



**Konsolidierte Fassung meiner Stellungnahmen zum Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes und weiterer Rechtsvorschriften – aktualisiert im Hinblick auf den Gesetzentwurf der Staatsregierung vom 12. Februar 2021 (Landtags-Drucksache 18/13716) und auf die Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtags am 19. Mai 2021<sup>1</sup>**

Im Einzelnen merke ich zum Gesetzentwurf Folgendes an:

**1. Art. 11 PAG-E (Allgemeine Befugnisse) und Art. 11a PAG-E (Allgemeine Befugnisse bei drohender Gefahr)**

**a) Art. 11a PAG-E – drohende Gefahr**

Der Gesetzentwurf greift auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 und BvR 2618/13 („Bestandsdatenauskunft II“) zurück, um die drohende Gefahr „weiterhin zu rechtfertigen“. Die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, 22 f.) geht davon aus, dass mit der Entscheidung vom 27. Mai 2020 das Bundesverfassungsgericht die **drohende Gefahr als neue Gefahrenkategorie anerkannt** habe (**aa**) und es gleichzeitig klarstelle, dass diese Gefahrenkategorie **nicht auf Fälle der Terrorismusabwehr beschränkt** sei (**bb**).

**aa)** Die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 22) führt aus: Im Falle, dass sich *„der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersagen [lässt], etwa weil die Frage nach dem „wann“ oder „wo“*

---

<sup>1</sup> Die konsolidierte Fassung beinhaltet meine im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens abgegebenen Stellungnahmen – aktualisiert im Hinblick auf den derzeitigen Gesetzentwurf der Staatsregierung und auf die Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport des Bayerischen Landtags am 19. Mai 2021. Meine im Rahmen der Anhörung abgegebene Stellungnahme werde ich im Anschluss an die Anhörung veröffentlichen.

noch nicht mit hinreichender Sicherheit beantwortet werden kann, kann nach der o. g. Entscheidung dann seitens der Polizei eingegriffen werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte im Einzelfall eine drohende Gefahr für bedeutende Rechtsgüter wahrscheinlich machen“. Inhaltlich wird mit diesem Passus die Begründung des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 27. Februar 2008 zur Online-Durchsuchung (BVerfGE 120, 274, 328 f. Rn. 249 ff.) wiedergegeben. Darin definiert das Bundesverfassungsgericht die **Gefahrenprognose einer konkreten Gefahr bzw. die konkrete Gefahr selbst** wie folgt:

*„(bb) Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage muss weiter als Voraussetzung des heimlichen Zugriffs vorsehen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für die hinreichend gewichtigen Schutzgüter der Norm bestehen.*

*Das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte führt dazu, dass Vermutungen oder allgemeine Erfahrungssätze allein nicht ausreichen, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die eine Gefahrenprognose tragen (vgl. BVerfGE 110, [61] = NJW 2004, 2213; BVerfGE 113, 348 [378] = NJW 2005, 2603).*

*Diese Prognose muss auf die Entstehung einer konkreten Gefahr bezogen sein. Dies ist eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch bestimmte Personen verursacht wird. Die konkrete Gefahr wird durch drei Kriterien bestimmt: den Einzelfall, die zeitliche Nähe des Umschlagens einer Gefahr in einen Schaden und den Bezug auf individuelle Personen als Verursacher. Der hier zu beurteilende Zugriff auf das informationstechnische System kann allerdings schon gerechtfertigt sein, **wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen** [Hervorhebung durch Unterzeichner]. Die Tatsachen müssen 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.“*

Diese Aussagen werden in der Entscheidung des Bundverfassungsgerichts vom 20. April 2016 zum BKA-Gesetz (BVerfGE 141, 220, 272 Rn. 112) in folgender Form aufgegriffen und ergänzt bzw. konkretisiert:

*„Der Gesetzgeber ist von Verfassungs 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. 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 (vgl. BVerfGE 110, 33 [56 f., 61] = NJW 2004, 2213; BVerfGE 113, 348 [377 f.] = NJW 2005, 2603). 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 (BVerfGE 120, 274 [328 f.] = NJW 2008, 822; BVerfGE 125, 260 [330 f.] = NJW 2010, 833).“*

Das Bundesverfassungsgericht führt in seiner Entscheidung vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 und BvR 2618/13 zur Bestandsdatenauskunft II in den Randnummern 147 und 148 Folgendes aus:

*„(b) Der Gesetzgeber ist von Verfassungs 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 unter besonderen Voraussetzungen auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert (vgl. BVerfGE 141, 220 [272] = NJW 2016, 1781 Rn. 112). Allerdings muss stets gewährleistet bleiben, dass Annahmen und Schlussfolgerungen einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen haben (BVerfGE 113, 348 [386] = NJW 2005, 2603). Je gewichtiger das gefährdete Rechtsgut ist und je weiterreichend es durch die jeweiligen Handlungen beeinträchtigt würde, desto geringere Anforderungen dürfen an den Grad der Wahrscheinlichkeit gestellt werden, mit der auf eine drohende Verletzung geschlossen werden kann, und desto weniger fundiert dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die auf die Gefährdung des Rechtsguts schließen lassen (vgl. BVerfGE 100, 313 [392] = NJW 2000, 55; s. auch BVerfGE 110, 33 [55, 60] = NJW 2004, 2213). Umgekehrt steigen bei einem geringen Gewicht des gefährdeten Rechtsguts die Anforderungen an die Prognosesicherheit sowohl hinsichtlich des Grads der Gefährdung als auch hinsichtlich ihrer Intensität (vgl. BVerfGE 113, 348 [386] = NJW 2005, 2603).*

*Eingriffsgrundlagen müssen daher regelmäßig zumindest eine hinreichend konkretisierte Gefahr verlangen. Eine solche kann schon dann 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 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 (BVerfGE 141, 220 [272] = NJW 2016, 1781 Rn. 112*

*mit Verweis auf BVerfGE 120, 274 [328 f.] = NJW 2008, 822 und BVerfGE 125, 260 [330 f.] = NJW 2010, 833). Eine solche Absenkung der Eingriffsschwellen ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aber untrennbar verbunden mit erhöhten Anforderungen an die konkret geschützten Rechtsgüter (vgl. BVerfGE 141, 220 [272] = NJW 2016, 1781 Rn. 112).“*

Deutlich wird damit, dass der Begriff der „drohenden Gefahr“ nicht zum „ersten Mal“ in der Entscheidung zum BKA-Gesetz genannt und „geschaffen“ wird. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Online-Durchsuchung den Begriff der „drohenden Gefahr“ bereits aufgeworfen und in der Entscheidung zum BKA-Gesetz weiter präzisiert (so auch OLG München, Beschluss vom 1. April 2019 – 34 Wx 289/18, Rn. 91). Ersichtlich ist aber auch, dass im Laufe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Terminus der „hinreichend konkretisierten Gefahr“ Erwähnung findet, insbesondere in der Entscheidung zur Bestandsdatenauskunft II.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geht ferner dahin, dass der Begriff der „drohenden Gefahr“ – sofern man diesen der „hinreichend konkretisierten Gefahr“ gleichsetzen möchte – dahingehend auszulegen ist, dass die „drohende Gefahr“ **nicht die geforderte Wahrscheinlichkeitsschwelle absenkt**, sondern die **Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufes reduziert** (so auch Möstl in BayVBl. 2018, 156 (158)).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum BKA-Gesetz Ausführungen zur „drohenden Gefahr“ – vielmehr eigentlich zur hinreichend konkretisierten Gefahr – zu Maßnahmen der Gefahraufklärung (heimliche Überwachungsmaßnahmen) getätigt und sich nicht auf Eingriffe in den Kausalverlauf und damit Beseitigungs- bzw. Verhinderungsmaßnahmen bezogen (BVerfGE 141, 220, 272 Rn. 108 ff., vgl. auch Möstl in BayVBl. 2018, 156 (162)). Auch in seinem Urteil vom 27. Mai 2020 zur Bestandsdatenauskunft II behandelt das Bundesverfassungsgericht „lediglich“ Maßnahmen zur Aufklärung, worum es sich bei dem Abruf von Bestandsdaten regelmäßig handelt. Dementsprechend geht die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 22 f.) – und damit auch Art. 11a Abs. 1 PAG-E – dahingehend fehl, dass die Auffassung vertreten wird, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Mai 2020 würde die „drohende Gefahr“ als neue Gefahrenkategorie bestätigen,

denn diese **Lesart geht zu weit**: es lassen sich in der Entscheidung keine Ausführungen zur Eingriffsschwelle für Beseitigungs- bzw. Verhinderungsmaßnahmen finden. Gegenstand des Beschlusses vom 27. Mai 2020 ist die manuelle Bestandsdatenauskunft als heimliche Aufklärungsmaßnahme. Weiter kann daher auch Rn. 152 („...*anerkannten Eingriffsschwellen der ‚konkretisierten‘ und der ‚drohenden Gefahr‘...*“) nicht ausgelegt werden. Letztlich begeht der Gesetzgeber damit einen „Folgefehler“, wenn er nun die Bestandsdatenauskunft II-Entscheidung als weitere Begründung heranzieht.

Zu beachten ist überdies, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz keine polizeirechtliche Begriffsbildung betreibt, sondern lediglich die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für sicherheitsrechtliche Wahrscheinlichkeiten beschreibt. An der Sache vorbei geht deshalb die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 22), „*dass dadurch der Begriff der konkreten Gefahr verfassungsgerichtlich eingeschränkt wurde, aber andererseits dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet wurde, den Wegfall eines Teils des bisherigen Anwendungsbereichs der konkreten Gefahr durch eine explizite Neuregelung der drohenden Gefahr, jedoch unter der Prämisse einer Beschränkung des Einsatzfeldes der drohenden Gefahr auf den Schutz bedeutender Rechtsgüter, zu kompensieren. Dies ist mit dem Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen im Jahre 2017 erfolgt. Die Einführung der Gefahrenkategorie sollte damit nur einen Ausgleich für die eingeschränkte Auslegung der Gefahrenkategorie der konkreten Gefahr darstellen und keine Vorverlagerung oder Ausweitung eines möglichen Tätigwerdens der Polizei weit in das Gefahrenvorfeld bewirken*“. Dass der Gesetzgeber nicht von vorneherein auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt sein soll, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell des Gefahrenabwehrrechts entsprechen, deutet zudem darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht Ausnahmeregelungen für spezielle Situationen zulassen wollte – im Zusammenhang mit dem BKAG etwa zur Terrorismusbekämpfung (vgl. hierzu bereits Petri, ZD 2018, 453 (455)).

**bb)** Auch die Auslegung (Gesetzesbegründung, LT-Drs. 18/13716, S. 22), dass das Bundesverfassungsgericht nun in seiner Entscheidung zur Bestandsdatenauskunft II ausführe, dass die **Gefahrenkategorie der „drohenden Gefahr“ nicht auf Fälle der Terrorismusabwehr beschränkt** sei („...*etwa zur Verhütung terroristischer*

*Straftaten...*“ (BVerfG, Entscheidung vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 und BvR 2618/13, Rn. 149)), **geht fehl.**

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geht dahin, dass nur bei **herausgehobenen Schutzgütern**, wie etwa zur Verhütung terroristischer Straftaten, die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Geschehensablaufs auch dann weiter abgesenkt und Eingriffe erlaubt werden können, wenn zwar noch kein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch zumindest das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird (vgl. BVerfG, Entscheidung vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 und BvR 2618/13, Rn. 149).

Es wird hier auf die Schutzgüter abgestellt und damit klargestellt, dass eine Herabsetzung an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs nicht bei jedem Schutzgut, sondern nur bei herausgehobenen Schutzgütern (wie im Falle der Entscheidung zur Online-Durchsuchung (s.o.)) – hingegen nicht im Falle von „nur“ bedeutenden Schutzgütern i.S.d. Art. 11a Abs. 2 PAG-E –, möglich ist.

**cc)** Weiterhin lässt die Gesetzesbegründung eine nähere Eingrenzung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 11a Abs. 1 PAG-E vermissen. So ist beispielsweise unklar, wann die Schwelle von „erhebliche[r] Intensität oder Auswirkung“ der Angriffe überschritten sein soll.

**b) Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 PAG**

Ich begrüße sehr, dass das bedeutende Rechtsgut „erhebliche Eigentumspositionen“ gestrichen werden soll. Damit wird einer Empfehlung der Kommission **vollumfänglich nachgekommen** und dies dürfte auch im Sinne der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 7. März 2019, Az.: Vf. 15-VII-18, Rn. 74, sein: *„Bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Befugnissen und Maßnahmen, die der Gefahrenabwehr dienen, kommt es entscheidend darauf an, welches Gewicht die zu schützenden Rechtsgüter haben. Je gravierender in die grundrechtlich geschützte Positionen der Betroffenen eingegriffen werden kann, umso gewichtiger müssen diese Schutzinteressen sein. Als Grundlage tief greifender Maßnahmen kommen grundsätzlich nur be -*

*sonders gewichtige Rechtsgüter, wie Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, in Betracht; nicht ausreichend gewichtig kann insoweit ein uneingeschränkter Sachwertschutz sein (vgl. BVerfGE 141, 220 Rn. 108; vom 18.12.2018 – 1 BvR 142/15 – juris Rn. 99).“*

### c) Art. 11a Abs. 2 Nr. 4 PAG-E

Auch **begrüße** ich, dass der Tatbestand „*Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt*“ (Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 PAG) auf Anlagen der „*kritischen Infrastruktur sowie Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang*“ geändert werden soll. Mit Hilfe der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 24) kann nachvollzogen werden, was darunter verstanden werden kann. Allerdings zeigt dies auch, dass eine Präzisierung nur unter zur Hilfenahme der Begründung und dann der Richtlinie 2008/114/EG des Rates vom 8. Dezember 2008 (ABl. L 345/75), der Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung - BSI-KritisV) und des Kulturgutschutzgesetzes (KGSG) möglich ist. Dies macht es für den Rechtsanwender in der jeweiligen Situation, in der ja schließlich eine drohende Gefahr vorliegt, **nicht einfach zu beurteilen, ob nun ein bedeutendes Rechtsgut i.S.v. Art. 11a Abs. 2 Nr. 4 PAG-E vorliegt**. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Normenklarheit und -bestimmtheit sollte hier eine klare gesetzliche Regelung geschaffen werden. Die folgenden Punkte können hier als Anregung dienen.

### aa) Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang

Zu berücksichtigen ist, was der Kommissionsabschlussbericht nicht näher aufgreift, dass das Kulturgutschutzgesetz im Grundsatz Kulturgüter und damit **nur bewegliche Sachen** umfasst, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG. Unbewegliche Kulturgüter unterfallen hingegen dem Bayerischen Denkmalschutzgesetz. Die Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 24) geht damit nur auf bewegliche Kulturgüter ein, und damit **übersieht der Gesetzentwurf auch den Schutz von „unbeweglichen Kulturgütern“**. Auch wenn dies nicht explizit im Kommissionsabschlussbericht aufgenommen ist, kann dennoch nicht der Schluss gezogen werden, dass unbewegliche Kulturgüter nicht umfasst sein sollen. Die Kommission hat hier in ihrem Abschlussbericht auf S. 31 f. einen Anstoß – eine **Orientierung** – geben wollen, eine Wertung dahingehend vorzunehmen, was darunter zu verstehen sein könnte. Ob letztlich alle unter das Bayerische Denkmalschutzgesetz gefasste Denkmäler schutzwürdig und damit



unter Nr. 4 fallen können bzw. sollen, bedarf einer genaueren Betrachtung. Auch wird nicht jedes Kulturgut i.S.d. Kulturgutschutzgesetzes schutzwürdig und damit ein bedeutendes Rechtsgut darstellen. Anzuregen wäre hier eine Wertung vorzunehmen, die beispielweise eine Begrenzung auf national (wertvolle) Kulturgüter und diesen gleichgestellten Kulturgütern vorsieht, vgl. §§ 6 ff. KGSG. Zudem könnten Denkmäler – zumindest von überregionalem Rang – mit in den Schutzbereich aufgenommen werden. Hier bedarf es daher einer näheren Befassung und Präzisierung durch den Gesetzgeber.

#### **bb) kritische Infrastruktur**

Betreffend die kritische Infrastruktur ist nicht auf den ersten Blick erkennbar, warum in der Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 24) auf die Richtlinie 2008/114/EG verwiesen wird. Diese wurde in die BSI-KritisV umgesetzt, so dass auch ein **direkter Verweis** darauf möglich wäre. Sie könnte für den Anwender mehr Rechtssicherheit schaffen, ohne in der Gesetzesbegründung nach weiteren Vorschriften „forschen“ zu müssen, um in Erfahrung zu bringen, welche Rechtsgüter nun tatsächlich vom Schutz umfasst sind.

- d) Die Empfehlung der Kommission, ein Rangverhältnis zwischen konkreter und drohender Gefahr herzustellen, wird nicht vollständig** abgebildet. Intention war es, das Einschreiten aufgrund einer drohenden Gefahr für nachrangig zu erklären. Ein solches Verhältnis zwischen konkreter und drohender Gefahr soll nach Vorstellung der Kommission nicht nur Art. 11 PAG und Art. 11a PAG-E betreffen, sondern sämtliche Befugnisse, die derzeit ein Einschreiten entweder aufgrund einer konkreten oder drohenden Gefahr legitimieren.

Auch wenn in der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 21) das *„hier dargestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen konkreter und drohender Gefahr [gilt] auch für alle Spezialbefugnisse, bei denen eine entsprechende Abgrenzung vorzunehmen ist, entsprechend“* gilt, so kann dies dem Wortlaut der einzelnen Befugnisse nicht entnommen werden. Hier auf die Vollzugsbekanntmachung zurückzugreifen, schafft keine ausreichende Rechtssicherheit.

## **2. Art. 13 PAG-E (Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen)**

### **a) Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E**

Die PAG-Kommission hat in ihrem Abschlussbericht eine Änderung des Art. 13 PAG-E **nicht empfohlen**. Vielmehr dient diese beabsichtigte Änderung einer weiteren Umsetzung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Dezember 2018 (BVerfGE 150, 244) zur automatisierten Kennzeichenerkennung, vgl. auch LT-Drs. 18/13716, S. 24.

Es ist nicht nachvollziehbar, **warum eine Erweiterung** um polizeiliche Kontrollstellen zum Schutz von gefahrenträchtigen Großereignissen und eingebunden in spezifische polizeiliche Ermittlungsstrategien der Gefahrenabwehr **erforderlich** ist. Mit der Erweiterung wird die Möglichkeit genutzt, unterhalb der Schwelle des Buchst. a Maßnahmen, insbesondere eine automatisierte Kennzeichenerkennung i.S.d. Art. 39 PAG, durchzuführen.

Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Beschluss vom 18. Dezember 2018 (BVerfGE 150, 244, 294 f. Rn. 133) Folgendes aus:

*„Zwar beschränkt die Verfassung die Einrichtung von polizeilichen Kontrollstellen nicht auf Situationen, in denen eine konkrete Gefahr vorliegt. Vielmehr kann der Gesetzgeber Kontrollstellen auch unterhalb dieser Schwelle erlauben, etwa zum Schutz von gefahrenträchtigen Großereignissen oder eingebunden in spezifische polizeiliche Ermittlungsstrategien. Solche Fälle muss er dann aber in hinreichend klarer und begrenzter Form regeln. Soweit er diesbezüglich keine weiteren Maßgaben schafft, ist davon auszugehen, dass die Vorschrift durch das Erfordernis einer konkreten Gefahr in das allgemeine Sicherheitsrecht eingebunden bleiben sollte und hierdurch ihre verfassungsrechtlich erforderliche Begrenzung erhält.“*

Die Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 24) bringt vor, dass mit Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b und c PAG-E die „vom BVerfG ausdrücklich vorgesehenen Fallkonstellationen“ umgesetzt würden.

„Ausdrücklich vorgesehen Fallkonstellationen“ können daraus nicht abgeleitet werden. Vielmehr handelt es sich um beispielhafte Fallkonstellationen. Keinesfalls kann aus dem Passus „etwa zum Schutz von gefahrenträchtigen Großereignissen oder

*eingebunden in spezifische polizeiliche Ermittlungsstrategien“* daher eine „Umsetzungspflicht“ abgeleitet werden.

Der Forderung des Bundesverfassungsgerichts in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber solche *„Fälle [muss er] dann aber in hinreichend klarer und begrenzter Form regeln“* (BVerfGE 150, 244, 294 f. Rn. 133) muss, wird überdies in der Entwurfsfassung nicht nachgekommen. So führt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 18. Dezember 2018 (BVerfGE 150, 244, 293 Rn. 129) weiter aus, dass Art. 39 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 PAG *„...Kennzeichenkontrollen zur Unterstützung von polizeilichen Kontrollstellen [eröffnet], soweit diese einerseits zur Verhinderung schwerer Straftaten sowie andererseits zur Verhinderung versammlungsrechtlicher Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten eingerichtet sind. Der Schutz vor diesen Straftaten ebenso wie der Schutz von Versammlungen betrifft Rechtsgüter von erheblichem Gewicht, die die Kennzeichenkontrolle rechtfertigen. Bei verständiger Auslegung der Vorschrift ist die Durchführung der Kennzeichenkontrollen auch auf hinreichend eingegrenzte Anlässe beschränkt“*. Damit bestätigt das Bundesverfassungsgericht, dass es dem **Schutz von Rechtsgütern von erheblichem Gewicht bedarf**. Die Einführung von Identitätskontrollen und automatisierten Kennzeichenerfassungen lediglich bei **in irgendeiner Art und Weise sowie nicht näher definierten gefahrenträchtigen Großereignissen oder bei spezifischen polizeilichen Ermittlungsstrategien erreichen diese Schwelle keinesfalls**.

Unter Heranziehung der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 24 f.) wird mit dieser Erweiterung die Befugnis geschaffen, beispielsweise bei Konzerten oder Sportveranstaltungen Kontrollstellen einzurichten und Identitätsfeststellungen sowie automatisierte Kennzeichenerfassungen und -abgleiche i.S.d. Art. 39 PAG durchzuführen. Alleine die Tatsache, dass eine größere Sportveranstaltung oder ein Konzert mit vielen Teilnehmern stattfindet, birgt aber nicht per se ein höheres Gefahrenpotential, welches einen solchen Eingriff rechtfertigen könnte.

Völlig intransparent ist, was man sich unter „spezifische polizeiliche Ermittlungsstrategien der Gefahrenabwehr“ vorzustellen hat. Nicht zuletzt deshalb, da davon auszugehen ist, dass derartige Strategien als Verschlussache **eingestuft** sind, ist eine Ausweitung des Art. 13 PAG an dieser Stelle aus datenschutzrechtlicher Sicht **nicht akzeptabel**.

Überdies kann bereits ein wesentlicher Teil der in der Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 25) **aufgezeigten Beispiele unter die bestehende Vorschrift subsumiert werden**. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a PAG-E bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 PAG derzeitige Fassung regelt jedenfalls die angesprochenen Kriminalitätsschwerpunkte, wie Menschenhandel, serienmäßig begangene Brandstiftungen oder gehäuft auftretende Wohnungseinbruchdiebstähle, vgl. § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. i, j, u Strafgesetzbuch (StGB).

### **3. Art. 14 PAG-E (Erkennungsdienstliche Maßnahmen)**

#### **a) Art. 14 Abs. 3 bis 7 PAG-E**

Zu Art. 14 Abs. 3 bis 7 PAG-E ist generell Folgendes anzumerken: Die Kommission hat in ihrem Abschlussbericht auf S. 41 f. herausgearbeitet, dass der Befugnis ein eher **geringer praktischer Anwendungsbereich** inne wohnt. Die Empfehlung der Kommission auf S. 43 f. geht **vorrangig dahingehend, die Befugnis aufgrund ihrer geringen Bedeutung aufzuheben**. Der Gesetzentwurf hat sich hingegen für folgende Alternative entschieden: wenn es schon einer solchen Befugnis bedarf, dann „auch für geeignete“ Fälle – hilflose Personen und unbekannte Leichen. Letztlich entscheidet sich der Gesetzgeber die **Befugnis noch weiter auszubauen**.

Auch im Rahmen meiner im letzten Jahr durchgeführten datenschutzrechtlichen Prüfung gem. Art. 16 Abs. 1 Bayerisches Datenschutzgesetz (BayDSG) musste ich – wie auch die Kommission feststellen –, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift äußerst gering ist. Ich unterstreiche daher meine **dringende Empfehlung**, die Vorschrift **ersatzlos zu streichen**.

Folgende Anmerkungen sind daher **hilfsweise**, soweit eine **ersatzlose Streichung** nicht in Betracht kommen sollte.

#### **b) Art. 14 Abs. 3 PAG-E**

Die in Art. 14 Abs. 3 Satz 4 PAG vorgesehene Anordnung durch eine Richterin/einen Richter wurde hier aufgrund der Verschlankung des Absatzes in Satz 1 miteingefügt. Dieser Richtervorbehalt ist deklaratorisch zudem in Art. 94 Nr. 1 PAG-E aufgenommen. Es wird hier empfohlen, generell auf diese **Doppelungen zu verzichten**, was für den gesamten Gesetzentwurf gilt. Vielmehr sollte eine **stringente Lösung** gewählt werden: **entweder eine Auflistung in Art. 94 oder in den jewei-**

**ligen Befugnissen.** Der Regelung des Art. 95 PAG-E tut weder der einen noch die anderen Alternative einen Abbruch. Auch wenn die Gesetzesbegründung darin eine erhöhte Anwenderfreundlichkeit und Übersichtlichkeit (LT-Drs. 18/13716, S. 37) sieht, so erscheint dennoch die derzeit beabsichtigte Lösung **keinen Mehrwert für den Rechtsanwender** zu haben.

Sowohl dem **Entwurf als auch der Begründung fehlt** eine Umsetzung bzw. ein Hinweis darauf, wie die Empfehlung der Kommission umgesetzt werden soll, den Richtervorbehalt nach Art. 14 Abs. 3 und auch Art. 14 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 PAG-E (s.u. Ziffer 3c)cc)) **nicht** durch ein wie auch immer geartetes **Einverständnis** ersetzen zu können. Dem Gesetzeswortlaut ist hier nichts zu entnehmen. Der Empfehlung kann entnommen werden, dass „zumindest“ eine ausdrückliche Klarstellung in einer Vollzugsbekanntmachung zu erfolgen hat. **Vorzugswürdiger erscheint hier jedoch eine Umsetzung im Gesetz selbst.** Trotz des nun vorgesehenen Richtervorbehalts sollte im Gesetz selbst das „Verbot einer freiwilligen DNA-Abgabe“ manifestiert werden. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang aufgrund der Erweiterung auf hilflose Personen auch immer zu berücksichtigen, dass hilflose Personen mitunter gar nicht einwilligungsfähig sind.

### **c) Art. 14 Abs. 4 PAG-E**

#### **aa) Erweiterung auf hilflose Personen**

Es ist jedenfalls dringend zu empfehlen, wenn auch in der Vollzugsbekanntmachung, zu definieren wann eine Person eine „hilflose Person“ ist. Vor dem Hintergrund des potentiell schwerwiegenden Grundrechtseingriffs, müssen insbesondere im Rahmen der **Verhältnismäßigkeit hohe Hürden** gesetzt werden.

#### **bb) Erweiterung auf unbekannte Leichen**

Im Falle des Auffindens einer unbekanntes Leiche ist eine solche **Befugnis nicht erforderlich.** So ist eine Identifizierung nach § 88 StPO möglich, auch wenn kein Anfangsverdacht für eine Straftat im Raum steht. *„Bestehen bei einem Todesfall Anhaltspunkte für einen nicht natürlichen Tod oder wird eine unbekanntes Leiche gefunden, so läuft (auch bei einem zunächst noch fehlenden Straftatverdacht) ein Todesermittlungserfahren i.e.S. an. Dieses basiert im Wesentlichen auf § 159 StPO und stellt noch kein übliches strafprozessuales Ermittlungsverfahren dar; vielmehr handelt es sich dabei um ein Verfahren eigener Art (so BGHSt 49, 29). Zweck die-*

*ses besonderen Verfahrens ist die vorsorgliche Beweissicherung für den hypothetisch möglichen Fall, dass der Tod durch die Straftat eines anderen herbeigeführt worden sein sollte. Ferner ist die genaue Todesursache abzuklären und ggf. die Identität des Verstorbenen festzustellen.“* (Kastner in Möllers Polizei-WB, 3. Auflage 2018, Todesermittlungsverfahren). Gem. § **159 StPO** besteht die Pflicht von Polizei- und Gemeindebehörden zur sofortigen Anzeige an die Staatsanwaltschaft oder an das Amtsgericht, wenn „*der Leichnam eines Unbekannten gefunden*“ wird.

### **cc) Richtervorbehalt**

Art. 14 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 PAG-E ist nicht in Art. 95 Abs. 1 Satz 2 PAG-E mitaufgenommen. Dort ist nur ein Verweis auf Art. 14 Abs. 3 PAG-E vorgesehen. Eine diesbezügliche **Differenzierung zwischen beiden Befugnissen im Falle einer Gefahr in Verzug ist nicht nachvollziehbar**. Auch wird in den Fällen des Art. 14 Abs. 4 PAG-E in der Regel keine Eilbedürftigkeit in diesem Sinne vorliegen. So sollte jedenfalls auch in Art. 95 Abs. 1 Satz 2 PAG-E eine Verweisung auf Art. 14 Abs. 4 PAG-E als grundrechtssichernde Verfahrensvorschrift vorgesehen werden: „...2Satz 1 gilt nicht für Maßnahmen der molekulargenetischen Untersuchung nach Art. 14 Abs. 3, Abs. 4 und freiheitsentziehende Maßnahmen nach Art. 97.“

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine dem Polizeirecht typisch innewohnende Gefahrenlage bei der Identifizierung von Leichen nicht gegeben ist. In der Regel handelt es sich hier nicht um eine Form der Gefahrenabwehr.

Sowohl dem **Entwurf als auch der Begründung fehlt** eine Umsetzung bzw. ein Hinweis darauf, wie die Empfehlung der Kommission umgesetzt werden soll, den Richtervorbehalt nach Art. 14 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 PAG-E betreffend hilfloser Personen **nicht** durch ein wie auch immer geartetes **Einverständnis** ersetzen zu können.

### **dd) Speicherung nach Art. 14 Abs. 4 Satz 3 PAG-E**

Für die nun neu eingeführte Speicherung der DNA-Identifizierungsmuster in Dateien ist **keine gesetzliche Regelung zur Speicherdauer und Löschung** dieser DNA-Identifizierungsmuster vorgesehen. Ob hier eine Anwendung der Art. 53 und 54 PAG in Betracht kommen sollen, ist derzeit nicht ersichtlich. Jedenfalls **lehne ich eine Behandlung nach Art. 53 und 54 PAG** aufgrund der langen Speicherdauer für diese besonderen Kategorien personenbezogener Daten als unverhältnismäßig **ab**.

Die Regelspeicherfristen werden der hochsensiblen Qualität dieser personenbezogenen Daten nicht gerecht.

#### **bb) Verweisung auf § 81f Abs. 2 StPO**

Es ist zu begrüßen, dass eine Verweisung auf § 81f Abs. 2 StPO in Art. 14 Abs. 5 Satz 5 PAG-E vorgenommen wird und damit das Gesetz um **grundrechtsschützende Verfahrensregelungen** ergänzt wird.

#### **d) Art. 14 Abs. 6 PAG-E**

Art. 14 Abs. 6 Satz 2 PAG-E kommt der Empfehlung der Kommission, die Regelung so zu fassen, dass „*sie die Polizei zur Feststellung der Voraussetzungen für die Vernichtung der erkennungsdienstlichen Unterlagen befähigt*“ (S. 43), **nicht** nach.

Der bisherige Art. 14 Abs. 5 PAG sieht vor, dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen unverzüglich zu vernichten sind, wenn die Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 1 oder 3 PAG entfallen sind. Die Neufassung in Art. 14 Abs. 6 Satz 2 PAG-E hat den **identischen Wortlaut**.

#### **4. Art. 32a PAG-E (Molekulargenetische Untersuchung bei Spurenmaterial unbekannter Herkunft)**

##### **a) Subsidiaritätsklausel**

Eine von der Kommission empfohlene nochmalige Hinterfragung der Notwendigkeit dieser Norm (S. 48) geschah offensichtlich nicht. Ganz im Gegenteil, die Befugnis in Art. 32a PAG-E geht in der **beabsichtigten Fassung sogar noch über die derzeitige Fassung des Art. 32 Abs. 2 Satz 2 PAG hinaus**. So fehlt es der Entwurfsfassung an der Einschränkung „...*wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*“ Demnach ist bei Vorliegen einer bloßen abstrakten Gefahr bereits die Durchführung einer solchen Maßnahme zulässig. Es wird dringend empfohlen, diese der besonderen Eingriffsintensität dienende Subsidiaritätsklausel wieder einzuführen: „(1) Die Polizei kann...erheben, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.“

## b) Grundrechtsflankieren Verfahrensregelungen

### aa) Speicherdauer

Zudem lassen die verfahrensrechtlichen Regelungen nach wie vor weitere bedeutende **grundrechtsflankierende Vorschriften** vermissen. So sind „insbesondere die zulässige Speicherdauer der DNA-Identifizierungsmuster und die zulässigen Verwendungszwecke der erhobenen DNA-Daten nicht klar geregelt. Bereits bei DNA-Identifizierungsmustern handelt es sich um genetische Daten iSd Art. 3 Nr. 12 JI-DSRL, die – als besondere Kategorie personenbezogener Daten – besonders strengen Anforderungen an die Verarbeitung unterliegen. Hierfür sind hinreichende geeignete Garantien vorzusehen, die auch in verfahrensrechtlichen Maßgaben zu bestehen haben, hier aber nicht erkennbar sind.“ (BeckOK PolR Bayern/Petri, 12. Ed. 1.2.2019, PAG Art. 32 Rn. 25).

**Klare Regelungen zur Speicherdauer** empfiehlt auch die Kommission (vgl. Abschlussbericht S. 48). Art. 32a Abs. 2 Satz 2 PAG-E sagt hierzu aus: „Die DNA-Identifizierungsmuster sind unverzüglich zu löschen, wenn der Zweck der Maßnahme nach Absatz 1 erreicht ist und soweit sie nicht nach anderen Rechtsvorschriften aufbewahrt werden dürfen.“ Die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 29) führt hierzu ergänzend aus: „...Wenn der Zweck der Maßnahme nach Abs. 1 erreicht ist und die DNA-Identifizierungsmuster nicht nach anderen Rechtsvorschriften aufbewahrt werden dürfen, sind diese unverzüglich zu löschen. Die nach Art. 53 Abs. 5 festzulegenden Prüfungstermine oder Aufbewahrungsfristen (Art. 54 Abs. 2 Satz 3) bleiben unberührt.“ Dies stellt **keine** klare und eindeutige Regelung der zulässigen Speicherdauer dar. Es ist daher dringend zu empfehlen, Art. 32a Abs. 2 PAG-E diesbezüglich zu **ergänzen**. Art. 32a Abs. 2 Satz 2 PAG-E befähigt die Polizei nicht zu einer Feststellung der Voraussetzungen für die Vernichtung der DNA-Identifizierungsmuster.

Zudem bleibt offen, welche Rechtsvorschriften neben Art. 53 und 54 PAG betreffend eine weitere Speicherung in Betracht kommen. Auch lehne ich eine Anwendbarkeit der Art. 53, 54 PAG ab (s.o. Ziffer 3.c)dd)). Die Anwendbarkeit der Art. 53 und 54 PAG kommt insbesondere dem **Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit sowie der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts** nicht nach. Bei den vorliegenden personenbezogenen Daten handelt es sich um besondere Kategorien personenbezogener Daten i.S.d. Art. 3 Nr. 12 RLDSJ und Art. 30



Abs. 2 PAG. Die Anwendbarkeit der gem. Art. 53 Abs. 5 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 PAG festzulegenden Speicherfristen werden diesem in keiner Weise gerecht. Es ist daher zu **empfehlen in Art. 32a PAG-E selbst** verhältnismäßige und dem Zweck entsprechende Speicherfristen zu regeln.

#### **bb) Richtervorbehalt**

Mit der Einführung des Richtervorbehalts wird eine Empfehlung der Kommission (S. 48) umgesetzt, die **sehr zu begrüßen** ist.

#### **cc) Protokollierung**

**Begrüßenswert** ist die Verweisung des Art. 32a Abs. 2 Satz 3 PAG-E auf Art. 63 Abs. 2 und 3 PAG. Allerdings regeln Art. 63 Abs. 2 und 3 PAG auch nicht konkret genug, wann diese Protokolle zu vernichten sind. Ich empfehle daher dringend folgende Änderung des Art. 63 Abs. 3 Satz 3 PAG: „Soweit die Dokumentation für Zwecke des Art. 63 Abs. 3 Satz 1 nicht mehr benötigt wird, spätestens aber nach Ablauf des dritten Kalenderjahres, das dem Jahr der Protokollierung folgt, ist sie zu löschen.“

#### **dd) Verweisung auf § 81f StPO**

Die Verweisung auf § 81f Abs. 2 StPO ist zu begrüßen.

### **5. Art. 33 Abs. 4 Satz 4 PAG-E (Offene Bild- und Tonbandaufnahmen)**

#### **a) Aufnahmen in Wohnungen**

Die Kommission empfiehlt in ihrem Abschlussbericht (S. 65), *„Aufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 4 PAG in Wohnungen unter den Vorbehalt einer unverzüglich nachzuholenden richterlichen Entscheidung zu stellen. Zudem sollte im Gesetz vorgesehen werden, dass die von der Maßnahme betroffenen Personen eine rechtsmittelfähige Bescheinigung ausgehändigt bekommen, etwa in Anlehnung an die Regelung nach Art. 24 Abs. 4 und 6 PAG...“*. Dieser Empfehlung möchte der Gesetzentwurf mit Abs. 4 Satz 4 und 5 PAG-E nachgekommen sein. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Gesetzentwurf stellt auf die **Verwertbarkeit** der erlangten Aufnahmen in Wohnungen ab. Die Empfehlung der Kommission geht aber dahin, die **Zulässigkeit der Aufnahme in Wohnungen per se einer richterlichen Entscheidung** zu unterstellen. Die Gesetzesbegründung hierzu auf S. 29 (LT-Drs. 18/13716) geht daher auch

fehl. Eine Umsetzung der Empfehlung der Kommission kann daher mit Abs. 4 Satz 5 PAG-E nicht erfolgen.

Demnach **mangelt es der Norm nach wie vor am zwingend erforderlichen Richtervorbehalt**. Denn die Regelung des Art. 33 Abs. 4 Satz 3 PAG unterfällt dem Maßstab des **Art. 13 Abs. 4 GG** (vgl. hierzu bereits meine Stellungnahme zum PAG-Neuordnungsgesetz unter <https://www.datenschutz-bayern.de/nav/0710.html>). Vielmehr müsste daher – da eine richterliche Entscheidung in vielen Fällen erst nachholbar sein wird – die Maßnahme nach Art. 33 Abs. 4 Satz 3 PAG einer unverzüglichen richterlichen Entscheidung zugeführt werden.

Die wiederholte Argumentation in der Begründung (LT-Drs. 18/13716. S. 29), dass die Maßnahme des Art. 33 Abs. 4 Satz 3 PAG unter die Schranke des Art. 13 Abs. 7 GG und nicht unter Art. 13 Abs. 5 GG falle, geht fehl. Denn weder Art. 13 Abs. 5 noch Abs. 7 GG sind vorliegend einschlägig. Art. 13 Abs. 5 GG sieht vor, dass die technischen Mittel *„ausschließlich zum Schutze der bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen vorgesehen“* sind. Dies ist ausweislich der Gesetzesbegründung zum PAG-Neuordnungsgesetz (LT-Drucksache 17/20425, S. 51 f.) nicht der Fall: In *„Abs. 4 [werden] rechtsklar die Voraussetzungen speziell für den Einsatz von Bild- und Tonaufnahme- sowie -aufzeichnungsgeräten getroffen, deren Einsatz in erster Linie dem Eigenschutz von Polizeibeamten, ggf. aber auch dem Schutz dritter Personen dient.“* Vielmehr ist hingegen Art. 13 Abs. 4 GG einschlägig. Ein Rückgriff auf Art. 13 Abs. 7 GG ist damit unzulässig (BeckOK GG/ Kluckert, 45. Ed. 15.11.2020, GG Art. 13 Rn. 24). Der Gesetzgeber hat nicht die Definitionshoheit über den verfassungsrechtlichen Begriff der technischen Überwachung in Art. 13 Abs. 4 GG. Wenn man den grundrechtlichen Gehalt der Unverletzlichkeit der Wohnung nicht aushöhlen will, muss der Begriff der technischen Wohnraumüberwachung an der objektiven Überwachungseignung anknüpfen (vgl. bereits Petri, ZD 2018, 453 (458)). Videokameras zählen unzweifelhaft zu den technischen Überwachungsmitteln (Maunz/Dürig/Papier, 91. EL April 2020, GG Art. 13 Rn. 73). *„Ihr Einsatz in Wohnungen ist damit ebenso unzweifelhaft eine ‚technische Überwachung‘, weil und soweit die Aufzeichnungen nahezu zwingend die räumlichen Gegebenheiten einer Wohnung erfassen. Ebenso wenig gibt der maßgebliche Wortlaut des Art. 13 Abs. 4 GG einen Anhaltspunkt dafür, dass die technische Überwachung begriffsnotwendig heimlich sein müsse. Zu bedenken ist dabei, dass auch offene*

*Überwachungsmaßnahmen eine Eingriffsintensität entfalten können, die mit der Eingriffsintensität von heimlichen Überwachungsmaßnahmen durchaus vergleichbar ist. Gerade bei der Wohnung als Rückzugsraum bzw. als Gewährleistung einer räumlichen Privatsphäre besteht ein gesteigertes Risiko der Bloßstellung betroffener Personen, die durch eine offene Bildaufzeichnung verstärkt werden kann“* (vgl. Petri, ZD 2018, 453 (458)). Damit verletzt Art. 33 Abs. 4 Satz 3 PAG-E in der derzeitigen Fassung das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG.

Zudem liefe die richterliche Überprüfung mit dem beabsichtigten Wortlaut des Art. 33 Abs. 4 Satz 5 PAG-E in zahlreichen Fällen **ins Leere**. Denn eine Überprüfung ist nur für Fälle der Verwertbarkeit der Erkenntnisse zum Zwecke der Gefahrenabwehr vorgesehen; dass im **Regelfall** aber eine **Verwertung der Erkenntnisse im Rahmen der Strafverfolgung** vorliegen wird, bleibt unberücksichtigt und unregelt. Für den Regelfall ist demnach nach wie vor kein Richtervorbehalt – nicht einmal eine richterliche Überprüfung betreffend die Zulässigkeit der Verwertung der Erkenntnisse – vorgesehen.

Wenn nun die Geräte überwiegend dem Eigenschutz der Polizeibeamtinnen und -beamten dienen sollen, so wird schon daraus deutlich, dass im **Regelfall eine Verwertung im Rahmen der Strafverfolgung** erfolgen soll. Der Hinweis in der Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 29), dass im Hinblick auf die Verwertung im Rahmen des Strafverfahrens die allgemeinen Regelungen der Strafprozessordnung gelten sollen und es deshalb keiner gesonderten Aufnahme einer nachträglichen richterlichen Überprüfung auch für diese Fälle bedurfte, geht fehl. **Art. 13 Abs. 4 GG sieht nicht lediglich eine richterliche Überprüfung der Verwertbarkeit der Aufnahmen vor, sondern bereits einen Richtervorbehalt für die Maßnahme an sich.** Die Annahme des Gesetzgebers (Begründung LT-Drs. 18/13716, S. 29) geht daher fehl, dass im neu eingefügten Satz 5 ein weiterer Richtervorbehalt eingeführt wurde.

Auch scheint das Vorgehen des Gesetzgebers deshalb inkonsequent, da nach der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 29) als auch der Gesetzesbegründung zur Einführung des Art. 33 Abs. 4 PAG (LT-Drucksache 17/20425, S. 51 f.) als Eingriffsschranke Art. 13 Abs. 7 GG gelten solle. Dennoch wird dann eine Regelung i.S.d. Art. 13 Abs. 5 Satz 2 GG gewählt.

Art. 33 Abs. 4 Satz 3 PAG-E ist daher **zwingend um einen Richtervorbehalt** bzw. **eine zwingende richterliche Bestätigung** zu ergänzen. In diesem Zusammenhang ist auch **zwingend Art. 95 Abs. 5 Satz 2 PAG-E anzupassen**. Denn die jedenfalls einzuholende richterliche Bestätigung i.S.v. Art. 95 Abs. 5 Satz 1 PAG-E läuft regelmäßig wegen Art. 95 Abs. 5 Satz 2 PAG-E leer. Nach Art. 95 Abs. 5 Satz 2 PAG-E gilt dies „*außer in Fällen des Art. 41 Abs. 1 nicht, wenn die Maßnahme bereits vorher erledigt*“ ist. Der letzte Satz ist daher **zwingend zu streichen**, da der **Richtervorbehalt im Regelfall ausgehebelt** wird, da die Maßnahme bereits regelmäßig – jedenfalls vor Ablauf der Drei-Tages-Frist des Art. 95 Abs. 5 Satz 3 PAG-E – beendet sein wird. **Hilfsweise** – für den Fall, dass keine Streichung erfolgt – muss jedenfalls Art. 33 Abs. 4 Satz 3 PAG-E in Art. 95 Abs. 5 Satz 2 PAG-E zusätzlich zu Art. 41 Abs. 1 PAG aufgenommen werden: „Satz 2 gilt außer in den Fällen des Art. 33 Abs. 4 Satz 3 und Art. 41 Abs. 1 nicht, wenn die Maßnahme bereits vorher erledigt ist.“ Dies ist auch nur stringent, da beide Maßnahmen vergleichbar sind und in Art. 13 GG eingreifen.

- b) Der nun vorgesehene Satz 4, welcher eine Dokumentation der Maßnahme gegenüber der oder den betroffenen Personen in geeigneter Weise vorsieht, setzt nicht die Empfehlung der Kommission um. Eine Umsetzung dieser Dokumentation kann nach der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 29) zu Art. 33 Abs. 4 PAG-E „*etwa durch die Übergabe oder Einwurf eines Informationsblattes*“ erfolgen. Ein Informationsblatt ist nicht mit einer – wie von der Kommission empfohlenen – **rechtsmittelfähigen Bescheinigung** gleichzusetzen. Die Empfehlung der Kommission zielt darauf ab, der oder den betroffenen Personen die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung einzuräumen. Mit der Aushändigung eines Informationsblattes kann diese Empfehlung nicht umgesetzt werden.

Wird aber die richterliche Entscheidung – Anordnung oder in Eilfällen die richterliche Bestätigung – für Aufnahmen in Wohnungen per se – und nicht nur für deren Verwertbarkeit – umgesetzt, so wird dem Betroffenen auch eine Rechtsmittel an die Hand gegeben, da ein rechtsmittelfähiger richterlicher Beschluss vorläge.

## 6. Art. 34 PAG-E (Elektronische Aufenthaltsüberwachung)

### a) Art. 34 Abs. 1 PAG-E

Die Einführung des Richtervorbehalts ist auch hier zu **begrüßen**.

#### b) Art. 34 Abs. 2 PAG-E

Die Einführung des Richtervorbehalts auch für die Erstellung eines Bewegungsbildes (derzeit noch Art. 34 Abs. 2 Satz 3 PAG) ist zu **begrüßen**.

#### c) Art. 34 Abs. 3 Satz 2 PAG-E

Die Kommission empfiehlt auf S. 73 ihres Abschlussberichts, „dass „keine über den Umstand (der Anwesenheit der betroffenen Person) hinausgehende Aufenthaltsdaten“ erhoben werden dürfen“. Gemeint ist damit auch der – soweit mögliche technische – Ausschluss der Erhebung von Aufenthaltsdaten Dritter – neben der betroffenen Person. Die derzeitige Umsetzung im Entwurf ist **zu begrüßen und setzt die Empfehlung um**.

#### 7. Art. 35 PAG-E (Postsicherstellung)

Mit Aufhebung des Absatzes 2 wird auch die Regelung bei Gefahr in Verzug gestrichen, da dies nun zentral in Art. 95 PAG-E geregelt werden soll. Die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716, S. 30) führt hierzu allerdings lediglich aus, dass sich *„der Richtervorbehalt künftig aus Abs. 1 ergibt...“*. Der Verweis auf Art. 95 PAG-E findet sich lediglich in der Begründung zu Nr. 21 Buchst. a (LT-Drs. 18/13716, S. 30); ein Bezug besteht aber auch zur Änderung Nr. 21 Buchst. c. Dies ist irreführend. Es wird daher angeregt, die **Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang nachvollziehbarer** zu gestalten.

Mit Änderung des Art. 35 Abs. 3 PAG-E wird ohne weitere Begründung die **widerrechtliche** Übertragbarkeit auf die Polizei gestrichen. Nicht klar ist daher, ob eine Übertragung in Eilfällen auf den Einzelfall abschließend ist und es deshalb der Möglichkeit eines Widerrufs nicht mehr bedarf oder ob letztlich mit der Änderung des Wortlauts eine Erweiterung der Kompetenz der Polizei angestrebt wird. Es wird daher empfohlen sich hier an § 50 Abs. 5 BKAG zu orientieren: „...2Es kann die Befugnis zur Öffnung widerruflich auf die Polizei übertragen, soweit dies erforderlich ist, um die Abwehr der Gefahr nicht durch Verzögerung zu gefährden.“

#### 8. Art. 36 PAG-E (Besondere Mittel zur Datenerhebung)

Eine Anpassung des Art. 36 PAG hat die Kommission nicht empfohlen. Nichts desto trotz ist eine **klarerer Regelung zu begrüßen**.

Gleichwohl darf Folgendes angemerkt werden:

**a) Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e PAG-E**

Eine Anordnungsbefugnis nach den Abs. 3, 4 und 5 ist für eine Maßnahme nach Art. 36 Abs. 1 Buchst. e PAG-E nicht vorgesehen. Vermutlich handelt es sich dabei um ein Versehen. Es wird daher angeregt, die Anordnungsbefugnis des Art. 36 Abs. 4 Satz 1 PAG-E auch um den **Buchst. e zu ergänzen**.

**b) Art. 36 Abs. 3 PAG-E**

Art. 36 Abs. 3 PAG-E schreibt vor, dass *„Maßnahmen unter Einsatz besonderer Mittel nach Abs. 1 Nr. 1 und 2 Buchst. a und b [dürfen] nur durch den Richter angeordnet werden“* dürfen. Der Wortlaut legt hier nahe, dass eine **ausschließliche Anordnung durch eine Richterin/einen Richter** erfolgen muss. Dies ist auch vor dem Hintergrund des schwerwiegenden Grundrechteingriffs zwingend, was auch die derzeitige gesetzliche Regelung vorsieht, vgl. Art. 36 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 3 Satz 3 PAG.

Allerdings ist über Art. 95 Abs. 1 Satz 1 PAG-E im Falle von Gefahr in Verzug eine Anordnung durch den Leiter des Landeskriminalamts oder eines Präsidiums der Landespolizei möglich. Eine Auflistung in Art. 95 Abs. 1 Satz 2 PAG-E liegt nicht vor. So kann dieser ausschließliche Richtervorbehalt im Falle von Gefahr in Verzug wieder **ausgehebelt** werden. Darüber hinaus kann diese Anordnungsbefugnis dann auch noch i.S.v. Art. 95 Abs. 2 Satz 1 PAG-E weiter übertragen werden. Eine Auflistung in Art. 95 Abs. 2 Satz 2 PAG-E liegt nämlich wiederum nur für Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b PAG-E vor – nicht jedoch für Art. 36 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchst. a PAG-E. Demzufolge kann dieser explizit ausgestaltete Richtervorbehalt in Art. 36 Abs. 3 PAG-E sehr leicht umgangen werden. Auch ist diesbezüglich die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 18/13716 S. 31 f.) irreführend. Dort heißt es: *„In den Abs. 3 bis 5 werden die Anordnungskompetenzen für die in Abs. 1 neu aufgezählten Mittel der Datenerhebung systematisch zusammengefasst und gebündelt: In Abs. 3 werden die Maßnahmen aufgeführt, die unter Richtervorbehalt stehen, in Abs. 4 diejenigen Maßnahmen, die durch den Leiter des Landeskriminalamtes oder eines Präsidiums der Landespolizei (sog. Präsidentenvorbehalt) angeordnet werden können. Aus Abs. 5 ergeben sich nun die Anordnungsbefugnisse für Personenschutzmaßnahmen, die auch künftig in Abs. 5 Satz 1 legaldefiniert werden.“* Folglich wird mit

Art. 95 PAG-E diese Neustrukturierung des Art. 36 PAG-E teilweise wieder ausgehebelt und aufgehoben.

Aufgrund des gravierenden Grundrechtseingriffs wird **dringend empfohlen**, zumindest die Maßnahme nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchst. a und b PAG-E in Art. 95 Abs. 2 Satz 2 PAG-E mitaufzunehmen.

**c) Art. 36 Abs. 4 PAG-E**

Es wird angeregt, die Anordnungsbefugnis des Art. 36 Abs. 4 Satz 1 PAG-E auch um den Buchst. e zu **ergänzen** (vgl. Ziffer 8.a)).

**d) Art. 36 Abs. 7 PAG-E**

Um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausreichend Rechnung zu tragen, sollte zudem Art. 36 Abs. 7 PAG-E hinsichtlich der **Anordnungsdauer** um folgenden Satz ergänzt werden: „Liegen die Voraussetzungen der Anordnung in den Fällen der Absätze 4 und 5 nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden.“ Denn die in Art. 96 Abs. 2 Satz 1 PAG-E geregelte Maßnahmenbeendigung bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen gilt nur bei richterlichen Anordnungen und Bestätigungen, folglich nur für Art. 36 Abs. 3 PAG-E.

**9. Art. 39 Abs. 2 PAG-E (automatisierte Kennzeichenerkennungssysteme)**

Art. 39 Abs. 2 ist um folgenden Satz zu ergänzen: „Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden.“ Denn die in Art. 96 Abs. 2 Satz 1 PAG-E geregelte Maßnahmenbeendigung bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen gilt nur bei richterlichen Anordnungen und Bestätigungen.

**10. Art. 41 PAG-E (Einsatz technischer Mittel in Wohnungen)**

Es könnte die Gelegenheit genutzt werden, eine **Löschungsfrist für die Lösungsprotokolle** i.S.v. Art. 41 Abs. 5 Satz 5 PAG zu verankern. Ebenso wie Art. 51 Abs. 2 Satz 3 PAG eine Lösungsregelung für die dort genannten Protokolle vorsieht, ist auch für hiesige Lösungsprotokolle eine Lösungsfrist zu regeln. Eine solche Frist sollte flexibel nach Erforderlichkeitskriterien ausgestaltet, jedoch zugleich mit einer Höchstfrist versehen sein. Das Bundesverfassungsgericht legt im BKAG-Urteil (BVerfGE 141, 220) zwar selbst keine konkrete Obergrenze

fest. Zur Löschung der Löschprotokolle stellt es nur fest, dass „*die Frist ihrer Aufbewahrung ... so bemessen sein [muss], dass die Protokolle bei typisierender Betrachtung nach der Benachrichtigung der Betroffenen und im Rahmen der nächsten periodisch anstehenden Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragte noch vorliegen*“ (BVerfGE 141, 220, 323 Rn. 272 – BKAG). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und einheitlichen Verfahrensweise halte ich eine Aufbewahrungsfrist von höchstens drei Jahren (zum Ende des Kalenderjahres) für sinnvoll. Ich schlage daher folgenden neuen Art. 41 Abs. 5 Satz 6 PAG-E vor: „Soweit die Dokumentation für Zwecke des Art. 63 Abs. 3 Satz 1 nicht mehr benötigt wird, spätestens aber nach Ablauf des dritten Kalenderjahres, das dem Jahr der Protokollierung folgt, ist sie zu löschen.“

### **11. Art. 42 PAG-E (Eingriffe in den Telekommunikationsbereich)**

Mit Art. 42 Abs. 4 Satz 2 PAG-E erfolgt nun eine Verweisung auf Art. 36 Abs. 5 Satz 2 PAG-E, der eine Ausnahme vom Richtervorbehalt vorsieht. Für Anordnungen nach Art. 42 Abs. 4 Satz 2 PAG-E muss daher folgender Satz ergänzt werden: „Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden.“ Denn die in Art. 96 Abs. 2 Satz 1 PAG-E geregelte Maßnahmenbeendigung bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen gilt nur bei richterlichen Anordnungen und Bestätigungen. Zu empfehlen wäre eine Einfügung in Art. 44 PAG.

### **12. Art. 43 PAG-E (Mitwirkungspflichten der Diensteanbieter)**

#### **a) Art. 43 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 3 PAG-E**

Mit den Verweisungen in Art. 43 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 3 PAG-E auf Art. 42 Abs. 4 Satz 2 PAG-E soll auch in diesen Fällen kein Richtervorbehalt mehr gelten (vgl. oben Ziffer 11). Für diese Anordnungen muss daher ebenfalls folgender Satz ergänzt werden: „Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden.“ Denn die in Art. 96 Abs. 2 Satz 1 PAG-E geregelte Maßnahmenbeendigung bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen gilt nur bei richterlichen Anordnungen und Bestätigungen. Zu empfehlen wäre eine Einfügung in Art. 44 PAG.

#### **b) Art. 43 Abs. 5 PAG-E**

Für Anordnungen nach Art. 43 Abs. 5 PAG-E, welche keinem Richtervorbehalt nach Art. 43 Abs. 6 PAG-E unterliegen, muss ebenfalls folgender Satz ergänzt werden:



„Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden.“ Denn die in Art. 96 Abs. 2 Satz 1 PAG-E geregelte Maßnahmenbeendigung bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen gilt nur bei richterlichen Anordnungen und Bestätigungen. Zu empfehlen wäre eine Einfügung in Art. 44 PAG.

### c) Umsetzung der Rechtsprechung des BVerfG vom 27. Mai 2020

Mit Beschluss vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 und 1 BvR 2618/13 (Bestandsdatenauskunft II) hat das Bundesverfassungsgericht eine weitere Entscheidung zur manuellen Bestandsdatenauskunft nach § 113 Telekommunikationsgesetz (TKG) getroffen. Von dieser Entscheidung sind in Bayern unter anderem Art. 43 Abs. 5 und 7 PAG betroffen. Eine Anpassung der betroffenen Absätze kann ich dem vorgelegten Gesetzentwurf nicht entnehmen. Die Abrufbefugnisse **erfüllen nicht sämtliche der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Voraussetzungen an die Verhältnismäßigkeit sowie Normenklarheit und damit Verfassungsmäßigkeit.** Die Abrufbefugnisse nach PAG sehen als tatbestandliche Voraussetzung eine „Gefahr oder einer drohenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ vor. Im Falle des **Abrufs von „normalen“ Bestandsdaten** bedarf es bei Vorliegen einer drohenden Gefahr eines Rückgriffs auf bedeutende Rechtsgüter. Eine Verweisung auf Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG sieht die Vorschrift gerade nicht vor; es wird lediglich auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung Bezug genommen. Im Zusammenhang mit der **Zuordnung von dynamischen IP-Adressen** ist die Abrufbefugnis insgesamt unverhältnismäßig, da eine konkrete Gefahr für Rechtsgüter von hervorgehobenem Gewicht oder eine drohende Gefahr für Rechtsgütern von besonderem Gewicht nicht vorausgesetzt wird.

**Begrenzte Verwendungszwecke** sind ebenfalls weder in Art. 43 Abs. 5 Satz 1 noch Abs. 7 PAG-E vorgesehen. Auch erfolgt keine Eingrenzung über die Regelung in Art. 48 PAG, da eine Begrenzung der Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten aus Maßnahmen nach Art. 43 Abs. 5 Satz 1 und Abs. 7 PAG-E in Art. 48 PAG nicht vorgesehen ist. Die Auskunft wird allein durch die Zweckbindung der Gefahrenabwehr bestimmt.

Überdies ist eine **hinreichende Dokumentation** der Entscheidungsgrundlage im Falle einer Zuordnung einer dynamischen IP-Adresse nicht vorgesehen. So wird in

Art. 44 PAG (Besondere Verfahrensregelungen für Maßnahmen nach den Art. 42 und 43) schon keine schriftliche Anordnung verlangt.

Auch ist eine **Benachrichtigungspflicht** Betroffener in Art. 50 PAG für diese Maßnahmen – jedenfalls im Falle einer Zuordnung einer dynamischen IP-Adresse gefordert – nicht vorgesehen.

### **13. Art. 65 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PAG-E (Auskunftsrecht)**

Mit der Umsetzung des Art. 15 Abs. 1 Buchst. e RLDSJ wird nun allerdings eine **weitere Einschränkung des Auskunftsrechts** umgesetzt. Eine solche Einschränkung wurde seitens der Kommission in keinem Zusammenhang angesprochen. Zudem ist mit der Ergänzung dieses Halbsatzes auch kein inhaltlicher Mehrwert erkennbar, da das Auskunftsrecht des Art. 65 PAG nur die personenbezogenen Daten der auskunftersuchenden Person umfasst. Mit der Ergänzung ist zu befürchten, dass das Auskunftsrecht des Betroffenen übermäßig eingeschränkt wird. Es wird daher empfohlen, diesen Halbsatz wieder **ersatzlos zu streichen**.

### **14. Art. 92 PAG-E (Verwendung personenbezogener Daten bei Opferschutz)**

Die Vorschrift geht auf keine Empfehlung der Kommission zurück.

Nicht ganz klar ist in diesem Zusammenhang der Anwendungsbereich dieser Vorschrift; denn handelt es sich um schützenswerte Zeugen gilt das Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz (ZSHG). Wann nun eine Person zu einer „zu schützenden Person“ wird, kann weder dem Gesetzestext noch der Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 36 f.) entnommen werden.

Auch ist in diesem Zusammenhang über eine andere Überschrift – auch wenn eine Harmonisierung mit § 4 ZSHG angedacht ist – nachzudenken. Aufgrund der Datenschutzreform 2018 wäre hier der Begriff „Verarbeitung personenbezogener Daten bei Opferschutz“ vorzugswürdig.

### **15. IX. Abschnitt Gerichtliches Verfahren**

Mit einem gesonderten Abschnitt kommt der Gesetzgeber hier einer **Empfehlung der Kommission nach** (vgl. Abschlussbericht S. 87). Dies ist zu **begrüßen**. Allerdings sollte bedacht werden, dass neben diesem nun geregelten gerichtlichen Ver-

fahren auch der nach wie vor geltende Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten bezüglich polizeilicher Maßnahmen in Betracht kommt. Es sollte daher vermieden werden, Missverständnisse hervorzurufen. Die Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 37) stellt hier generell auf das „gerichtliche Verfahren“ ab und suggeriert damit, dass dieser Abschnitt als abschließend für eine gerichtliche Überprüfung polizeilicher Maßnahmen gesehen werden kann.

#### **16. Art. 95 PAG-E (Gefahr in Verzug)**

Wie oben bereits ausgeführt (Ziffer 3.c)cc)), wird Art. 14 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 PAG-E nicht auch in Art. 95 Abs. 1 Satz 2 PAG-E mitaufgenommen. Dort ist nur ein Verweis auf Art. 14 Abs. 3 PAG-E vorgesehen. Ein Unterschied zwischen beiden Befugnissen im Falle einer Gefahr in Verzug ist **nicht ersichtlich**. So sollte jedenfalls auch in Art. 95 Abs. 1 Satz 2 PAG-E ein Verweisung auch auf Art. 14 Abs. 4 PAG-E vorgesehen werden: „...2Satz 1 gilt nicht für Maßnahmen der molekulargenetischen Untersuchung nach Art. 14 Abs. 3, Abs. 4 und freiheitsentziehende Maßnahmen nach Art. 97.“

Auch in der Begründung (LT-Drs. 18/13716, S. 37) wird lediglich auf Art. 14 Abs. 3 PAG-E hingewiesen. Die Anmerkung, dass damit die Empfehlung der Kommission umgesetzt sei, geht daher fehl. Wenn anstatt einer ersatzlosen Streichung der Art. 14 Abs. 3 bis 6 PAG eine weitere Befugnis mit Art. 14 Abs. 4 PAG-E eingeführt werden soll, dann muss auch konsequenterweise die „ausschließliche“ Anordnung durch die RichterIn/den Richter (vgl. Abschlussbericht S. 43) für die neu eingeführte Befugnis gelten. Dies auch schon vor dem Hintergrund, dass eine Gefahr in Verzug zur Identifizierung von Leichen fern liegt. Bei hilflosen Personen wird dies in der Regel auch nicht bejaht werden können.

Art. 95 Abs. 5 Satz 1 PAG-E sieht vor, dass Maßnahmen, die einem Richtervorbehalt unterliegen und bei denen von der Eilfallkompetenz Gebrauch gemacht wurde, diese unverzüglich **richterlich zu bestätigen** sind. Nach Art. 95 Abs. 5 Satz 2 PAG-E gilt dies *„außer in Fällen des Art. 41 Abs. 1 nicht, wenn die Maßnahme bereits vorher erledigt“* ist. Der letzte Satz ist zwingend zu streichen, da andernfalls der **Richtervorbehalt bei zahlreichen Maßnahmen leerliefe** (vgl. bereits oben).

So könnte etwa bei Gefahr in Verzug z.B. kurzzeitig eine Quellen-TKÜ (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 Satz 1 PAG) oder Online-Durchsuchung (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 PAG) durchgeführt werden, die Einholung der richterlichen Bestätigung jedoch dann hinfällig werden, wenn die Maßnahme – jedenfalls vor Ablauf der Drei-Tages-Frist des Art. 95 Abs. 5 Satz 3 PAG-E – abgebrochen wird.

Daher begegnet die Regelung des Art. 95 Abs. 5 Satz 2 PAG-E unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes nach **Art. 19 Abs. 4 GG** nach wie vor erheblichen Bedenken. So prüft keine Richterin/kein Richter in Fällen, in denen beispielsweise die Polizei eine Postsendung bei Gefahr in Verzug gemäß Art. 95 Abs. 1, 2 PAG-E von einem namentlich nicht näher bekannten Absender (z.B. Brief mit Absender „Dein Schatz“) sicherstellt und nach Öffnung gemäß Art. 35 Abs. 5 Nr. 2 PAG-E unverzüglich weiterleitet, die Zulässigkeit der Postsicherstellung. Denn aufgrund der Eilfallanordnung entfällt die vorherige richterliche Prüfung. Ebenso entfällt wegen der unverzüglichen Postweiterleitung die nachträgliche Bestätigung durch die Richterin/den Richter, da die Maßnahme dann nicht mehr fortwirkt. Darüber hinaus ist es dem Absender nicht möglich, beim zuständigen Verwaltungsgericht – als „letzten Strohalm“ – eine Fortsetzungsfeststellungsklage zu erheben, da er von der Postsicherstellung gemäß Art. 50 Abs. 1 Satz 6 PAG (unverhältnismäßiger Identifizierungsaufwand) regelmäßig nicht benachrichtigt wird und daher keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt.

Damit wird ein **rechtsfreier Raum** geschaffen, der sich kaum mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbaren lässt. Das rechtsstaatliche Gebot wirkungsvollen Rechtsschutzes verlangt aufgrund seiner Vorbehaltlosigkeit, dass ausnahmslos jede Maßnahme öffentlicher Gewalt einer – zumindest einmaligen – gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein muss (*Enders*, in: BeckOK GG, 42. Ed., Stand 01.12.2019, Art. 19 Rn. 57). Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet bekanntermaßen nur Schutz durch die Richterin/den Richter, nicht aber gegen die Richterin/den Richter (BVerfGE 15, 275 (280); 107, 395 (403); 138, 33 (39)). Doch gerade der Zugang zur gerichtlichen Überprüfung wird durch Art. 95 Abs. 5 Satz 2 PAG-E in bestimmten Fällen unmöglich gemacht.

Des Weiteren ist die in Art. 95 Abs. 5 Satz 3 PAG-E vorgesehene **Frist** von „drei Werktagen“ in eine solche von „drei Tagen“ abzuändern. Andernfalls führt die Rege-

lung unter Umständen zu Fristen von bis zu fünf Tagen, wenn eine Maßnahme beispielsweise freitags angeordnet wird. Dies überdehnt jedoch den Ausnahmecharakter der Eifallregelungen. Auch die Strafprozessordnung geht z.B. bei der Beschlagnahme von nur einer Drei-Tage-Frist aus (siehe § 98 Abs. 2, § 111q Abs. 4 StPO).

### **17. Art. 99 PAG-E (Beschwerde, Rechtsbeschwerde)**

Die Neuregelung des Art. 99 PAG-E ist ausdrücklich zu **begrüßen**.

gez.

Prof. Dr. Thomas Petri