



Stellungnahme Nr. 14 Februar 2024

zum

Verfahren über den Antrag festzustellen,

ob Artikel 11 Absatz 3, Artikel 13 Absatz 1 Nummer 1b), Artikel 14 Absatz 1 Nummer 4, Artikel 15 Absatz 3 Nummer 1, Artikel 16 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und Absatz 2 Satz 1 („einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“), auch im Zusammenhang mit Artikel 17 Absatz 1 Nummer 4 („dies unerlässlich ist, um Maßnahmen nach Artikel 16 durchzusetzen“), Artikel 20 Nummer 3 Satz 3, Artikel 21 Absatz 1 Nummer 3, Artikel 25 Absatz 1 Nummer 1b), Artikel 32 Absatz 1 Satz 2, Artikel 33 Absatz 2 Nummer 1b), Artikel 34 Absatz 1 Satz 1, Artikel 55 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, Artikel 36 Absatz 2, Artikel 40 Absatz 1 Nummer 2, Artikel 42 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, Artikel 45 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und Artikel 60 Absatz 3 Nummer 1 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – BayPAG) vom 14. September 1990 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 397) in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seiten 301 und 434) mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig ist Antragstellende: die 216 Abgeordneten des Deutschen Bundestages und 200 weitere Antragstellende

- Az. des BVerfG: 1 BvF 1/18

zur

Verfassungsbeschwerde 1. der Frau (...), ... 10. des Herrn (...),

gegen Artikel 36 Absatz 1 bis 3, Artikel 37 Absatz 1 und Absatz 4 Satz 2, Artikel 38 Absatz 1, Artikel 39 Absatz 1 und Absatz 3 Satz 3 in Verbindung mit Artikel 40 Absatz 1 Nummer 2 und 3, Artikel 42 Absatz 1 und Absatz 2, Artikel 45 Absatz 1 und Absatz 2, Artikel 47 Absatz 1 Nummer 21, 4 in Verbindung mit Artikel 42 Absatz 1, 2 und Absatz 5 und Artikel 86 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 4 und Artikel 83 Absatz 4 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz-PAG) vom 14. September 1990 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 397) in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seiten 301 und 434)

- Az. des BVerfG: 1 BvR 2271/18

und zur

Verfassungsbeschwerde 1. der Frau (...), ... 8. des Herrn (...),

gegen Artikel 22 Absatz 2, Artikel 32, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44 Absatz 1 Satz 5, Artikel 45, 47, 49, 60 Absatz 3 und Artikel 61 Absatz 2 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz-PAG) vom 14. September 1990 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 397) in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seiten 301 und 454)

- **Az. des BVerfG: 1 BvR 506/19**

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

RA Dr. Christian-Dietrich Bracher

RA Prof. Dr. Dr. Karsten Fehn

RA Dr. Markus Groß

RA Dr. Patrick Heinemann (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Christofer Lenz (Vorsitzender)

RA Dr. Michael Moeskes

RA Dr. Marc Ruttloff

RA Dr. jur. h.c. Gerhard Strate

RAin Dr. jur. Katharina Wild

RAuN Dr. Ulrich Wessels, Präsident Bundesrechtsanwaltskammer

Ass. jur. Lea Osiander, Bundesrechtsanwaltskammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Überblick

Die Verfahren betreffen die Verfassungsmäßigkeit von Regelungen des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG). Die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer beschränkt sich auf den jetzigen Art. 11a BayPAG (früher Art. 11 Abs. 3 BayPAG), der eine allgemeine Eingriffsbefugnis wegen einer „drohenden Gefahr“ schafft. Diese Vorschrift begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

II. Maßstäbe der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Nach der einschlägigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen. Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.¹

Zumindest für heimliche polizeirechtliche Überwachungsmaßnahmen gilt, dass dem Gewicht eines Eingriffs nicht hinreichend Rechnung getragen wird, wenn der tatsächliche Eingriffsanlass noch weiter in das Vorfeld einer in ihren Konturen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird. Eine Anknüpfung der Einschreitschwelle an das Vorfeldstadium ist verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen. Die Tatsachenlage ist dann häufig durch eine hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Beobachtungen gekennzeichnet. Die Geschehnisse können in harmlosen Zusammenhängen verbleiben, aber auch den Beginn eines Vorgangs bilden, der in eine Gefahr mündet. Solche Offenheit genügt für die Durchführung von eingriffsintensiven heimlichen

¹ BVerfGE 141, 220 (272).

Überwachungsmaßnahmen nicht. Nicht ausreichend für solche Maßnahmen ist insoweit etwa allein die Erkenntnis, dass sich eine Person zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis hingezogen fühlt.²

Ist der Gesetzgeber „nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung“ auf das klassische Instrumentarium der Gefahrenabwehr beschränkt, folgt daraus im Umkehrschluss, dass er nicht zur allgemeinen Gefahrenabwehr die Eingriffsschwelle für Befugnisse in einer Art Generalklausel vor die Schwelle der Gefahr verlagern darf. Vielmehr müssen Befugnisse zu Gefahrenvorfeldmaßnahmen eine gewisse Bereichsspezifität aufweisen und auf eine zumindest konkretisierte Gefahr, nicht aber eine lediglich drohende Gefahr abstellen.

Bleibt die Eingriffsschwelle noch weiter hinter einer konkretisierten Gefahr zurück oder handelt es sich etwa um tief in die Privatsphäre eingreifende Sonderbefugnisse, müssen die entsprechenden Maßnahmen dem Schutz hochrangiger, überragend wichtiger oder auch besonders gewichtiger Rechtsgüter dienen.³

Diese Grenzen wahrt Art. 11a BayPAG nicht, soweit er Befugnisse jenseits der Gefahrerforschung (Art. 11a Abs. 1 Alt. 1 BayPAG) eröffnet.

III. Allgemeine Befugnisse bei drohender Gefahr (Art. 11a BayPAG)

Art. 11a Abs. 1 BayPAG (= Art. 11 Abs. 3 BayPAG a. F.) sieht vor, dass die Polizei bei drohender Gefahr die notwendigen Maßnahmen treffen kann, zum einen um den Sachverhalt aufzuklären, zum anderen, um die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern. Ersteres lässt sich als Gefahrerforschungseingriff im Gefahrenvorfeld interpretieren und ist damit eher unbedenklich. Dagegen lässt die Schaffung nicht bereichsspezifischer und auf die Abwehr systemischer Gefahren beschränkter, jedoch weitreichender Befugnisnormen im Gefahrenvorfeld für das allgemeine Polizei- und Gefahrenabwehrrecht die Entgrenzung staatlicher Polizeibefugnisse befürchten.⁴

1. Unbestimmtheit des Art. 11a Abs. 1 BayPAG

Die Vorschrift des Art. 11a Abs. 1 BayPAG ist sprachlich verunglückt und genügt nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen der Bestimmtheit von Normen (Art. 20 Abs. 3 GG). Dabei sind die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Einräumung von Befugnissen im Gefahrenvorfeld besonders streng.⁵ Der Wortlaut der Norm ist erkennbar den Maßstäben der Entscheidung des BVerfG zum BKAG nachgebildet, die jedoch lediglich besondere und damit im Einzelnen umgrenzte informationelle Gefahrenvorfeldeingriffe für den spezifischen Bereich systemischer Terrorgefahren betrafen und somit nicht auf eine Befugnisnorm zu übertragen sind, die eher eine Generalklausel im Gefahrenvorfeld darstellt.⁶

Der Begriff der „drohenden Gefahr“ als Tatbestandsmerkmal ist ein Novum des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts. Die „drohende Gefahr“ ist weder der konkreten oder abstrakten Gefahr noch dem Gefahrenverdacht zuzuordnen. Daher ist das Bedürfnis nach Bestimmtheit einer auf die „drohende Gefahr“ bezogenen allgemeinen Befugnisnorm umso höher, weil nicht auf bereits etablierte Rechtsfiguren

² BVerfGE 141, 220 (273).

³ BVerfGE 155, 119 (188).

⁴ Maßstabbildend PrOVGE 9, 353 (373 ff.).

⁵ BVerfGE 113, 348 (377 f.).

⁶ BVerfGE 141, 220 (272 f.).

zurückgegriffen wird, die von Rechtsprechung und Wissenschaft bereits umfassend durchdrungen wurden. Diesen Anforderungen genügt Art. 11a Abs. 1 BayPAG nicht. Die Befugnisnorm ist derart unbestimmt, dass nicht vorhersehbar ist, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten auch nicht darauf einstellen können.⁷

- a) Eine drohende Gefahr ist zunächst ein Pleonasmus. Wo nichts droht, ist keine Gefahr, wo keine Gefahr ist, droht nichts.⁸
- b) Redaktionell äußerst ungewöhnlich nennt Art. 11a Abs. 1 BayPAG zuerst die Rechtsfolge („... kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um ...“) und erst danach die Voraussetzungen der Eingriffsbefugnis („... wenn im Einzelfall...“).
- c) In der Vorschrift ist hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen von der Verhinderung der „Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ die Rede, wenn „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr)“. Die entstehende oder drohende Gefahr ist damit tatbestandlich sowohl auf Voraussetzungs- als auch auf Rechtsfolgenseite verankert: Die drohende Gefahr ist Voraussetzung dafür, dass die Polizei Maßnahmen ergreifen kann, um die Entstehung einer Gefahr (für ein bedeutendes Rechtsgut) zu verhindern. Das muss zu Verwirrung führen.
- d) Die auf die Rechtsfolgenseite bezogene Formulierung „um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern“ ist irreführend, weil der Gesetzgeber wohl kaum eine Kumulativität, sondern eine Alternativität ausdrücken wollte.
- e) Anhaltspunkte, aus denen die Polizei auf eine drohende Gefahr schließen können soll, nennen Art. 11a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BayPAG. Bereits Art. 11a Abs. 1 Nr. 1 BayPAG („wenn im Einzelfall [...] das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet“) weist keine hinreichend deutlichen Konturen auf, da nicht klar ist, was eine konkrete Wahrscheinlichkeit sein soll. Nichts anderes gilt für Art. 11a Abs. 1 Nr. 2 BayPAG („wenn im Einzelfall [...] Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen“): Es ist nicht nachvollziehbar, ob sich die darin genannten „Vorbereitungshandlungen“ auf das „seiner Art nach konkretisierte Geschehen“ oder aber die in „absehbarer Zeit“ zu erwartenden „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ beziehen. Widersprüchlich ist auch, dass hier von einem „seiner Art nach konkretisiertem Geschehen“ (Singular) die Rede ist, aus dem dann jedoch der Schuss auf „in absehbarer Zeit“ zu erwartende „Angriffe“ (Plural) gezogen werden soll. Sprachlich wird hier eine Konkretisierung und begriffliche Einengung suggeriert, die aber gerade nicht gewollt ist, soll sich die Befugnisnorm doch ausdrücklich von Art. 11 Abs. 1 und 2 BayPAG absetzen.
- f) Auch die Formel der „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ ist sprachlich missglückt. Nimmt man die damit zum Ausdruck gebrachte Alternativität ernst, begründen auch Angriffe von erheblicher Intensität, deren (potentielle) Auswirkungen jedoch gering sind, eine drohende Gefahr und damit die Befugnis der Polizei zu Gefahrenvorfeldmaßnahmen. Rechtsgüterschutz und Rechtsgüterbeeinträchtigung stünden dann regelmäßig in einem Missverhältnis. Dabei ist nochmals daran zu erinnern, dass die in Art. 11a Abs. 2 BayPAG genannten „bedeutenden Rechtsgüter“ für das Vorliegen einer „drohenden Gefahr“ und somit die Eingriffsvoraussetzungen irrelevant sind und nur auf Rechtsfolgenseite eine Rolle spielen.

⁷ BVerfG, Urt. v. 19.09.2018 – 2 BvF 1/15 –, juris Rn. 196.

⁸ *Pieroth*, Befugnisenerweiterung mit Begriffsverwirrung, GSZ 2018, 133 (135).

- g) Art. 11a Abs. 2 Nr. 4 Alt. 2 BayPAG nennt als bedeutendes Rechtsgut, zu dessen Schutz die Polizei bei einer drohenden die notwendigen Maßnahmen treffen darf, „Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang“. Auch hier bestehen Zweifel an der Bestimmtheit der Norm. Der Begriff des „Kulturguts von mindestens überregionalem Rang“ knüpft nicht an die Terminologie des BayDSchG an. Unter Kulturgut soll nach der Gesetzesbegründung vielmehr in Anlehnung an § 2 Abs. 1 Nr. 10 Kulturgutschutzgesetz jede bewegliche Sache oder Sachgesamtheit von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder aus anderen Bereichen des kulturellen Erbes, insbesondere von paläontologischem, ethnographischem, numismatischem oder wissenschaftlichem Wert, zu verstehen sein.⁹ Was hingegen ein Kulturgut von „mindestens überregionalem Rang“ ist, lässt auch die Gesetzesbegründung offen.

2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und „drohende Gefahr“

Die mit Art. 11a BayPAG erstmals in eine generalklauselartige Befugnisnorm eingefügte Figur der „drohenden“ Gefahr ist geeignet, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als zentrale freiheitssichernde Schranke von Grundrechtsbeeinträchtigungen ins Leere laufen zu lassen.

- a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein zentraler Baustein des bürgerlichen Rechtsstaats, wie er sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den deutschen Ländern und im Reich entwickelte. Er ist nach der Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland älter als die Grundrechte. Seine freiheitssichernde Funktion kann gerade mit Blick auf die frühe verfassungsgerichtliche Anerkennung einer (grenzenlosen) allgemeinen Handlungsfreiheit und die daraus folgende gewisse Belieblichkeit materieller Grundrechtsgewährleistungsgehalte nicht überschätzt werden.
- b) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung kann nur gelingen, wenn der Zweck des jeweiligen Freiheitseingriffs bekannt ist. Ist die Maßnahme geeignet und erforderlich, den Zweck zumindest zu fördern? Ist sie angemessen im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation? Diese Prüfung läuft bei Maßnahmen gegen „drohende Gefahren“ in der Regel ins Leere; die Eckpunkte einer Zweck-Mittel-Relation, die anzustellen wäre, sind bereits nicht ersichtlich. Denn die Figur der „drohenden Gefahr“ ist sowohl von einem Prognose- als auch einem Diagnosedefizit gekennzeichnet: Es ist (noch) unklar, ob und welches Rechtsgut wie gefährdet werden könnte. Im Stadium des Gefahrenvorfelds ist eine Vielzahl von Rechtsgutsverletzungen einer Vielzahl von Rechtsträgern denkbar. Folglich ist ebenso unklar, welchem konkreten Zweck die Vorfeldmaßnahmen dienen.¹⁰ Das erleichtert die Rechtfertigung der Maßnahmen, weil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Leere greift.¹¹ Damit droht der gefahrenabwehrrechtliche Kurzschluss im Sinne einer Hyperprävention, denn der Konjunktiv hat immer recht: Irgendetwas könnte immer passieren. Die konsequente Antwort der Risikovorsorge-logik lautet dann: Viel hilft viel. Diese blankettartige Weite führt zu einer Entgrenzung und zum Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit.

⁹ Bayerischer Landtag, Drs. 18/13716, S. 24.

¹⁰ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.06.2022 – 1 S 1067/20 –, juris Ls. 10 und Rn. 127; Schwarz, Das Infektionsschutzgesetz und die Grundrechte – ein Lehrstück zum verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnis bei drohenden Gefahren, JA 2020, 321

¹¹ Lepsius, Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, LTO.de vom 03.12.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr78121-1bvr97121-corona-bundes-notbremse-massnahmen-kontakt-ausgang-schule-kinder-grundrechte-kommentar-verfassung-rechtstaat/>; Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, Verfassungsblog vom 06.04.2020, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>; siehe auch Kießling, in: Kießling, IfSG, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 8 und 10.

Im Ergebnis fällt das Übermaßverbot bei Gefahrenvorfeldmaßnahmen, wie sie Art. 11a BayPAG zulässt, als maßgebliche Grenze von Grundrechtseingriffen praktisch aus.

3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und gefahrenabwehrrechtliche Verantwortlichkeit

Unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit problematisch ist auch, dass sich Gefahrenvorfeldmaßnahmen logischerweise nur gegen Nichtstörer richten können. Denn wo (noch) keine Gefahr ist, da fehlt notwendig der Störer.¹² So richten sich etwa bereichsspezifische Risikovorsorgemaßnahmen des Infektionsschutzes im Gefahrenvorfeld gegen Nichtstörer.¹³ Ist der Unterschied zwischen Störer und Nichtstörer aufgehoben,¹⁴ ist eben nicht bloß alles, sondern eben auch jeder (potentiell) gefährlich. Das mag bereichsspezifisch für den Infektionsschutz zumindest grundsätzlich nachvollziehbar sein und im Einzelfall auch gerechtfertigt werden können. Eine allgemeine Risikovorsorgeermächtigung reagiert aber gerade nicht auf ein spezifisches Vorsorgebedürfnis (etwa im Bereich des Infektionsschutzes), sondern sieht grundsätzlich in allem und jedem ein unspezifisches Gefahrenpotential.

4. Begrenzung auf „bedeutende Rechtsgüter“ praktisch ohne Bedeutung

Die in Art. 11a Abs. 1 BayPAG angelegte Begrenzung der Risikovorsorgemaßnahmen im Gefahrenvorfeld auf den Schutz von in Art. 11a Abs. 2 BayPAG näher bezeichneten bedeutenden Rechtsgüter trägt ebenfalls nicht zu einer verhältnismäßigen Einhegung der damit eröffneten polizeilichen Befugnisse bei.

- a) Da die drohende Gefahr von dem Unwissen gekennzeichnet ist, welches Rechtsgut künftig gefährdet sein könnte, spielt es letztlich keine Rolle, ob der Schutzzweck der Maßnahmen auf Rechtsfolgen-seite auf den Schutz einzelner (bedeutender) Rechtsgüter beschränkt wird. Dass das Einschreiten im Gefahrenvorfeld aus *ex-ante*-Sicht dem Schutz eines der in Art. 11a Abs. 2 BayPAG genannten Rechtsgüter dienen könnte, wird sich in aller Regel nicht ausschließen lassen. Das gilt umso mehr, als mit Leben, Gesundheit und Freiheit (Art. 11a Abs. 2 Nr. 2 BayPAG) „bedeutende Rechtsgüter“ benannt werden, zu deren Schutz die Polizei nachgerade alltäglich grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen trifft. Insbesondere beim Rechtsgut der Gesundheit sind Beeinträchtigungen geringster Intensität denkbar, zu deren Abwehr bereits Gefahrenvorfeldmaßnahmen gegen Nichtstörer nach Art. 11a BayPAG ergriffen werden können. Der zwangsweisen Risikovorsorge zum vorbeugenden Gesundheitsschutz in allen nur denkbaren Facetten – ohne dass eine konkrete Gesundheitsgefahr vorliegt – ist damit die Tür geöffnet. Das ist umso bedenklicher, als Maßnahmen im Gefahrenvorfeld auch gegen Nichtstörer gerichtet werden können, um die Entstehung einer Gefahr für ihre eigene Gesundheit zu verhindern. Dass Freiheit stets auch ein gewisses Maß an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung einschließt,¹⁵ droht dabei unter die Räder zu geraten.
- b) Durchgreifende Zweifel bestehen auch, ob Gefahrenvorfeldmaßnahmen zum Schutz von „Kulturgütern von mindestens überregionalem Rang“ (Art. 11a Abs. 2 Nr. 4 Alt. 2 BayPAG) verhältnismäßig sind. Denn es ist fraglich, welcher legitime Zweck im Sinne eines zu schützenden Verfassungsrechtsguts hinter dem Begriff des „Kulturguts von mindestens überregionalem Rang“ stehen soll. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a GG nennt – als Kompetenztitel – lediglich den Schutz deutschen Kulturguts gegen Abwanderung ins Ausland. Hierauf beschränkt sich der Wortlaut des Art. 11a Abs. 2 Nr. 4 Alt. 2 BayPAG freilich nicht. Bei der Propagierung eines „allgemeinen ungeschriebenen Kulturstaatsziel[s]

¹² Frankenberg, Staatstechnik, S. 252 f.

¹³ BVerwG, Urt. v. 16.05.2023 – 3 CN 6.22 –, juris Rn. 41; Urt. v. 22.03.2021 – 3 C 16.11 –, juris Rn. 26; Niedersächsisches OVG, Urt. v. 17.08.2023 – 14 KN 22/22 –, juris Rn. 182.

¹⁴ Volkman, Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, NVwZ 2021, 1408 (1414).

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10 –, juris Rn. 17 m. w. N.

des deutschen Verfassungsrechts“¹⁶ ist Vorsicht geboten; hier dürfte eher der Wunsch der Vater des Gedankens sein.

5. „Drohende Gefahr“ und effektive Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG)

Die Figur der „drohenden Gefahr“ lässt auch eine Erosion der effektiven Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG befürchten.

- a) Maßnahmen der Risikovorsorge im Gefahrenvorfeld erfolgen regelmäßig auf unsicherer Tatsachenbasis. Flankierend nimmt nach den Maßstäben der Bundesnotbremse-I-Entscheidung die gebotene richterliche Kontrolldichte ab; sie beschränkt sich bei „Entscheidungen unter Unsicherheiten“ auf eine Vertretbarkeitsprüfung.¹⁷ An die Stelle von Tatsachen, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Prognose erlauben, treten vermeintliche (kriminologische) Erfahrungssätze und somit Grundlagen, die sich die Behörden für ihr eingreifen selber schaffen.¹⁸ Wann ein „individuelles Verhalten einer Person eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet“ oder „Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen“ (Art. 11a Abs. 1 BayPAG), ist derart diffus, dass es sich richterlicher Kontrolle entzieht und damit der Deutungshoheit der Polizei überantwortet wird.¹⁹ Die fehlende Kontrolle begünstigt Machtmissbrauch, wobei etwa das *Racial Profiling* nur ein Beispiel von vielen denkbaren Konstellationen bildet.
- b) Erfolgt die Anordnung von Risikovorsorgemaßnahmen im Gefahrenvorfeld regelmäßig aufgrund einer unsicheren Tatsachenbasis, begünstigt dies Rechtsprechungstendenzen, lediglich behördliche Expertise der gerichtlichen Kontrolle zu Grunde zu legen. So sollen nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung etwa fachbehördliche Stellungnahmen nicht bloß den Beweiswert qualifizierten Beteiligtenvortrags, sondern den eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens haben und weitere amtswegige Sachverhaltsermittlungen des Gerichts regelmäßig entbehrlich machen.²⁰ Die Vertretbarkeitskontrolle der behördlichen Tatsachenbehauptungen läuft aber leer, wenn immer das gleiche (behördliche) Fachwissen durchgereicht wird. Hinzu kommt, dass es das BVerfG in seiner Rotmilan-Entscheidung für mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar erachtet, wenn die Verwaltungsgerichte bei verbleibenden tatsächlichen Erkenntnisdefiziten (trotz Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Erkenntnismöglichkeiten) den Behörden eine richterlich nicht zu überprüfende Letztentscheidungskompetenz zubilligt, insoweit über den Inhalt der verwaltungs- und verfassungsprozessualen Wahrheit zu entscheiden, die der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu Grunde gelegt wird,²¹ anstatt den Fall – wie nach überkommenen Prozessrechtsmaßstäben üblich – nach den Regeln der materiellen Beweislast zu entscheiden.
- c) Hinzu kommt, dass die verfassungs- wie verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung der Exekutive bei Gefahrenvorfeldmaßnahmen eine Einschätzungsprärogative auch hinsichtlich der Angemessenheit von Maßnahmen zubilligt.²² Aus der vornehmsten Aufgabe, die praktische Konkordanz kollidierender

¹⁶ *Germelmann*, in: von der Decken/Fechner/Weller, Kulturgutschutzgesetz, 1. Aufl. 2020, § 1 Rn. 12.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 –, juris Rn. 185.

¹⁸ *Frankenberg*, Staatstechnik, S. 253.

¹⁹ *Frankenberg*, Staatstechnik, S. 251.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 06.11.2020 – 6 B 31.20 –, juris Rn. 18; Beschl. v. 30.10.2013 – 6 B 32.13 –, juris Rn. 14; Urt. v. 15.04.1964 – V C 45.63 –, Rn. 27.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 –, juris Ls. 1 und Rn. 18 ff.

²² BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 –, juris Rn. 217; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.06.2022 – 1 S 1067/20 –, juris Rn. 185; strenger dagegen BVerfG, Urt. v. 22.11.2022 – 3 CN 2.21 –, juris Ls. 1 und Rn. 17 ff.

Verfassungsgüter sicherzustellen, zieht sich ein derart abgeschwächter Kontrollmaßstab weitgehend zurück.

* * *