

Droht mit der drohenden Gefahr Gefahr für den Rechtsstaat?

Gestern wurde – begleitet von massiven Protesten und kritischen Debatten – im Bayerischen Landtag das neue Polizeiaufgabengesetz (BayPAG) von der CSU-Mehrheit beschlossen. Die Opposition sprach sich geschlossen gegen die Neuerungen aus. Kritiker befürchten, dass die Erweiterung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse auf das Bestehen einer drohenden Gefahr eine Totalüberwachung jedes Einzelnen ermöglichen.

Im kommenden Heft der JuS (6/2018) setzt sich Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Schenke ua mit dieser aktuellen Gesetzesänderung auseinander und erläutert insgesamt die umstrittenen polizeirechtlichen Fragen, ob, inwieweit und wem gegenüber die Polizei in Fällen der Anscheinseingriff und des Gefahrverdachts zu belastenden Gefahrerforschungs- und Gefahrenabwehrmaßnahmen berechtigt ist. Wir haben dies zum Anlass genommen und Herrn Schenke einige Fragen zum BayPAG gestellt, die unseren Lesern helfen, die zentralen Aspekte der Diskussion um das BayPAG zu reflektieren und in die Dogmatik des Polizeirechts einzuordnen sowie die verfassungsrechtlichen Zusammenhänge zu durchdringen.

Die zahlreichen Diskussionen um und Demonstrationen gegen die Neuerungen des BayPAG zeigen eine große Verunsicherung in der Bevölkerung und unter Juristen. Herr Schenke, was genau bedeutet es für das Polizeirecht und die bestehenden Gefahrenkategorien, dass Art. 11 III BayPAG nun die Polizei ermächtigt, schon bei drohender Gefahr tätig zu werden?

Schenke: Polizeiliches Handeln, das mit belastenden Eingriffen in die grundrechtlich umfassend geschützte Freiheitssphäre des Bürgers verbunden ist, setzt nach dem überkommenen Polizei- und Ordnungsrecht grundsätzlich voraus, dass bereits eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht. Deshalb muss schon im Zeitpunkt des polizeilichen Handelns tatsächlich oder jedenfalls bei verständiger polizeilicher Würdigung der Sach- und

Rechtslage die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts gegeben sein. Nach Art. 11 III BayPAG, der polizeiliche Eingriffe bei Gefahrverdacht regelt, sind polizeiliche Aufklärungs- und



Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Schenke

Abwehrmaßnahmen demgegenüber bereits bei einer erst drohenden konkreten Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zulässig. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts braucht deshalb noch nicht vorzuliegen bzw. muss für die Polizei noch nicht erkennbar sein. Polizeiliche Maßnahmen sind danach insbesondere bereits im Vorfeld einer Gefahr zulässig, wenn zwar Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass ein Schadenseintritt möglicherweise zukünftig zu erwarten ist, dies aber noch nicht hinreichend wahrscheinlich ist. Solche polizeilichen Maßnahmen im Vorfeld einer Gefahr haben die Gesetzgeber bisher nur in Verbindung mit einzelnen spezialgesetzlich geregelten polizeilichen Befugnissen zugelassen und hier an enge tatbestandliche Voraussetzungen gebunden. Entsprechende Regelungen in Verbindung mit den ohnehin schon sehr weit gefassten polizeilichen Generalklauseln wurden von den Polizeigesetzgebern bisher nicht getroffen.

Welche verfassungsrechtlichen Bedenken werden gegen den neuen Art. 11 III BayPAG vorgebracht?

Schenke: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen Art. 11 III BayPAG werden auf den Gesichtspunkt der rechtsstaatlich geforderten Bestimmtheit des polizeilichen Handelns wie auch auf das Übermaßverbot und hier speziell den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestützt. Um diesbezügliche Bedenken abzuschwächen, ist jedenfalls eine verfassungskonforme Interpretation des Art. 11 III BayPAG zwingend geboten. Danach darf die Polizei ihre Maßnahmen nur gegenüber solchen Personen vornehmen, die für die drohende Gefahr verantwortlich sind. Überdies muss sie sich grundsätzlich zunächst um eine Aufklärung des Sachverhalts bemühen, ehe sie darüberhinausgehende Maßnahmen ergreift. Nur wenn ihr eine vorherige Aufklärung des Sachverhalts mittels Gefahrerfor-

schungeingriffen aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr nicht möglich ist und deshalb ein sofortiges polizeiliches Handeln geboten erscheint, um das Entstehen einer Gefahr zu verhindern, sind bereits entsprechende polizeiliche Gefahrenverhinderungsmaßnahmen zulässig.

Art. 11 III Nr. 2 BayPAG sagt nichts darüber aus, gegen wen die Polizei bei drohender Gefahr vorgehen darf. Bedeutet dies tatsächlich, dass eine „Totalüberwachung jedes Einzelnen“ möglich ist?

Schenke: Art. 11 III 1 Nr. 2 BayPAG trifft in der Tat noch keine Aussage darüber, gegen wen die polizeilichen Maßnahmen zu richten sind. Aus dem systematischen Zusammenhang des Art. 11 III 1 Nr. 2 BayPAG mit den Vorschriften, die die polizeirechtliche Verantwortlichkeit (Störereigenschaft) regeln, sowie aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich allerdings, dass nur diejenigen, die für die drohende Gefahr verantwortlich sind, in Anspruch genommen werden dürfen, nicht hingegen unbeteiligte Dritte. Um klarzustellen, dass belastende Maßnahmen nach Art. 11 III 1 Nr. 2 BayPAG nicht gegenüber unbeteiligten Dritten getroffen werden dürfen, sollte der Gesetzgeber dies jedoch in einer Novellierung des BayPAG ausdrücklich regeln. Von einer „Totalüberwachung jedes Einzelnen“ kann aber – ungeachtet der ernst zu nehmenden Bedenken, die gegen die Verfassungsmäßigkeit des Art. 11 III BayPAG geltend gemacht werden – sicher keine Rede sein. Entsprechende polemische Überspitzungen stehen einer sachlichen Diskussion der Problematik genauso im Wege wie die entgegengesetzte Behauptung, nach der Art. 11 III BayPAG im Wesentlichen nur eine Kodifikation bisher schon bestehender polizeilicher Befugnisse beinhaltet.

Im April 2016 hat das BVerfG Regelungen des geänderten BKAG teilweise für verfassungswidrig bzw. für nichtig erklärt (s. dazu Schiffbauer, JuS 2016, 624). Auch dort ging es um den Begriff der drohenden Gefahr. Wie unterscheiden sich die Regelungen des BayPAG von dem Anwendungsbereich des BKAG?

Schenke: Der bayerische Gesetzgeber hat sich bei der Neueinführung des Art. 11 III BayPAG ersichtlich an die Entscheidung des BVerfG vom April 2016 angelehnt, die zum damals geltenden BKAG erging.

Thema dieser Entscheidung war ebenfalls die Zulässigkeit polizeilicher Gefahrenabwehrmaßnahmen bei nur drohenden Gefahren. Zu beachten ist allerdings, dass es im BKAG nur um den Schutz vor terroristischen Gefährdungen geht, bei denen das Bedürfnis zu polizeilichem Handeln bereits im Gefahrenvorfeld wegen der hier drohenden Schäden für Leib und Leben und andere hochwertige Rechtsgüter naturgemäß besonders ausgeprägt ist. Der Anwendungsbereich des BayPAG ist demgegenüber wesentlich weiter. Die dort getroffene Regelung betrifft grundsätzlich alle Gefahren für die öffentliche Sicherheit, unabhängig davon, worauf diese beruhen, und wird nur insoweit eingeschränkt, als die Gefahren für die in Art. 11 III 2 BayPAG genannten bedeutenden Rechtsgüter bestehen müssen. Insofern kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als einem rechtsstaatlichen Regulativ iVm Art. 11 III BayPAG noch eine weiterreichende Bedeutung als im Anwendungsbereich des BKAG zu. Das macht jedenfalls auf der Ebene des Gesetzesvollzugs ein behutsames und restriktives Gebrauchmachen von der Ermessensermächtigung des Art. 11 III BayPAG erforderlich.

Wie geht es nun ganz praktisch mit dem beschlossenen Gesetz und für die bayerischen Polizisten weiter?

Schenke: Es ist zu begrüßen, dass sich eine Kommission zur Evaluation und Weiterentwicklung der nunmehr im BayPAG verankerten neuen polizeilichen Handlungsbefugnisse (die nicht nur in Art. 11 III BayPAG, sondern auch an anderer Stelle statuiert sind) mit den hierdurch aufgeworfenen rechtlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen, Problemen näher befassen und sich wohl auch unabhängig hiervon zu deren rechtspolitischer Tauglichkeit äußern wird. Die Neuregelungen haben im Übrigen bereits jetzt den Anstoß zu einer intensiven rechtswissenschaftlichen Diskussion im polizeirechtlichen Schrifttum geliefert, die in Zukunft sicher noch an Fahrt gewinnen wird. Auch Stellungnahmen der Rechtsprechung dürften nicht lange auf sich warten lassen, zumal die in Art. 98 S. 4 BayVerf. geregelte Popularklage dem BayVerfGH schon bald die Möglichkeit eröffnen dürfte, sich mit der Landesgrundrechtsmäßigkeit der im BayPAG neu geschaffenen Regelungen zu befassen. Anders als bei einer beim BVerfG einzulegenden Rechtssatzverfassungsbeschwerde (s. § 90II BVerfGG)

ergeben sich hier bei einer sofortigen Initiierung einer Normenkontrolle gem. Art. 98 S. 4 BayVerf. unter dem Aspekt der Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen Verfahrens keine Probleme. Zudem wird von Seiten der Oppositionsparteien die Beantragung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens vor dem BayVerfGH erwogen (Art. 75 III BayVerf.).

Unsere Leser sind immer sehr daran interessiert zu erfahren, ob und inwieweit sich aktuelle Gesetzesänderungen und Diskussionen auf Klausursituationen auswirken. Können Sie unseren Lesern noch ein paar Tipps für den Umgang mit polizeirechtlichen Fallbearbeitungen geben? Ändert sich durch das neue BayPAG etwas?

Schenke: Soweit Art. 11 III BayPAG einschlägig ist, bedarf es keiner Stellungnahme zu der sehr umstrittenen Frage, ob und inwieweit polizeirechtliche Normen, die das Vorliegen einer konkreten Gefahr voraussetzen, in Fällen des Gefahrverdachts zu Gefahrforschungs- und möglicherweise sogar zu weiterreichenden Gefahrenabwehrmaßnahmen ermächtigen. Vielmehr ist dann nur auf die umstrittene Verfassungsmäßigkeit des Art. 11 III BayPAG einzugehen. Ist Art. 11 III BayPAG nicht einschlägig und fehlt es auch im Übrigen an ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungen zur Vornahme belastender polizeilicher Eingriffe beim Vorliegen eines Gefahrverdachts, ist in einer Klausur hingegen näher zu erörtern, ob Gefahrforschungseingriffe und belastende Gefahrenabwehrmaßnahmen auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zulässig sind und gegen wen dabei vorzugehen ist. In diesem Zusammenhang ist auch – ebenso wie beim Bestehen einer Anscheinsgefahr – zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine Differenzierung zwischen der primären und der sekundären Ebene angebracht ist und eine Person in deren Konsequenz zwar wie ein Störer in Anspruch genommen werden kann, dies aber noch nicht präjudiziert, dass sie auch entschädigungs- und kostenrechtlich als Störer zu behandeln ist.

Abschließend haben wir noch eine Frage zu einem aktuellen Urteil des BGH (Urt. v. 15.5.2018 – VI ZR 233/17), das zwar nichts mit dem BayPAG zu tun hat, aber auch im Zusammenhang mit der Sorge vor einer Totalüberwachung steht. Das Gericht hat unter Hintanstellung datenschutzrechtlicher

Bedenken entschieden, dass Aufnahmen von Dashcams (Minikameras in Pkw) als Beweismittel vor Gericht zur Klärung von Verkehrsunfällen verwendet werden dürfen, obwohl das permanente Aufzeichnen im öffentlichen Raum nach wie vor unzulässig ist. Herr Schenke, wie ist diese Entscheidung aus öffentlich-rechtlicher Perspektive – insbesondere im Zusammenhang mit der in Kürze in Kraft tretenden Datenschutzgrundverordnung – einzuordnen? Gibt es verfassungsrechtliche Bedenken?

Schenke: Die Stellungnahme des BGH zu der Frage, ob die durch rechtswidrigen Einsatz von Dashcams gewonnenen Erkenntnisse in einem späteren gerichtlichen Verfahren zur Klärung von Verkehrsunfällen verwertet werden können, liegt durchaus auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des *Gerichts* zu vergleichbaren Problemen. Danach kann – vorbehaltlich entgegenstehender ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen – aus dem Umstand, dass eine Datenerhebung rechtswidrig war, noch nicht gefolgert werden, dass damit auch ihre Verwertung stets rechtswidrig ist. Vielmehr können im Hinblick auf bestehende staatliche Schutzpflichten überwiegende Gründe für die Zulässigkeit einer solchen Verwertung sprechen. Ich halte diese Auffassung für zutreffend (s. *Schenke*, POR, 10. Aufl. 2018, Rn. 215 ff.), so dass ich keine Bedenken gegen die Entscheidung des *BGH* habe. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei dem Einsatz von Dashcams nur um eine Ordnungswidrigkeit handelt, gleichzeitig aber die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse von erheblicher Bedeutung sowohl für strafgerichtliche als auch für zivilgerichtliche Verfahren und den hierdurch bezweckten Rechtsgüterschutz sein können.

Das Interview haben wir am 16.5.2018 geführt.

www.JuS.de

► **Weitere vertiefende Informationen:**

Schenke, Polizeiliches Handeln bei Anscheinsgefahr und Gefahrverdacht, JuS 2018, 505; *Schenke*, POR, 10. Aufl. 2018, Rn. 83 ff. und 251 ff.; *Waechter*, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, 458; *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl 2018, 156.