn es ist – abgesehen von Zwangsmaßnahmen der Quarantäne nach dem Infektionsschutzgesetz und von der landesgesetzlich geregelten Unterbringung psychisch Kranker – gerade und ausschließlich das schwerwiegende und dem Betroffenen zurechenbare Indiz der Anlasstaten, welches den Staat berechtigt, die Gefährlichkeit

seiner Bürger zu überprüfen und auf das Ergebnis dieser Überprüfung eine langfristige schuldunabhängige Freiheitsentziehung zu gründen. Unterhalb dieser Schwelle kann der Staat auf konkrete Gefahrensituationen lediglich mit den situationsbezogenen Instrumenten des Polizeirechts reagieren, zu denen auch der kurzfristige Polizeigewahrsam, dessen Dauer bisher auf 14 Tage begrenzt war, gehört. Dagegen ist eine längerfristige Verwahrung einer psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Person zum Zweck der Abwehr einer von ihr ausgehenden Gefahr mit der Bayerischen Verfassung nicht vereinbar. Die Anlassstat ist einerseits in den Straftäterunterbringungsgesetzen die unabdingbare äußere Voraussetzung der Unterbringung; andererseits prägt sie den Charakter dieser Gesetze aber auch inhaltlich wesentlich: die Straftat ist Legitimationsgrund des Institutes. Damit kommt der Anlassstat eine „limitierende Funktion“ zu.

BVerfGE 109, 190 (220).

Die Voraussetzungen der Anlassstat fehlen aber im Rahmen des Art. 20 Nr. 3 PAG i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 PAG. Die Präventivhaft wird gerade nicht aufgrund einer abgeurteilten Straftat angeordnet, sondern beruht lediglich auf einer Gefahreinschätzung einer noch nicht begangenen Tat.

Gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG i.V.m. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG ist eine Präventivhaft schon möglich, wenn für eine Eigentumsposition eine Gefahr besteht, die im besonderen öffentlichen Interesse liegt. Eine strafrechtliche Sanktion einer solchen Tat, die als Sachbeschädigung gem. § 303 StGB zu qualifizieren ist, kann mit bis zu zwei Jahren Freiheitsentziehung bestraft werden. Es ist ein deutlicher Wertungswiderspruch, dass im Rahmen der Präventivhaft keine Höchstdauer bestimmt wird. Die Dauer der Präventivhaft kann nicht über die strafrechtliche Sanktion hinausgehen, was hier möglich ist.

## **(2) Ausgestaltung der Haft**

Weiterhin begründet die fehlende rechtliche Ausgestaltung der Haft einen Verstoß gegen Art. 102 Abs. 1 BV. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müssten Art und Umfang der Haft rechtlich geregelt sein.

Die Tatsache, dass keinerlei rechtliche Anforderungen an eine längerfristige Freiheitsentziehung gestellt werden, also insbesondere weder „Wiedereingliederung“ noch Art der Unterbringung geregelt werden, stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Freiheitsrecht dar. Denn Maßnahmen, wie etwa Arbeits- und Therapieangebote, sind bei einer längerfristigen Freiheitsentziehung zwingend verfassungsrechtlich geboten.

VerfGHE 63, 133 (139).

Es wäre also Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, die Ausgestaltung einer längerfristigen Freiheitsentziehung gesetzlich zu regeln. Dies ist nicht geschehen. Nach der jetzigen Regelung bleibt unklar, wie und in welchem Umfang eine langfristige Freiheitsentziehung durch die Exekutive ausgestaltet werden wird.

Aus dem Umstand, dass bei Straf- sowie Untersuchungshaft eine gesetzliche Ausgestaltung der Haftbedingungen verfassungsrechtlich geboten ist, folgt, dass dies erst recht im Rahmen einer präventiven Freiheitsentziehung der Fall ist. Der Umstand, dass keinerlei strafrechtliche Verurteilung stattgefunden hat und ein Schuldvorwurf nicht besteht, hat auch auf die Art und Weise des Vollzugs der Freiheitsentziehung im Rahmen eines Präventivgewahrsams Auswirkungen. Grundsätzlich gilt, dass bei langanhaltender Unterbringung sich eine Prüfungspflicht dahingehend ergibt, ob den Betroffenen durch Privilegien im Vollzug eine gewisse Lebensqualität erhalten werden kann.

BVerfGE 117, 71 Rn. 115.

Darüber hinaus müssen weitere Belastungen für verwahrte Personen möglichst vermieden werden.

BVerfGE 128, 326; BVerfGE 131, 268 (291).

Es müssen ferner Maßnahmen vorgesehen werden, die sicherstellen, dass die Betroffenen eine reelle Chance zur Wiedererlangung der Freiheit haben.

BVerfGE 45, 187 (229); BVerfGE 109, 133 (151); BVerfGE 117, 71.

Bei der Untersuchungshaft nach § 112a StPO und der Sicherungsverwahrung, die mit der Präventivhaft bezüglich des Unterbringungs Zwecks vergleichbar sind, werden die Haftbedingungen und Umstände in eigenen Gesetzen ausgestaltet (vgl. Art. 1 ff. BayUVollzG und Art. 1 ff. BaySvVollzG). Zur Präventivhaft lassen sich dagegen keine vergleichbaren Vorschriften finden. Die momentane Ausgestaltung der Ingewahrsamnahme durch Verweisung im PAG auf das FamFG (vgl. Art. 18 Abs. 3 S. 3 PAG) enthält keine Regelungen nach den oben genannten Maßgaben und überlässt die Ausgestaltung vollständig der Verwaltung.

### **(3) Fehlende Differenzierung zu Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 und 2 PAG**

Die fehlende Differenzierung in Art. 20 Nr. 3 PAG zwischen den verschiedenen Eingriffsbefugnissen des Art. 17 PAG verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Bestimmtheitsgebot.

Der einheitlichen Gestaltung der Dauer des Präventivgewahrsams für die unterschiedlichen, in Art. 17 PAG geregelten Eingriffsbefugnisse, ist die Wertung zu entnehmen, dass deren Schutzzwecke gleich zu gewichten seien.

Da der Gesetzgeber in Art. 17 Abs. 1 PAG entsprechend dem Bestimmtheitsgrundsatz die Ermächtigung für den polizeilichen Gewahrsam in fünf Tatbestandsvarianten ausdifferenziert hat, hätte er wegen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Regelung der zulässigen Dauer des Gewahrsams ebenfalls differenzieren, also an die einzelnen Eingriffsermächtigungen angepasste Höchstfristen vorsehen müssen. Die Normenwender müssen der Entscheidung des Gesetzgebers für eine pauschale Höchstfrist in Bezug auf alle Tatbestandsvarianten die verbindliche Wertung entnehmen, es handele sich im Hinblick auf die zu schützenden Gemeinwohlinteressen um Eingriffsbefugnisse mit jeweils gleichem Gewicht und damit durchweg um Sachverhalte, bei denen sich im einzelnen Anwendungsfall ein Gewahrsam von mehr als 14 Tagen als erforderlich und angemessen erweisen könnte. Dabei hat jedoch der Gesetzgeber außer Acht gelassen, dass sich die Tatbestände sowohl in ihren Voraussetzungen als auch nach ihrem Schutzzweck grundlegend unterscheiden. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit gebieten deshalb, bei der Bestimmung des gesetzlichen Rahmens für die jeweils zulässige Höchstdauer des Gewahrsams zu differenzieren.

Dies folgt allein schon aus der in Art. 16 Abs. 1 PAG verwendeten Terminologie. Während ein Platzverweis nur „vorübergehend“ erteilt werden darf, kann der Präventivgewahrsam

gem. Art. 20 Nr. 3 S. 3 in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG für bis zu drei Monate angeordnet werden. Zwar mag Uneinigkeit darüber bestehen, welcher Zeitraum von „vorübergehend“ erfasst ist. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch klar formuliert, dass ein Präventivgewahrsam zur Durchsetzung eines Platzverweises seiner Natur nach nur „ganz kurzfristig“ sein kann.

BVerfG, Beschl. v. 3.2.1999 – 2 BvR 1081/97, Rn. 9.

Die Gegensätzlichkeit von „ganz kurzfristig“ und bis zu drei Monaten könnte kaum größer sein. Art. 20 Nr. 3 PAG hätte also differenzieren und für diese Variante eine kürzere Dauer vorsehen müssen. Die Gesetzesbegründung stellt zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall auf den Richtervorbehalt ab. Der Richtervorbehalt befreit jedoch nicht den Gesetzgeber von der Pflicht zur der Wahrung seines Einschätzungs-, Wertungs- und Beurteilungsspielraums, z.B. durch Vorgabe eines die Verhältnismäßigkeit wahren zeitlichen Rahmens.

#### **(4) Unbegrenzter Präventivgewahrsam zur Abwehr einer drohenden Gefahr**

Die Möglichkeit, eine Person zur Abwehr einer „drohenden Gefahr“ im Sinne des Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG für eine unbegrenzte Zeit die Freiheit zu entziehen, ist unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Dies hat der Bayerische Gesetzgeber selbst erkannt, weswegen die Abwehr einer drohenden Gefahr als direkte Ermächtigungsgrundlage gem. Art. 17 PAG wieder aus dem Gesetzentwurf gestrichen wurde.

Allerdings ergibt sich die Möglichkeit eines unbegrenzten Präventivgewahrsams aus der in Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 i.V.m. Art. 16 Abs. 2 bzw. Art. 32a PAG eingebauten Verknüpfung zwischen der drohenden Gefahr und der Rechtsfolge des Präventivgewahrsams. Art. 16 Abs. 2 wie auch Art. 32a PAG beinhalten die Abwehr einer „drohenden Gefahr“ (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG) als Ermächtigungsgrundlage für polizeiliche Maßnahmen. All diese können unbegrenzt oft für drei Monate angeordnet werden (Art. 16 Abs. 2 S. 2 bzw. Art. 32a Abs. 3 S. 4 PAG). Zur Durchsetzung solcher Maßnahmen (Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG) bzw. zur Sanktionierung der Nichtbefolgung dieser (Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG) kann die Polizei eine Person in Präventivgewahrsam nehmen. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, dass eine Person, gegen die eine Maßnahme gem. Art. 16 oder Art. 32a PAG erlassen wurde, zur Abwehr einer „drohenden Gefahr“ unbegrenzt lange in Präventivgewahrsam genommen werden kann.

Unter Berücksichtigung des betroffenen Grundrechts und der niedrigen Schwelle, welche der Bayerische Gesetzgeber für einen Eingriff in dieses setzt, drängt sich ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geradezu auf. Denn auf der einen Seite steht das Freiheitsgrundrecht, welches die körperliche Freiheit als elementare Bedingung einer physischen menschlichen Existenz, schützt. Auf der anderen Seite steht die Abwehr einer „drohenden Gefahr“ als Rechtfertigung eines möglicherweise unbegrenzt andauernden Eingriffs in das Freiheitsrecht. Mit der Einführung des Gefahrenbegriffs der „drohenden Gefahr“ (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG) verlagert sich die Schwelle der Wahrscheinlichkeit einer Gefahr noch vor die der konkreten Gefahr. Der Begriff der konkreten Gefahr umfasst jedoch bereits das Element der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“. Daraus folgt, dass die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die „drohende Gefahr“ noch unterhalb der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ anzusiedeln ist. Solch geringe Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit kommen einer reinen Vermutung gefährlich nahe. Aufgrund einer solch vagen Gefahrenprognose ist ein Eingriff in das überragend wichtige Grundrecht auf Freiheit nicht angemessen. Dadurch entsteht ein eklatantes Ungleichgewicht zwischen individuellem Freiheitsrecht und der öffentlichen Sicherheit. Der endgültige und irreparable Eingriff in das Freiheitsrecht steht in keinem Verhältnis zu einer Rechtfertigung, die auf einem wie oben beschrieben aufgeweichten Gefahrenbegriff beruht.

### **3. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 BV**

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG in Verbindung mit Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 3 Abs. 1 BV. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs ist ein Verstoß gegen die EMRK im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 BV unter dem Gesichtspunkt eines offensichtlichen Verstoßes gegen einfaches Bundesrecht zu prüfen.

VerfGHE 43, 107.

#### **a) Europa- und Völkerrechtsfreundlichkeit der BV als Auslegungsmaßstab**

Dabei hat der Verfassungsgerichtshof zu beachten, dass die Einbindung der Bayerischen Verfassung in inter- und supranationale Zusammenhänge von der Verfassung vorausgesetzt und erwartet wird. Dies ergibt sich aus der Europarechtsfreundlichkeit der Bayerischen Verfassung gem. Art. 3a BV und ihrer Völkerrechtsfreundlichkeit gem. Art. 84 BV. Gem. Art. 84 BV gelten die allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts als Bestandteil des einheimischen Rechts. Ähnlich wie in Art. 25 GG bekennt sich Bayern damit dezidiert zur Völkerrechtsfreundlichkeit.

In Art. 3a BV bekennt sich Bayern seit 1998 zu einem geeinten Europa, welches rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet ist. Damit öffnet sich die Bayerische Verfassung auch verfassungsrechtlich in Richtung Europa. Dabei ist der Europa-Begriff des Art. 3a BV nicht auf die EU zu beschränken. Vielmehr verfolgt auch der Europarat und die von diesem ausgearbeitete EMRK die Perspektive eines rechtsstaatlichen Europas. Die EMRK bewirkt zudem eine Vereinheitlichung des europäischen Rechtsraums mit Blick auf Mindestgewährleistungen von Menschenrechten und Rechtsstaatlichkeit. Die Beteiligung an der rechtstaatlich abgesicherten Integration Europas ist gem. Art. 3a BV daher Verfassungsauftrag. Wenn sich Bayern zu einem solchen geeinten Europa bekennt, ist es geboten die Grundrechte der EMRK innerhalb der Bayerischen Verfassung zu gewährleisten.

Durch die besondere Beachtung der EMRK bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte der BV trägt der Verfassungsgerichtshof zur Verwirklichung der Verfassungsziele des Art. 3a und 84 BV bei.

#### **b) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 5 EMRK**

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG in Verbindung mit Art. 20 Nr. 3 S. 3 PAG verletzen Art. 3 Abs. 1 BV, da sie einen offensichtlichen Verstoß gegen Art. 5 EMRK darstellen.

Ein Eingriff in das Recht der persönlichen Freiheit ist gem. Art. 5 EMRK nur zulässig, wenn erstens die für alle Arten von Freiheitsentziehungen geltend gemachten allgemeinen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 EMRK gegeben sind und zweitens einer der Haftgründe der Art. 5 Abs. 1 a) bis f) vorliegt. Die nach der EMRK zulässigen Eingriffe in die persönliche Freiheit sind im Katalog des Art. 5 Abs. 1 a) bis f) abschließend geregelt; eine Freiheitsentziehung kann nur rechtmäßig sein, wenn sie von einem dieser Gründe erfasst wird.

EGMR, Saadi ./.. Vereinigtes Königreich, No. 13229/03, 29. 1. 2008, Rn. 43; EGMR, Austin u. a ./.. Vereinigtes Königreich, No. 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.3.2012, Rn. 60.

Nach Artikel 5 Abs. 1 c) EMRK darf die Freiheitsentziehung einer Person erfolgen „zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat [...] zu hindern“. Darauf kann eine

Präventivhaft i.S.v. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG nicht gestützt werden: Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR muss eine Freiheitsentziehung, mit der eine Person an der Begehung einer Straftat gehindert werden soll, zusätzlich „zum Zweck der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde“ erfolgen. Diese Vorschrift sei in Zusammenschau mit Art. 5 Abs. 3 EMRK zu lesen, wonach die betroffene Person „Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist“ hat, wobei es sich bei letzterem eben nicht um die richterliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Präventivgewahrsams handelt. Diese sei Gegenstand von Art. 5 Abs. 4 EMRK. Daher ist die Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 c) laut EGMR ausschließlich in Verbindung mit einem Strafverfahren zulässig.

EGMR, Ostendorf ./ Deutschland, No. 15598/08, 7.3.2013, Rn. 67 f., 82, 85.

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG sieht keine derartige Untersuchungshaft vor, die unter diese Bestimmung fällt, sondern soll eindeutig auch und gerade Sachverhalte erfassen, bei denen nach deutschem Recht noch keine Straftat begangen worden ist.

Nach Art. 5 Abs. 1 b) EMRK sind Freiheitsentziehungen zulässig, um eine Person dazu zu zwingen, eine ihr obliegende spezifische und konkrete Verpflichtung zu erfüllen, der sie bisher noch nicht nachgekommen ist.

EGMR, Ostendorf ./ Deutschland, No. 15598/08, 7.3.2013, Rn. 69 ff., 178; EGMR, Engel u. a. ./ Niederlande, No. 5100/71 u.a., 23. 11. 1976, Rn. 69; EGMR, Guzzardi ./ Italien, No. 7367/76, 6.11.1980, Rn. 101; EGMR, A. D. ./ Türkei, No. 29986/96, 22.12.2005, Rn. 20, 22; und EGMR, Lolova-Karadzhova ./ Bulgarien, No. 17835/07, 27.3.2012, Rn. 29, 27.

Eine weite Auslegung von Art. 5 Abs. 1 b) EMRK würde zu Ergebnissen führen, die mit dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit, unter dem die gesamte Konvention steht, unvereinbar sind. Die allgemeine Verpflichtung, in unmittelbarer Zukunft keine Straftat zu begehen, kann demnach nicht als hinreichend konkret und spezifisch angesehen werden, um unter Art. 5 Abs. 1 b) zu fallen, zumindest nicht, solange keine Anordnung spezifischer Maßnahmen erging und dieser nicht Folge geleistet wurde.

EGMR, Ostendorf ./ Deutschland, No. 15598/08, 7.3.2013, Rn. 70.

Die Verpflichtung, friedlich zu bleiben und eine Straftat nicht zu begehen, kann nur dann „als spezifisch und konkret“ im Sinne dieser Konventionsbestimmung angesehen werden, wenn Ort und Zeitpunkt der bevorstehenden Begehung der Straftat sowie ihr potenzielles Opfer/ihre potenziellen Opfer hinreichend konkretisiert wurden.

EGMR, Ostendorf ./ Deutschland, No. 15598/08, 7.3.2013, Rn. 93.

Zusätzlich muss der Beschwerdeführer im Vorfeld seiner Ingewahrsamnahme die Erfüllung seiner Verpflichtung, eine spezifische und konkrete Straftat nicht zu begehen, versäumt haben. Um unter solchen Umständen den Schutz des Einzelnen vor willkürlicher Freiheitsentziehung gemäß dem Zweck von Art. 5 EMRK zu gewährleisten, muss der Betroffene – bevor der Schluss gezogen wird, dass er seine in Rede stehende Verpflichtung nicht erfüllt – auf die konkrete Handlung, die er zu unterlassen hatte, hingewiesen worden sein.

EGMR, Ostendorf ./ Deutschland, No. 15598/08, 7.3.2013, Rn. 94.

Sollte der Betroffene daraufhin seine Pflicht erfüllen und die Tat unterlassen, besteht kein Raum mehr für eine Freiheitsentziehung.

Die vom EGMR formulierten Anforderungen sind nicht mit Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG in Einklang zu bringen. Dem Erfordernis der hinreichenden Konkretisierung der zukünftigen Tat nach Ort, Zeit und möglichen Opfern entspricht, dass die Ingewahrsamnahme erforderlich sein muss, um eine unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung von einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit erheblicher Bedeutung zu verhindern.

Ferner haben Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PAG auch einen strafähnlichen Charakter. Zur Bestimmung, ob eine Norm strafähnlichen Charakter hat, hat der EGMR die sog. Engel-Kriterien entwickelt.

EGMR, Engel u. a. ./ Niederlande, No. 5100/71 u.a., 23. 11. 1976, Rn. 80 ff.; EGMR, Adolf ./ Österreich, No. 8269/78, 26.3.1982, Rn. 30.

In einem ersten Schritt, ist zu beurteilen, wie die Normen nach nationalem Recht eingeordnet werden. Bei den Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG handelt es sich zwar um eine präventivrechtliche Vorschrift des öffentlichen Sicherheits- und Polizeirechts. Um jedoch die Reichweite des Schutzbereiches nicht zur Disposition des nationalen Gesetzgebers zu stellen, legt der EGMR für den Strafrechtsbegriff eine autonome Begriffsbildung zugrunde.

Deshalb ist in einem zweiten Schritt auf die Natur des Vergehens einzugehen („nature of the offence“). Die Natur eines Vergehens bestimmt sich nach dem Inhalt der fraglichen Regelung und nach der in ihr zum Ausdruck gebrachten Art des Vergehens. Für die Einstufung eines strafenden Charakters muss die fragliche Regelung und die in ihr angedrohte Sanktion sowohl abschreckenden (präventiven) wie auch unrechtausgleichenden (repressiven) Charakter haben.

EGMR, Lutz ./ Deutschland, No. 9912/82, 25.8.1987, Rn. 54; Grabenwarter, in: Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 19.

Entscheidend ist dabei, wer der Adressatenkreis der entsprechenden Regelung ist: Richtet sich die Regelung an die Allgemeinheit, spricht auch dies für einen strafrechtlichen Charakter.

EGMR, Öztürk ./ Deutschland, No. 8544/79, 21.2.1984, Rn. 50, 53 f.; EGMR, Lutz ./ Deutschland, No. 9912/82, 25.8.1987, Rn. 52 ff.

Art. 17 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 PAG richten sich an einen unbegrenzten Personenkreis, so dass sie als Normen mit strafrechtlichem Charakter im Sinne der EGMR-Rechtsprechung einzuordnen sind.

Das dritte Kriterium, das eng an das zweite Kriterium anknüpft, knüpft an die Rechtsfolge der Norm an. Denn in der Bewertung haben auch Art und Schwere der zu erwartenden Strafe und die drohenden negativen Konsequenzen Berücksichtigung zu finden. Freiheitsstrafen begründen deshalb regelmäßig einen strafrechtlichen Charakter.

EGMR, Lutz ./ Deutschland, No. 9912/82, 25.8.1987, Rn. 54.

Nach Art. 17 Abs. Nr. 3, 4 und 5 PAG in Verbindung mit Art. 20 Nr. 3 PAG sind Freiheitsentziehungen von erheblicher Dauer möglich. Gerade bei langen Freiheitsentziehungen spricht nach dem dritten Engel-Kriterium eine starke Vermutung dafür, dass die Maßnahme strafähnlich ist. Bei einer unbegrenzten Ingewahrsamnahme ist diese Vermutung nicht mehr zu widerlegen.

EGMR, A. u.a. ./ Vereinigtes Königreich, No. 3455/05, 19.2.2009, Rn. 171.

Deutlich wird dies auch bei einer Nichtbefolgung einer Anordnung einer Maßnahme nach Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG. Diese kann gleichermaßen sanktioniert werden wie die Nichtbefolgung einer Norm des StGB, das heißt mit Freiheitsentziehung. Aus der Formulierung des Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG ist nicht ersichtlich, dass es sich bei der Freiheitsentziehung um eine Ersatzvornahme handeln soll. Anders als in Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 PAG wird diese gerade nicht angeordnet, um eine Maßnahme (hier Art. 16 PAG) „durchzusetzen“, sondern „wenn einer Anordnung nicht Folge geleistet wird“. Die Ingewahrsamnahme stellt damit in der Wirkung eine Sanktionsandrohung bei Nichtbefolgung einer Maßnahme nach Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG dar und müsste systematisch im Ordnungsrecht oder Strafrecht verortet werden.

## **V. Anlasslose Identitätsfeststellungen in Asylbewerberunterkünften**

Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG verstößt gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 101 i.V.m. 100 BV.

### **1. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG**

Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG ermächtigt die Polizei zu verdachtsunabhängigen Kontrollen an Orten, die „als Unterkunft oder dem sonstigen, auch vorübergehenden Aufenthalt von Asylbewerbern und unerlaubt Aufhältigen“ dienen. Die Norm qualifiziert bestimmte Unterkünfte, insbesondere Asylbewerberunterkünfte, als gefährliche Orte. An diesen Orten darf die Polizei verdachtsunabhängige Identitätsfeststellungen vornehmen, ohne dass der Zweck dieser Kontrollen in der Eingriffsnorm spezifiziert wird. Damit geht diese Eingriffsbefugnis wesentlich über die Befugnis zur Identitätsfeststellung gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG, welche ebenfalls zu verdachtsunabhängigen Kontrollen ermächtigt, hinaus. Letztere grenzt nicht nur die Orte ein, an welchen Identitätsfeststellungen stattfinden dürfen, sondern fordert auch, dass Identitätsfeststellungen zu einem bestimmten Zweck erfolgen müssen, nämlich zur Unterbindung des illegalen Grenzübertritts, des unerlaubten Aufenthalts oder der Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität.

### **2. Verletzung von Art. 101 i.V.m. 100 BV**

Die Identitätsfeststellung und die zu diesem Zweck erforderlichen Maßnahmen, zu denen Art. 13 Abs. 2 PAG ermächtigt, greifen in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein. Das durch Art. 100 i.V.m. Art. 101 BV gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst das Recht jedes Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen. Es schützt vor unbegrenzter Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Daten.

VerfGHE 42, 135 (141); VerfGHE 56, 28 (43).

Die durch die Anordnung einer Identitätsfeststellung begründete Pflicht zur Preisgabe persönlicher Daten greift in dieses Recht ein.

Die Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, zu denen die Befugnis zur ereignis- und verdachtsunabhängigen Identitätsfeststellung in Asylbewerberunterkünften in Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG ermächtigt, sind ungerechtfertigt, weil unverhältnismäßig.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass „eine Grundrechtsbeschränkung von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt wird, aber auch das gewählte Mittel zur Erreichung des Zwecks geeignet und erforderlich ist und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist“.

VerfGHE 42, 135 (141).

### **a) Ungeeignetheit**

Zur Rechtfertigung von Identitätsfeststellungen auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG kann nicht jeder Gemeinwohlzweck herangezogen werden, vielmehr muss die Identitätsfeststellung die Gefahrenabwehr bezwecken, denn nur bei Bestehen einer Gefahr ist der Aufgabenbereich der Polizei gem. Art. 2 Abs. 1 PAG eröffnet.

Die Gefahren, welche durch Eingriffe auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG abgewehrt werden sollen, werden in der Norm jedoch nicht spezifiziert und lassen sich auch nicht ohne weiteres durch Auslegung ermitteln. Damit ist schon die Geeignetheit der Norm fraglich, da eine Feststellung der Geeignetheit nur dadurch erfolgen kann, dass die Norm zu den durch sie adressierten Gefahren in Bezug gesetzt wird. Während Eingriffsbefugnisse im PAG regelmäßig an das Vorliegen einer konkreten (oder konkretisierten) Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung geknüpft sind, liegt die Besonderheit des Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG darin, dass er von der Voraussetzung des Vorliegens einer konkreten Gefahr absieht. Die Norm erlaubt also Grundrechtseingriffe zur Abwehr rein abstrakter Gefahren ohne jedoch zu spezifizieren, welche abstrakten Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abgewehrt werden sollen. Damit unterscheidet sich die Norm von der Befugnis zur Identitätsfeststellung im Rahmen der Schleierfahndung (Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG), welche die Zwecke der Schleierfahndung und damit die Gefahr, zu deren Abwehr sie eingesetzt wird, spezifiziert. Sie unterscheidet sich auch von den anderen Befugnissen zur Identitätsfeststellung an gefährlichen Orten, welche Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 PAG neben der Befugnis zur Identitätsfeststellung in Asylbewerberunterkünften enthält. Insbesondere bei der Befugnis zur Identitätsfeststellung an einem Ort, von dem auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dort Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben (Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 a) aa PAG), geht aus dem Wortlaut klar hervor, welchen Gefahren der Gesetzgeber mit dieser Befugnis begegnen möchte.

Die Rechtsprechung fordert hierzu, dass die besondere örtliche Gefährdungssituation von „gefährlichen Orten“ gerichtlich voll überprüfbar sein muss. Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die die Gefährdungssituation belegen. Nicht ausreichend sind bloße Vermutungen.

VGH München BeckRS 2014, 59432 Rn. 18; Senftl, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 7. Ed. 2018, PAG Art. 13 Rn. 10 f.

Im Gegensatz dazu lässt sich Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG allein der Gemeinwohlzweck der Abwehr abstrakter Gefahren für die öffentliche Sicherheit entnehmen, ohne dass aus dem Normtext ersichtlich ist, worin diese abstrakten Gefahren gründen.

Eine Vielzahl potentieller abstrakter Gefahren, die auf Grundlage der Befugnis in Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG abgewehrt werden sollen, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung. So benennt die Gesetzesbegründung als Zwecke die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität einschließlich des Schleuserwesens, die Bekämpfung des unerlaubten Aufenthalts und des etwaigen Leistungsbetrugs. Zudem sollen Straftaten zwischen den in den Unterkünften aufhältigen Personen verhindert und gegen solche Unterkünfte gerichtete Straftaten bekämpft werden. Zuletzt soll die lückenlose Erfassung und die erkennungsdienstliche Behandlung der Einreisenden sichergestellt werden, da dies aufgrund des „Massenansturms“ nicht sichergestellt sei.

Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Bayerisches Integrationsgesetz vom 10.5.2016, Bayerischer Landtags, Drucksache 17/11362, S. 24.

Ob eine Identitätsfeststellung geeignet ist, die grenzüberschreitende Kriminalität und das Schleuserwesen zu bekämpfen, ist fraglich. Sie ist jedenfalls nicht geeignet, Geflüchtete vor Straftaten Dritter zu schützen, da die Unterkünfte selbst, nach ihrem Hausrecht, in der Regel nur mit speziellen Ausweisen betreten werden dürfen.

### **b) Mangelnde Erforderlichkeit**

Die Befugnis zur verdachtsunabhängigen Identitätsfeststellung in Asylbewerberunterkünften ist überdies nicht erforderlich. Auch hier wird schon die Prüfung der Erforderlichkeit durch die fehlende gesetzliche Spezifizierung der Zwecke, zu denen Identitätsfeststellungen durchgeführt werden sollen, erschwert.

Zum Zweck der Bekämpfung von Straftaten – insbesondere des Leistungsbetrugs – den die Gesetzesbegründung nennt, sind Identitätskontrollen nicht erforderlich. Solche Straftaten können durch eine verbesserte Kommunikation verschiedener Behörden verhindert werden. Die in der Gesetzesbegründung genannten Straftaten beruhen darauf, dass viele Geflüchtete nicht einheitlich registriert worden sind und es zu Mehrfachregistrierungen und Fehlregistrierungen kam. Durch eine Verbesserung des Zusammenwirkens der staatlichen Systeme ist dem weitgehend entgegengetreten worden. Das Gesetz zur Verbesserung der Registrierung und des Datenaustausches zu aufenthalts- und asylrechtlichen Zwecken (Datenaustauschverbesserungsgesetz) ist am 4. Februar 2016 in Kraft getreten. Aufgrund der geänderten Rechtslage ist eine Identitätskontrolle zum Zweck der Bekämpfung von Leistungsbetrug heute nicht mehr erforderlich.

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Zahl von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern nur kurzzeitig stark angestiegen war und inzwischen wieder zurückgegangen ist. Der Argumentation, diese nicht an der Grenze (oder in Grenznähe), etwa auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG, überprüfen zu können, dürfte damit schon die tatsächliche Grundlage entzogen sein.

### **c) Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Die Befugnis des Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG ist schließlich auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Grundrechtsbeeinträchtigung durch Identitätsfeststellung überwiegt das mit dieser Norm verfolgte Interesse an der Gefahrenabwehr. Auch hier ist zunächst auf die Schwierigkeit hinzuweisen, zu ermitteln, welche abstrakte Gefahr abgewehrt werden soll und die daraus folgenden Abwägungsschwierigkeiten. Angesichts der Vagheit der abzuwehrenden Gefahren überwiegt die Grundrechtsbetroffenheit der potentiellen Adressaten der auf Grundlage der Norm ergriffenen polizeilichen Maßnahmen das Interesse der Allgemeinheit an der Abwehr abstrakter Gefahren.

Wie auch bei Maßnahmen der Schleierfahndung ist auch hier für die Gewichtung der Grundrechtsbetroffenheit im Rahmen der Abwägung maßgeblich, unter welchen Voraussetzungen welche und wie viele Personen wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind.

VerfGHE 59, 29 (35).

Kriterien für das Ausmaß der Grundrechtsbetroffenheit sind die Gestaltung der Eingriffsschwellen, die Zahl der Betroffenen und die Intensität der Beeinträchtigungen.

VerfGHE 59, 29 (35); mit Bezug auf VerfGHE 56, 28 (49); vgl. BVerfGE 100, 313 (375 f.).

Die große Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung ergibt sich erstens aus der sehr niedrigen Eingriffsschwelle, zweitens der großen Zahl der potentiell Betroffenen und drittens der Tatsache, dass sich die Bewohner von Asylbewerberunterkünften den Maßnahmen nur schwer entziehen können, da sie am Ort ihrer Wohnung durchgeführt werden.

Wie schon ausgeführt, ermächtigt die gerügte Norm zu Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung allein zur Abwehr (im Gesetz nicht näher spezifizierter) abstrakter Gefahren. Die Maßnahmeadressaten müssen weder Störer sein, noch muss sonst eine konkrete Gefahr vorliegen, damit die Polizei zur Identitätsfeststellung befugt ist. Auch fordert Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG nicht wie Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 a) PAG, dass tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es sich bei den betreffenden Asylbewerberunterkünften um Orte, an denen typischerweise Straftaten verabredet, vorbereitet oder verübt werden, handelt. Überdies ist die Identitätsfeststellung auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG – anders als die Identitätsfeststellung gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG – nicht zweckgebunden, d.h. die Polizei muss die Maßnahme nicht zur Verfolgung eines spezifizierten Zweckes, also z.B. der Unterbindung des unerlaubten Aufenthalts, ergreifen.

Zudem sind die verdachtsunabhängigen Identitätsfeststellungen, zu denen Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG ermächtigt, durch eine große Streubreite gekennzeichnet; es fallen zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich der Befugnisnorm, die in keinem Bezug zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben. Bis August 2017 hat die Bayerische Polizei bereits 62 Kontrollen in Asylbewerberunterkünften durchgeführt und rund 4.800 Personen kontrolliert.

Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, Herrmann: Mehr Sicherheit in Asylbewerberunterkünften, 10.02.2017, abrufbar unter: <https://www.stmi.bayern.de/med/pressemitteilungen/pressearchiv/2017/39/index.php> (zuletzt abgerufen am 26.4.2018); Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau

und Verkehr, 7-Punkte-Programm zur Bekämpfung von Sexualstraftaten, 20.09.2017, abrufbar unter: <http://www.bayern.de/7-punkte-programm-zur-bekaempfung-von-sexualstraftaten/> (zuletzt abgerufen am 26.4.2018).

Die Erfahrungen der Vergangenheit zeigen auch, dass nicht nur gelegentliche Identitätskontrollen vorgenommen werden, sondern dass Kontrollen regelmäßig stattfinden.

Antwort auf die Anfragen zum Plenum anlässlich der Plenarwoche in der 50. KW 2017, Anfrage zum Plenum des Abgeordneten Martin Stümpfig (Grüne), Bayerischer Landtag, Drucksache 17/19646, S. 15 ff.

Asylbewerberunterkünfte dienen Asylbewerbern als Wohnung. Aufgrund der Qualifikation als gefährliche Orte sind Asylbewerber fortan am Ort ihrer Wohnung potentiell Eingriffen in ihre informationelle Selbstbestimmung auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG ausgesetzt. Sie können sich diesen Eingriffen nicht dadurch entziehen, dass sie diesen „gefährlichen Ort“ meiden. Nach § 47 AsylG, § 53 Abs. 1 AsylG, Art. 4 Abs. 1 S. 1 AufnG-Bay sind Asylbewerberinnen und Asylbewerber sogar verpflichtet, an diesen Orten ihren Wohnsitz zu nehmen. Auch dadurch erhöht sich die Eingriffsintensität im Vergleich zu Identitätsfeststellung an den anderen durch Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 PAG als gefährlich qualifizierten Orten.

Die Kontrollbefugnis nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG weist also eine ausgesprochen hohe Eingriffsintensität auf, insbesondere wenn über die Identitätsfeststellung hinaus ein Festhalten der betreffenden Person (Art. 13 Abs. 2 S. 3 PAG), eine Durchsuchung mitgeführter Sachen (Art. 13 Abs. 2 S. 4 PAG) oder eine erkennungsdienstliche Maßnahme (Art. 14 Abs. 1 PAG) erfolgen. Das Interesse an der Gefahrenabwehr, welches mit Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG verfolgt wird, überwiegt nicht die starke Grundrechtsbeeinträchtigung der potentiell durch die Norm in Anspruch genommenen Personen. Dieses Abwägungsergebnis folgt insbesondere aus der mangelnden Spezifikation, woraus sich die Gefährlichkeit der in der Norm genannten Orte ergibt.

Schließlich ist auch generell die Erfolgsrate verdachtsunabhängiger Kontrollen sehr gering. Dies ist in Bezug auf die bundespolizeiliche Schleierfahndung statistisch belegt. 2012 hat die Bundespolizei insgesamt 3 769 718 anlassunabhängige Befragungen, Identitätsfeststellungen

und Durchsuchungen von Sachen nach dem BPolG durchgeführt. Hierbei wurden 109 324 Verstöße festgestellt. Das entspricht einer Erfolgsquote von 2,9 %. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass 97,1 % der anlassunabhängigen Kontrollen keine weiteren Befunde ergeben haben.

Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Heidrun Dittrich, Annette Groth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 17/14569, S. 7 f., Frage Nummer 15.

Die in den Jahren 2013 bis 2015 durchgeführten Maßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG im Inland (Züge und Bahnhöfe) und auf Flughäfen führten, wie das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (in seiner Entscheidung zum Racial Profiling) ausführte, nur zu einer „Erfolgsquote von (gerundet) lediglich 0,3 % (2013), 1,1 % (2014) und 4,4 % (2015) [...], die sich nochmals auf unter 1 ‰ (2013 und 2014) verringert, wenn man die Kontrollen an Flughäfen außer Acht lässt (vgl. dazu BT-Drucks. 18/4149, S. 4 ff. [zu 2013 und 2014] und BT-Drucks. 18/8037, S. 5 f. [zu 2015])“.

OVG Rheinland-Pfalz NJW 2016, 2820 (2830).

### **3. Verletzung von Art. 118 BV**

Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG verstößt weiterhin gegen Art. 118 BV.

Art. 118 BV enthält einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, der sowohl ein vergleichspaarbezogenes Willkürverbot beinhaltet als auch ein allgemeines Willkürverbot. Im Rahmen des vergleichspaarbezogenen Willkürverbots besteht das Verbot „gleiche Sachverhalte in willkürlicher Weise ungleich und ungleiche Sachverhalte in willkürlicher Weise gleich zu behandeln“.

VerfGHE 59, 219 (228).

In Bezug auf das allgemeine Willkürverbot hat der Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass ein Verstoß gegen dieses insbesondere dann einen Verfassungsverstoß begründen kann, wenn Normen ein solches Maß an Sachwidrigkeit aufweisen, dass ihnen die Geltung abgesprochen werden müsse.

VerfGHE 38, 198 (204); VerfGHE 59, 219 (228).

Die Rechtfertigungslast einer Ungleichbehandlung ist umso höher, wenn die Ungleichbehandlung an personenbezogene Merkmale anknüpft. Dabei ist die Ungleichbehandlung umso größer je stärker sich das personenbezogene Merkmal einem unzulässigen Differenzierungsmerkmal aus Art. 3 Abs. 3 GG annähert.

VerfGHE 62, 79 (108).

Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG diskriminieren Personen, die sich typischerweise in Asylbewerberunterkünften aufhalten, im Vergleich zu anderen Personen. Typischerweise halten sich in Asylbewerberunterkünften Personen auf, die aufgrund ihres Aufenthaltsstatus gemäß § 47 AsylG, § 53 Abs. 1 AsylG, Art. 4 Abs. 1 S. 1 AufnaG-Bay in einer Asylbewerberunterkunft Aufenthalt nehmen müssen. Kriterium für die Ungleichbehandlung ist damit der Aufenthaltsstatus. Den betroffenen Personen steht es nicht frei, Wohnsitz an einem anderen Ort zu nehmen, der nicht anlasslos durch die Polizei kontrolliert werden kann.

#### **a) Ungeeignetheit**

Die Ungleichbehandlung kann nicht gerechtfertigt werden, denn sie genügt nicht dem an die Rechtfertigung von personenbezogenen Merkmalen anzulegenden besonders strengen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie erweist sich in Bezug auf bestimmte vom Gesetzgeber beabsichtigte Zwecke schon als nicht geeignet, um die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen.

Die vom Gesetzgeber intendierte Verhinderung und Aufklärung von Straftaten Dritter an Asylbewerberunterkünften

Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Bayerisches Integrationsgesetz v. 10.5.2016, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/11362, S. 24.

kann nicht erreicht werden. Straftaten Dritter, die gegen die Unterkünfte gerichtet sind, zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie von außen begangen werden. Straftaten von Asylbewerbern, die in Asylbewerberunterkünften begangen werden, können durch Personenkontrollen in den Unterkünften nicht verhindert werden.

Des Weiteren müsste ein Nachweis erfolgen, dass in Unterkünften vermehrt Straftaten begangen werden. Für die bisher in extensivem Maße durchgeführten Personenkontrollen bestehen bisher gerade keine verlässlichen Erfolgsquoten, die eine vermehrte Begehung von Straftaten in den Unterkünften belegen könnten. Bis August 2017 hat die Bayerische Polizei bereits 62 Kontrollen in Asylunterkünften durchgeführt und rund 4.800 Personen kontrolliert.

Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, 7-Punkte-Programm zur Bekämpfung von Sexualstraftaten, 20.09.2017, abrufbar unter: <http://www.bayern.de/7-punkte-programm-zur-bekaempfung-von-sexualstraftaten/> (zuletzt abgerufen am 26.4.2018).

Im Rahmen der Polizeikontrolle in der Asylbewerberunterkunft „Alter Praktiker“ am 9. Februar in Zirndorf wurden 222 Personen auf ihre Identität überprüft. Hierbei sollen mehrere Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz, drei Eigentumsdelikte sowie vier Verstöße gegen das Asylbewerberleistungsgesetz festgestellt worden sein. Weiterhin seien mehrere Personen angetroffen worden, die zur Aufenthaltsermittlung ausgeschrieben waren.

Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, Herrmann: Mehr Sicherheit in Asylbewerberunterkünften, 10.02.2017, abrufbar unter: <https://www.stmi.bayern.de/med/pressemitteilungen/pressearchiv/2017/39/index.php> (zuletzt abgerufen am 26.4.2018)

Ungeachtet der geringen Aussagekraft bisher vorliegender Berichte über polizeiliche Einsätze in Asylbewerberunterkünften deutet sich jedoch an, dass die Erfolgsquoten im Mittel im niedrigen einstelligen Prozentbereich liegen. Eine Erfolgsquote, inwieweit Gefahren schon an ihrer Entstehung gehindert werden konnten, lässt sich seriös nicht beziffern. Im Ergebnis bedeutet dies, dass deutlich über 90 % der anlassunabhängigen Kontrollen keine weiteren Befunde ergeben.

#### **b) Mangelnde Erforderlichkeit**

Für weitere gesetzliche Ziele ist die Maßnahme nicht erforderlich. Insbesondere sind Personenkontrollen zur Aufdeckung des Leistungsbetrugs von Asylbewerbern nicht erforderlich, da zu diesem Zweck dem Staat mildere Mittel wie die bessere Vernetzung zwischen den staatlichen Behörden zur Verfügung stehen.

#### **4. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 BV**

Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG verstößt auch gegen Art. 3 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK. Dieser Verstoß ist aufgrund der Rechtsprechung des EGMR offensichtlich.

Das Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK ergänzt die Garantien der menschenrechtlichen Konvention und ihrer Zusatzprotokolle und ist in Verbindung mit den in der Konvention garantierten Rechten und Freiheiten anzuwenden. Für eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aus der EMRK ist ausreichend, dass der Sachverhalt in den Regelungsbereich eines Konventionsrechts fällt.

EGMR, Okpisz ./ Deutschland, No. 59140/00, 25.10.2005, Rn. 30 ff.

Die Identitätskontrollen fallen in den Regelungsbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmungen aus Art. 8 EMRK.

Art. 14 EMRK sieht als unzulässiges Differenzierungskriterium auch den sonstigen Status an, der auch der Aufenthaltsstatus sein kann. In der Rechtssache *Bah gegen Vereinigtes Königreich* kam der EGMR zu dem Ergebnis, dass auch der Aufenthaltsstatus als „sonstiger Status“ im Sinne der Norm anzusehen ist, obwohl es sich nicht um ein persönliches Merkmal handele, sondern ein rechtlicher Status entscheidend sei. Insbesondere sei der Flüchtlingsstatus als sonstiger Status anzuerkennen, da diesem ein freiwilliges Element fehle.

EGMR, Bah ./ Vereinigten Königreich, No. 56328/07, 27.9.2011, Rn. 46.

Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG knüpft alleine daran an, dass sich die betroffene Person in einer Asylbewerberunterkunft aufhält. Obwohl die polizeiliche Befugnisnorm nicht an der Staatsangehörigkeit, Rasse oder dem Aufenthaltsstatus direkt anknüpft, wirkt die Vorschrift mittelbar diskriminierend, da von den Personenkontrollen nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG typischerweise Personen mit einem besonderen Status – einer Aufenthaltsgestattung gem. § 63 AsylG oder einer Duldung gem. § 60a AufenthG – betroffen sind.

Der EGMR nimmt eine Diskriminierung an, wenn Personen in vergleichbaren Situationen einer Ungleichbehandlung unterzogen werden, ohne dass es hierfür eine sachgerechte und vernünftige Rechtfertigung gäbe.

Die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote schützen nicht nur vor Gesetzesbestimmungen, die schon nach ihrem Gesetzeswortlaut Ungleichbehandlungen vorsehen. Sie kommen auch dann zum Tragen, wenn Gesetzesbestimmungen nicht unmittelbar ersichtlich, sondern indirekt zu Diskriminierungen führen.

EGMR, D. H. und andere ./ Tschechien, No. 57325/, 13.11.2007, Rn. 184.

Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn ein Gesetz einen sachlichen Anknüpfungspunkt verwendet, der in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, deren Ungleichbehandlung nach Art. 14 EMRK verboten ist. Dies ist bei Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG der Fall. Die genannten Einrichtungen werden typischerweise fast ausschließlich von Personen frequentiert, die einen Status als Asylbewerber und Asylbewerberin haben. Dabei handelt es sich um Personen, die gemäß § 47 AsylG, § 53 Abs. 1 AsylG, Art. 4 Abs. 1 S. 1 AufnG-Bay gerade aufgrund ihres Aufenthaltsstatus verpflichtet sind, an diesen Orten ihren Wohnsitz zu nehmen.

Die Personenkontrollen nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG knüpfen zwar nicht direkt an den Aufenthaltsstatus an, treffen aber dennoch sowohl gezielt als auch statistisch überproportional häufig Menschen, die sich als Asylbewerber oder Asylbewerberinnen in Deutschland aufhalten.

Sonstige Ausländer und Ausländerinnen, die sich nicht in diesen Unterkünften aufhalten müssen, werden von der Maßnahme nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG im Allgemeinen nicht betroffen.

Für diese Diskriminierung bestehen keine sachlich rechtfertigenden Gründe, da die Personen mit dem entsprechenden Aufenthaltsstatus weit überwiegend an der Gefahrverursachung unbeteiligte Personen sind. Für die Annahme einer Diskriminierung reicht nach der Rechtsprechung des EGMR ein prima facie-Beweis aus, der durch aussagefähige Statistiken geführt werden kann.

EGMR, D. H. und andere/Tschechien, No. 57325/, 13.11.2007, Rn. 180.

Die Personenkontrollen betrafen überwiegend Personen mit einem Aufenthaltsstatus, die in Asylbewerberunterkünften Aufenthalt nehmen mussten.

## **VI. Betreten von Asylbewerberunterkünften**

Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG verstößt gegen Art. 106 Abs. 3 BV.

### **1. Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG**

Nach Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG dürfen Wohnungen zur Abwehr dringender Gefahren jederzeit betreten werden, wenn sie als Unterkunft oder dem sonstigen, auch vorübergehenden Aufenthalt von Asylbewerbern und unerlaubt Aufhältigen dienen.

Die Norm nennt erneut die Orte, welche bereits unter Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG genannt und als gefährliche Orte qualifiziert wurden und ermächtigt die Polizei diese zur Abwehr dringender Gefahren zu betreten.

### **2. Verletzung von Art. 106 Abs. 3 BV**

Art. 106 Abs. 3 BV bezeichnet die Wohnung als unverletzlich. Jegliche hoheitliche Beeinträchtigung der Integrität der Wohnung stellt einen Eingriff dar und bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Asylbewerberunterkünfte sind Wohnungen im verfassungsrechtlichen Sinne.

AG Kerpen, Beschl. v. 22.1.2004, 68 XIV 3/04; VG Saarlouis Beschl. v. 27.1.2017, 3 L 18/17.

Der Begriff der Wohnung gem. Art. 106 Abs. 3 BV ist weit auszulegen. Der bayerische Gesetzgeber übernimmt diesen weiten Wohnungsbegriff und definiert in Art. 23 Abs. 1 S. 2 PAG Wohnungen als Wohn- und Nebenräume, Arbeits-, Betriebs-, und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum. Vom persönlichen Schutzbereich werden die Bewohner der Unterkunft geschützt und nicht allein die das Hausrecht ausübenden Personen.

Nachbaur in: Möstl/Trurnit, BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg. 9. Ed. 15.11.2017, § 31 PolG, Rn. 19.1.; Gornig in: Klein/Mangoldt/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 13, Rn. 30.

Art. 106 Abs. 3 BV schützt jedermann, also jede natürliche Person unabhängig von der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz, dem Aufenthaltstitel oder der Herkunft.

Lindner in: Lindner/Möstl/Wolf, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 106 Rn. 17.

Eingriffe und Beschränkungen in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung sind am Maßstab des Art. 13 Abs. 7 GG zu messen. Danach dürfen aufgrund eines Gesetzes Eingriffe und Beschränkungen nur zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorgenommen werden.

VerfGHE 16, 128 (135 f.); VerfGHE 59, 23 (26).

Eine dringende Gefahr liegt bei einer Sachlage oder einem Verhalten vor, welches bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wichtiges Rechtsgut schädigen wird.

BVerwG NJW 1975, 130.

Ein Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung darf nur zur Abwehr einer Gefahr für ein hochrangiges Rechtsgut erfolgen. Außerdem muss berücksichtigt werden, dass die Intensität des Eingriffs aufgrund des weiten Wohnungsbegriffs sehr unterschiedlich sein kann. Im Rahmen der Abwägung muss daher bei Wohnungen im engeren Sinne ein strengerer Maßstab an die Tatbestandsmerkmale und die Verhältnismäßigkeit angelegt werden.

BVerfG NJW 1971, 2299 (2300); Zölls, Die polizeiliche Betretungsbefugnis von Asylbewerberunterkünften nach Art. 23 III Nr. 3 Bayerisches Polizeiaufgabengesetz (PAG), ZAR 2018, 56 (61).

Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Nach dieser Norm soll allein die Tatsache, dass es sich um Unterkünfte für Asylbewerber handelt, das Vorliegen einer dringenden Gefahr indizieren. Der Gesetzgeber erläutert in seiner Gesetzesbegründung, dass Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG als Annex zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG eingefügt werden muss. Er begründet dies damit, dass die Identitätsfeststellung nur durch die erweiterten Befugnisse des Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG effektiv durchgesetzt werden könne.

Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Bayerisches Integrationsgesetz v. 10.5.2016,  
Bayerischer Landtags, Drucksache 17/11362, S. 24.

Für ein solch weites Normverständnis spricht zudem, dass die Norm anderweitig keinen anderen Anwendungsbereich hätte.

Die Befugnis zum Betreten von Wohnungen zur Abwehr von Gefahren hat die Polizei bereits aufgrund anderer Normen. Art. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PAG regelt die Befugnis zum Betreten von Wohnungen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert soweit dies erforderlich ist. Art. 23 Abs. 3 Nr. 1 a)-c) PAG räumt der Polizei zusätzlich die Befugnis ein, Wohnungen zur Abwehr dringender Gefahren zu betreten, bei denen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dort Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben, sich Personen ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis treffen oder sich Straftäter verbergen. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG unterhalb der in diesen Normen statuierten Eingriffsschwellen zur Anwendung kommt.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll allein die Gefährlichkeit des Ortes eine Betretungsbefugnis begründen, denn nur so können die Zwecke, welche der Gesetzgeber mit Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG verfolgen möchte, effektiv realisiert werden. Denn mit Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG sollen auch abstrakte Gefahren abgewehrt werden können, die sich noch nicht zu einer konkreten Gefahr und schon gar nicht zu einer konkreten Gefahr für bedeutende Rechtsgüter verdichtet haben.

Auch die bisherige Praxis legt den Schluss nahe, dass die Norm durch die Polizei regelmäßig in verfassungswidriger Weise angewandt (werden) wird. Diese durch die Norm begründete verfassungswidrige Praxis führt dazu, dass die Norm selbst als verfassungswidrig zu qualifizieren ist.

So hat das Polizeipräsidium Oberbayern Nord auf Grundlage des Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG Betretungen von Asylbewerberunterkünften durchgeführt, die nicht der Abwehr dringender Gefahren dienten. Laut Mitteilung des Polizeipräsidiums Oberbayern Nord wurden im Transitzentrum Manching/ Ingolstadt Begehungen nach Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG durchgeführt. Die Begehungen dienten zum einen der Sicherheit der Bewohner (Einhaltung der Hausordnung), zum

anderen aber dem Schutz der Bewohner vor Suchtgefahren. Zudem wurde Amtshilfe für das Ausländeramt bei der Suche nach Ausweisdokumenten geleistet.

Antwort auf die Anfragen zum Plenum anlässlich der Plenarwoche in der 50. KW 2017, Anfrage zum Plenum des Abgeordneten Martin Stümpfig (Grüne), Bayerischer Landtag, Drucksache 17/19646, S. 15 ff.

Die Hausordnung ist nicht Teil der objektiven Rechtsordnung. Ein Verstoß stellt für sich genommen keine dringende Gefahr dar. Ebenso stellt die Suchtgefahr allenfalls eine Selbstgefährdung, nicht aber eine dringende Gefahr dar. Gleiches gilt für das Verbergen von Ausweisdokumenten.

### **3. Verletzung von Art. 118 BV**

Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG verstößt zudem gegen Art. 118 BV. Es gelten die im Rahmen der Prüfung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG erörterten Gründe

Siehe oben B. V. 3.

### **4. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 BV**

Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG verstößt schließlich auch gegen Art. 3 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 14 und Art. 8 EMRK. Es gelten die im Rahmen der Prüfung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c) PAG erörterten Gründe.

Siehe oben B. V. 4.

## **VII. Elektronische Aufenthaltsüberwachung**

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung i.S.d. Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG verstößt gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 101 i.V.m. 100 BV, sowie gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 101 i.V.m. 100 BV und die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 101 BV.

### **1. Art. 32a PAG**

Im Rahmen der Novellierung des PAG wurde als Maßnahme zur Gefahrenabwehr eine sog. „elektronische Fußfessel“ in Art. 32a PAG eingeführt. Die Anordnung erfolgt zur Abwehr einer Gefahr oder einer „drohenden Gefahr“ für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 PAG genanntes bedeutendes Rechtsgut (das Rechtsgut der erheblichen Eigentumspositionen ist ausgenommen). Die elektronische Aufenthaltsüberwachung kann mit Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 PAG (Aufenthaltsge- und -verbote und Kontaktverbote) verbunden werden. Art. 32a Abs. 3 S. 1 PAG normiert einen Richtervorbehalt. Nach Art. 32a Abs. 3 S. 4 PAG greift bei Gefahr im Verzug ein Behördenleitervorbehalt mit nachträglicher richterlicher Bestätigung. Gem. Art. 32a Abs. 4 PAG darf außerdem das Erstellen eines Bewegungsbildes angeordnet werden (ebenfalls mit Richtervorbehalt Art. 32a Abs. 3 S. 3 PAG). Die Maßnahme kann für drei Monate angeordnet werden und sieht potentiell unbegrenzt jeweils dreimonatige Verlängerungsmöglichkeiten vor, Art. 32a Abs. 3 S. 4 PAG.

### **2. Verletzung von Art. 101 i.V.m. 100 BV**

Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG ist verfassungswidrig im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung aus Art. 101 i.V.m. 100 BV. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 101 i.V.m. 100 BV. Es gewährleistet jedem Einzelnen grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

VerfGHE 59, 29 (34).

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung i.S.v. Art. 32a PAG stellt einen Eingriff in den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung dar. Von der informationellen Selbstbestimmung sind alle Daten umfasst, die Rückschluss auf die Person des Einzelnen zulassen. Im Rahmen des Art. 32a PAG werden die Aufenthaltsdaten mittels einer „elektronischen Fußfessel“ aufgezeichnet. Diese lassen zweifellos Rückschluss auf den Maßnahmeadressaten zu. Die

Daten werden erhoben und gespeichert, Art. 32a Abs. 1 PAG. Sie können außerdem unter den Voraussetzungen des Art. 32a Abs. 5 S. 1 PAG weiter verwertet werden. Bereits die Erhebung stellt dabei schon einen Eingriff dar.

#### **a) Hohe Eingriffsintensität**

Der Eingriff ist besonders intensiv, da durch die „elektronische Fußfessel“ eine permanente Überwachung auf Schritt und Tritt ermöglicht wird. Zwar sollen soweit technisch möglich keine Daten in der Wohnung der Betroffenen erhoben und gespeichert werden, Art. 32a Abs. 2 S. 2 PAG. Hierfür wird in der Wohnung des Betroffenen eine Home-Unit aufgestellt, die die Aufzeichnung von Aufenthaltsdaten dort verhindert. Jedoch können die aufgezeichneten Daten immer noch genaueste Rückschlüsse auf das Privatleben zulassen, da die Aufenthaltsdaten sämtliche Aktivitäten des Trägers der „Fußfessel“ dokumentieren. Eingriffsintensivierend ist der Umstand, dass Aufenthaltsdaten rund um die Uhr beim Besuch von Gebäuden, die der Religionsausübung dienen, sowie beim Besuch von Freunden, Bekannten und Familie aufgezeichnet werden, auch beim Besuch bei Psychotherapeuten, Ärzten oder anderen Berufsheimnissträgern. Gerade wenn es um das Aufsuchen von Berufsheimnissträgern durch den Betroffenen geht, ist von einem besonders tiefen Eingriff in das Grundrecht auszugehen, da gerade hier die Vertraulichkeit der Situation essentiell für denjenigen ist, der die Dienste der Berufsheimnissträger in Anspruch nimmt. Nicht selten sind derartige Situationen mit Scham verbunden und mit der Angst, dass die Lage anderen bekannt wird und daraus ein soziales Stigma folgt. Von einem massiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist zudem auszugehen, wenn das Aufsuchen von politischen, weltanschaulichen oder religiösen Veranstaltungen oder Versammlungen aufgezeichnet wird.

Weiterhin wird der Eingriff maßgeblich durch die Möglichkeit verschärft, soweit dies nötig ist, ein Bewegungsbild zu erstellen, Art. 32a Abs. 2 S. 3 PAG. Bewegungsbilder lassen sehr genaue Rückschlüsse auf das Privatleben einer Person zu. Damit können nicht nur die oben genannten empfindlichen Standorte einzeln aufgezeichnet und gespeichert werden. Vielmehr lassen sich diese durch die Verbindung mit einem „wann“ und „wie oft“, das über einen längeren Zeitraum aufgezeichnet wird, zu einem detaillierten Bild des gesamten Privatlebens zusammensetzen. Durch eine solche Maßnahme kann bei dem Betroffenen die Grundrechtswahrnehmung erheblich verzerrt werden bis hin zu dem Gefühl zu einem „gläsernen Menschen zu werden“, der durch eine ständige staatliche Überwachung keinerlei privaten Rückzug mehr hat.

Bei Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts ist der Betroffene außerdem empfindlichen Sanktionen ausgesetzt, da eine Präventivhaft gem. Art. 32a Abs.1 S. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG verhängt werden kann.

### **b) Unverhältnismäßigkeit**

Dieser empfindliche Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen ist nicht gerechtfertigt und mithin verfassungswidrig, da er zur Erreichung der mit ihm bezweckten Erhöhung der Sicherheit und Einsparung von Personalkosten nicht geeignet ist und zudem die Eingriffsschwellen, die Art. 32a PAG aufstellt, unangemessen niedrig sind.

### **(1) Ungeeignetheit**

Die Maßnahme ist mangels Effektivität und Wirksamkeit zur Erreichung des geförderten Ziels ungeeignet.

Durch das Tragen einer elektronischen Fußfessel lässt sich zwar feststellen, wo sich der Gefährder aufhält, jedoch nicht, welche Aktivitäten er betreibt, so dass eine Geeignetheit zur Verhinderung von terroristischen Anschlägen nicht gegeben ist. Die Gesetzesbegründung verweist zwar darauf, dass die „aktuelle Terrorgefahr [...] gerade auch die Einführung einer – präventivpolizeilichen – (offenen) elektronischen Aufenthaltsüberwachung“

Gesetzentwurf der Staatsregierung zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 4.4.2017, Bayerischer Landtag, Drucksache 17/16299, S. 1.

erfordert. Die Auswertung einer empirischen Studie bezüglich der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht ergab jedoch, dass eine Aufenthaltsüberwachung die Begehung neuer Straftaten letztlich nicht verhindern konnte:

Bräuchle/Kinzig, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht, Kurzbericht über die wesentlichen Befunde einer bundesweiten Studie mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen, S. 16; Bräuchle, in: Kinzig/Kerner, Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, S. 164 f.

Die betroffene Person kann vielmehr die Überwachung sogar dazu nutzen, die Sicherheitsbehörden in die Irre zu führen: So ist es ohne weiteres denkbar, dass der Gefährder rechtsgutsverletzende Handlungen durchführt, ohne sich zu bewegen, etwa Anschlagpläne vom heimischen Schreibtisch ausarbeitet. Potentielle Anschlagpläne könnten mittels Fernkommunikation weitergegeben werden und von Dritten, nicht überwachten Personen durchgeführt werden. Zudem sind jederzeit spontane Handlungen möglich, bei denen jedes polizeiliche Eingreifen zu spät kommt. Die elektronische Fußfessel kann somit gerade dazu missbraucht werden, die Hilflosigkeit des Staates zu demonstrieren, wenn etwaige Ablenkungsmanöver erfolgreich durchgeführt wurden.

Zwar wird man die psychologische Wirkung der Maßnahme nicht gänzlich absprechen können, jedoch ist diese gerade im Hinblick auf den Zweck der Terrorismusabwehr und der bei diesen Tätern in hohem Maße vorhandenen kriminellen Energie und Ideologisierung nur minimal. Durch die elektronische Aufenthaltsüberwachung können lediglich Informationen mit Wissen des Betroffenen über dessen Standort erhoben werden. Ein Gefährder ist sich somit durchaus im Klaren, dass sein Aufenthaltsort den Behörden bekannt ist und wird demnach Orte, die mit Ermittlungen in Verbindung stehen, meiden. Wie auf diese Weise eine Bedrohungslage analysiert werden kann, ist nicht erkennbar. Als Instrument zur präventiven Aufklärung einer Bedrohungslage – also im Gefahrenvorfeld – ist die Maßnahme deshalb ungeeignet.

Ungeeignet erscheint die elektronische Fußfessel auch insoweit, als mit ihr der Zweck verfolgt wird, Personalkosten bei der Durchsetzung von Aufenthaltsge- und -verboten sowie Kontaktverboten einzusparen. Der Bund deutscher Kriminalbeamten hat aufgrund von Erfahrungswerten bezüglich einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht erhebliche Zweifel, ob es zu Personaleinsparungen kommen kann. Denn neben polizeilichen Maßnahmen im Übertretungsfall (Entgegennahme und Prüfung der Ereignismeldung, Einsatz operativer Kräfte, die dann für andere Maßnahmen nicht zur Verfügung stehen) ist auch Personal für die Betreuung der eingeführten Technik sowie für Fortbildungsmaßnahmen erforderlich, wodurch hohe Kosten entstehen

März, Bestrebungen der Einführung einer elektronischen Fußfessel, Stellungnahme des  
Bund deutscher Kriminalbeamten v. 19.1.2012 (abrufbar unter:

<https://www.bdk.de/iv/sachsen-anhalt/aktuelles/dokumente/2012/januar-2012-1/Bestrebungen%20der%20Einfuehrung%20einer%20elektronischen%20Fusfessel.PDF>; zuletzt abgerufen am 26.04.18).

Auch durch Ereignismeldungen, die durch die Nichtaufladung der Akkus durch die Gefährder eingehen, ohne dass ein echter Weisungsverstoß vorläge, entstehen zusätzliche Personalkosten.

Bräuchle, in: Kinzig/Kerner, Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, S. 162.

## **(2) Unangemessenheit**

Die Maßnahme ist überdies im Verhältnis zum Grundrechtseingriff beim Betroffenen als unangemessen einzustufen.

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung stellt einen enorm intensiven Eingriff dar, wie oben bereits ausführlich dargestellt wurde. Zum Begriff der drohenden Gefahr wurde weiter oben erläutert, dass dieser nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt.

Siehe oben B. I. 2 a)

Daher kann dieser auch nicht als angemessene Eingriffsschwelle für die Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung herangezogen werden.

Im Übrigen ist ein Eingriff aufgrund lediglich einer drohenden Gefahr jedenfalls unangemessen.

Zwar sind durch die Beschränkung auf die überragend wichtigen Rechtsgüter des Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 und 5 Nr. PAG und den Richtervorbehalt des Art. 32a Abs. 3 PAG Maßnahmen ergriffen worden, um die Grundrechtsintensität des Eingriffs abzuschwächen. Jedoch ist die Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung aufgrund einer drohenden Gefahr bereits dann möglich, wenn noch gar nicht klar ist, welcher Kausalverlauf zu welcher Rechtsbedrohung führen soll. Es liegen gerade noch keine hinreichend konkretisierten Tatsachen vor, die ein Wahrscheinlichkeitsurteil zulassen, dass es bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu

erwartenden Geschehens zu einem Schaden für ein geschütztes Rechtsgut kommen wird. Ein derart empfindlicher Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung aufgrund von derart vagen Wahrscheinlichkeiten ist jedoch keinesfalls zu rechtfertigen. So hat das Bundesverfassungsgericht sogar die polizeiliche Generalklausel des Landes Baden-Württemberg aus §§ 1, 3 PolG BW, die auf das Erfordernis einer konkreten Gefahr abstellt, nur übergangsweise als eine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Dauerobservation eines ehemaligen Straftäters als Maßnahme im Anschluss an die Führungsaufsicht anerkannt.

BVerfG v. 08.11.2012 – 1BvR 22/12, Rn. 25 f.

Die präventiv-polizeiliche Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung gegen einen Adressaten im Vorfeld einer Strafbarkeit ist ohnehin eine Maßnahme, die wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einer sehr engen Auslegung bedarf. Durch die Einführung der drohenden Gefahr wird die Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung sogar noch weiter zeitlich vorverlagert in das Vorfeld der Strafbarkeit. Die Waage zwischen Freiheit und Sicherheit ist hier deswegen nicht mehr ausreichend gewahrt.

Grundrechtlich geboten wäre es vielmehr als Eingriffsschwelle einen Gefahrenbegriff zu fordern, welcher Tatsachen beinhaltet, die den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes zeitlich absehbares Geschehens zulassen und wenn erkennbar ist, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann, wie sie auch das Bundesverfassungsgericht im BKAG-Urteil auch für Maßnahmen im Gefahrenvorfeld zum Zwecke der Terrorismusabwehr gefordert hatte,

BVerfGE 141, 220 (213).

Die angesetzte Eingriffsschwelle ist demnach zu niedrig und deswegen unangemessen. Sollte der Verfassungsgerichtshof außerdem zu der Erkenntnis gelangen, dass die mangelnde Wirksamkeit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung nicht zu deren Ungeeignetheit führt, so bleibt der Nutzen dennoch äußerst zweifelhaft. Eine solch grundrechtsintensive Maßnahme mit derart geringen Eingriffsschwellen zu einem derartig geringen Nutzen kann nicht mehr als angemessen betrachtet werden.

### 3. Verletzung von Art. 101 i.V.m. 100 BV

Art. 32a PAG verstößt zudem gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 101 i.V.m. 100 BV, da sich der Betroffene der Angst vor Stigmatisierung durch das Tragen der offensichtlichen Fußfessel ausgesetzt sieht.

Die Anerkennung umfassender personaler Freiheit bei Art. 101 BV umfasst zugleich die persönliche Integrität des Einzelnen, welche unter Rückgriff auf die Menschenwürde gem. Art. 100 BV erschlossen werden kann. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen. Es garantiert jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem man die eigene Individualität entwickeln und wahren kann.

BVerfGE 79, 256 (268); BVerfG v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, Rn. 56 f.

Einem Menschen muss somit Privatsphäre zustehen, wozu auch gehört, darüber zu entscheiden, wie man selbst in der Öffentlichkeit dargestellt wird.

VerfGH, BayVBl. 2010, 369.

Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist eröffnet, da der jeweils Betroffene durch das Tragen einer Fußfessel anderen automatisch ein Bild einer gefährlichen oder gar straffällig gewordenen Person vermittelt und mithin nicht mehr über seine Darstellung in der Öffentlichkeit selbst entscheiden kann und so an der Selbstbestimmung seiner Außenwahrnehmung gehindert wird. Ein Eingriff besonderer Intensität liegt vor, weil sich Betroffene der Angst vor einer solchen Stigmatisierung ständig ausgesetzt sehen. Allein das Hochrutschen des Hosenbeins im Sitzen könnte eine öffentliche Bloßstellung zur Folge haben. Auch sehen sie sich überall dort dieser Gefahr ausgesetzt, wo sie die Fußfessel nicht mehr durch Kleidung bedecken können, etwa im Schwimmbad oder im Fitnessstudio.

Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ungeeignet und unangemessen. Wie oben erläutert ist die Eingriffsschwelle zu niedrig. Der Betroffene wird hier als Gefahr oder sogar als Straftäter stigmatisiert, ohne das Vorliegen einer konkreten Gefahr, die von seiner Person ausgeht. Der zu erwartende Nutzen der Maßnahme ist zudem nicht vorhanden oder jedenfalls als enorm gering zu erachten.

Siehe oben B. VII. 2.

#### **4. Verletzung von Art. 101 BV**

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung i.S.d. Art. 32a PAG ist überdies verfassungswidrig im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 101 BV.

Die allgemeine Handlungsfreiheit umfasst jedes Handeln im Sinne eines positiven „Tuns“ wie auch jedes Unterlassen, also jedwede Form menschlichen Verhaltens. Durch die elektronische Aufenthaltsüberwachung erwächst bei dem Betroffenen der Eindruck einer allumfassenden Überwachung, die zu einer verhaltenssteuernden Selbstzensur führt. Das Aufsuchen von Gebäuden, die der Religionsausübung dienen, insbesondere Moscheen, wird aus Angst vor den Konsequenzen vermieden. Der Besuch politischer oder weltanschaulicher Veranstaltungen und die Inanspruchnahme von Diensten von Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern unterfallen der Selbstzensur der Maßnahmeadressaten aus Angst vor Repressalien durch die Aufzeichnung der Aufenthaltsdaten. Der Eingriff stellt sich als besonders intensiv dar, da die Maßnahme in hohem Maße auf die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen wirkt, seine Grundrechtswahrnehmung wird völlig verzerrt bis hin zu dem Gefühl ein gläserner Mensch zu sein. Gerade, weil die Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung unendlich lange verlängert werden kann und der Betroffene bei Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts (wie etwa dem Nichtaufladen des Akkus) außerdem empfindlichen Sanktionen ausgesetzt ist, da eine Präventivhaft gem. Art. 32a Abs.1 S. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG verhängt werden kann, muss mit einer Selbstzensur der Betroffenen gerechnet werden.

Die Maßnahme der elektronischen Aufenthaltsüberwachung i.S.d. Art. 32a PAG ist in Bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit ungeeignet und unangemessen. Dieser besonders grundrechtsintensive Eingriff ist mit Blick auf die Unbestimmtheit des Begriffs der drohenden Gefahr und deren jedenfalls zu niedrige Eingriffsschwelle und den geringen Mehrwert der Maßnahme für die öffentliche Sicherheit, wie oben ausführlich erläutert, nicht zu rechtfertigen.

Siehe oben B. VII. 2.