

## Was droht mit der drohenden Gefahr?

Die Vorverlagerung polizeilicher Eingriffsbefugnisse auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

Is the 'threat of danger' unconstitutional?

Die drohende Gefahr als Mittel gegen die aktuellen Herausforderungen des Gefahrenabwehrrechts wird kontrovers diskutiert. Dieser Beitrag knüpft daran an und unterzieht die weiter fortschreitende Vorverlagerung und damit letztlich qualitative und quantitative Ausweitung polizeilicher Eingriffsbefugnisse anhand der Vorgaben des Grundgesetzes einer kritischen Würdigung.

**Schlüsselwörter:** Gefahrenabwehr, Generalklausel, drohende Gefahr, Verfassungsrecht, Bestimmtheitsgrundsatz, additiver Grundrechtseingriff, effektiver Rechtsschutz

The police are responsible averting and preventing dangers accruing from individuals. This task is more of a challenge than ever before, due to the ubiquity of terrorist threats and the use of new technologies by criminals. The new term of 'threat of danger' decreases the threshold of probability for police measures and raises concerns regarding the constitutional boundaries.

**Keywords:** police regulation, constitutional rights, threat of danger, legal clarity

### Ausgangssituation

Die drohende Gefahr, eine Tautologie (vgl. Pieroth 2018: 135<sup>1</sup>) und damit bereits semantisch redundant, steht symptomatisch für die Bestrebungen der Polizeirechtsnovellen vieler Bundesländer, Polizeieinsätze zeitlich zu erweitern.<sup>2</sup> Anhand der drohenden Gefahr lassen sich Entwicklungslinien der Diskurse nachzeichnen, die stellvertretend für den zugrundeliegenden Konflikt stehen: wieviel Sicherheit hält die Freiheit aus?

Erstmals legaldefiniert wurde der Begriff der drohenden Gefahr im bayerischen PAG. Die Generalklausel, auf die als Ermächtigungsgrundlage zurückgegriffen wird, wenn das polizeiliche Handeln nicht von den spezielleren Standardmaßnahmen umfasst ist, knüpft in Art. 11 Abs. 3 PAG an die drohende Gefahr als Eingriffsvoraussetzung an. Danach kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung

---

1 „Jede Gefahr droht, wenn nichts droht, besteht auch keine Gefahr.“

2 Siehe dazu das Editorial in diesem Heft.

einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PAG) oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PAG), wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind. Neben dieser, bereits sprachlich herausfordernden Regelung der allgemeinen Befugnisse der Polizei, ist die drohende Gefahr Tatbestandsmerkmal zahlreicher Standardmaßnahmen, wie der Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen (Art. 14 Abs. 1 Nr. 4 PAG), dem Platzverweis (Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG) oder der Durchsuchung von Personen (Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG). In Nordrhein-Westfalen überlebte die neue Kategorie der Eingriffsbefugnisse im Rahmen der Generalklausel<sup>3</sup> das Gesetzgebungsverfahren nicht.<sup>4</sup> Dies hatte gute Gründe, vor allem aus verfassungsrechtlicher Sicht.<sup>5</sup> Der bayrische Verfassungsgerichtshof hingegen sah die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr in seiner Entscheidung aus dem März 2019 (BeckRS 2019: 3113) als nicht problematisch an; der Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das PAG wurde abgelehnt.

Die drohende Gefahr wurde bereits an verschiedenen Stellen kontrovers diskutiert (vgl. Enders 2019: 205 ff.; Holzner 2018: 946 ff.; Leisner-Egensperger 2018: 677 ff.; Möstl 2018: 15 ff.; Pieroth 2018: 133 ff.; Shirvani 2018: 1393 ff.; Waechter 2018: 458; Zaremba 2019: 221 ff. zum PolG NRW) und bleibt weiterhin aktuell. Dass die bayerische Landesregierung durch eine eigens einberufene Prüfungskommission die PAG-Novelle inzwischen evaluieren ließ, zeigt, dass die rechtlichen Kritikpunkte entsprechenden politischen Druck erzeugt haben.<sup>6</sup> Die drohende Gefahr könnte auch über die bayerischen Landesgrenzen hinaus zum Exportschlagler werden: der Entwurf für ein neues Zollfahndungsdienstgesetz (Deutscher Bundestag, Drucksache 19/12088 vom 31. Juli 2019) ist erkennbar von den neuen Polizeigesetzen geprägt und die Kategorie der drohenden Gefahr wurde übernommen;<sup>7</sup> auch

---

3 Die drohende Gefahr findet sich nur noch in § 23 Abs. 2 Nr. 2 b) PolG NRW, wonach die Polizei bereits erhobene personenbezogene Daten zu anderen Zwecken als denjenigen, zu denen sie erhoben worden sind, weiterverarbeiten kann. Verschiedene Standardmaßnahmen stellen auf eine terroristische Straftat ab, vgl. die Definition der terroristischen Straftaten in § 8 Abs. 4 PolG NRW.

4 Der Überblick zum Gesetzgebungsverfahren inklusive aller Stellungnahmen findet sich unter: <[https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/Webmaster/GB\\_II/II.2/Suche/Landtagsdokumentation\\_ALWP/Suchergebnisse\\_Ladok.jsp?view=berver&mn=16d59a6fecc&wp=17&w=native%28%27id%3D%27%271701967%2F0100%27%27+%27%29](https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/Webmaster/GB_II/II.2/Suche/Landtagsdokumentation_ALWP/Suchergebnisse_Ladok.jsp?view=berver&mn=16d59a6fecc&wp=17&w=native%28%27id%3D%27%271701967%2F0100%27%27+%27%29)> [24.02.2020].

5 Im Gesetzgebungsverfahren wurde dies seitens der Regierungsparteien nicht explizit benannt, vgl. Landtag NRW, Drs. 17/3865 vom 10. Oktober 2018, S. 7-8; [24.10.2019].

6 Der Abschlussbericht wurde am 30. August 2019 vorgelegt und ist u. a. abrufbar unter: <[http://www.pag.bayern.de/assets/stmi/direktzu/190830\\_abschlussbericht\\_pag-kommission.pdf](http://www.pag.bayern.de/assets/stmi/direktzu/190830_abschlussbericht_pag-kommission.pdf)> [24.02.2020].

7 Vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 2b des Entwurfs. Die Norm entspricht vom Wortlaut her der Regelung des PolG NRW zur Verarbeitungsbeschränkung von Daten.

von einer Übertragung in ein Musterpolizeigesetz ist die Rede (Holzner 2018: 951; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages 2018: 3).

## Begriffsschwierigkeiten

### Konkrete Gefahr als Ausgangspunkt

Die drohende Gefahr in die bisher bekannten „Gefahrkategorien“ und Eingriffsschwellen des Polizeirechts einzuordnen, wirft Probleme auf. Denn die drohende Gefahr steht außerhalb dieser bekannten Systematik, deren Ausgangspunkt bisher die konkrete Gefahr als Eingriffslegitimation war. Das so oft bemühte Kreuzbergerurteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts (PrOVGE 9, 353 ff. vom 14. Juni 1882; Nachdruck in DVBl. 1986, 216)<sup>8</sup> wird damit wieder aktuell. 1882 wurde nicht nur die Entpolizeilichung der Verwaltung eingeleitet, sondern die Kompetenz der Polizei auf die Gefahrenabwehr beschränkt. Dieser Entscheidung war die Einführung der Gefahr<sup>9</sup> als Eingriffsschwelle damit immanent. Eine solche Gefahr ist nach allgemeiner Ansicht dann gegeben, wenn im Zeitpunkt des polizeilichen Handelns eine Sachlage besteht, welche die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in absehbarer Zeit in sich birgt und damit aus ex-ante-Sicht der ungehinderte Geschehensfortlauf zu einer Beeinträchtigung eines polizeilich geschützten Rechtsguts führt (statt aller: BVerfGE 115, 320 (364)).<sup>10</sup> Für alles andere – Befürchtungen, Unannehmlichkeiten, Belästigungen – sollte die Polizei nicht zuständig sein. Tradition ist allerdings kein rechtliches Argument. Grundsätzlich erscheint es nicht fernliegend, nach 138 Jahren die Grundannahmen des Polizeirechts angesichts aktueller Herausforderungen neu zu überdenken, weiter zu entwickeln und auch zu hinterfragen.

Eine Strukturierung des Wahrscheinlichkeitselements des Gefahrenbegriffs findet sich in der „je-desto-Formel“. Die „je-desto-Formel“ ist Ausprägung des rechtstaatlich verankerten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und umgekehrter Proportionalität: je bedeutender das bedrohte Rechtsgut/das zu erwartende Schadensausmaß ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens (exemplarisch: BVerwG, NJW 1970, 1890 (1892)). Der Gefahr hingegen vorgelagert ist der Gefahrverdacht.<sup>11</sup> Ein *Gefahrverdacht* wird angenommen, wenn die Behörde aufgrund

---

8 Das Gericht beschränkte die polizeiliche Kompetenz dort auf die Gefahrenabwehr; dies war das Ende eines absolutistisch geprägten Verständnisses, wonach die Polizei auch zur Wahrung der „guten Ordnung“ und Wohlfahrtspflege zuständig war. Siehe hierzu vertiefend den Beitrag von Barczak in diesem Heft.

9 Gefahr nach diesem Verständnis wird auch als konkrete Gefahr bezeichnet.

10 Vgl. auch die Legaldefinition in § 54 Nr. 3a) ThürOBG. Die Gefahr ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der voller gerichtlicher Überprüfung unterliegt und sich aus vier Dimensionen zusammensetzt: zeitlich, örtlich, personell und sachlich, Poscher (2008 345 ff.).

11 Die Kategorie des Gefahrverdachts ist sehr umstritten. Die einzelnen Positionen können an dieser Stelle nicht dargestellt werden, dazu: Dietlein/Hellermann (2019: 344) m.w.N.

von Unsicherheiten bei der Sachverhaltsermittlung oder Prognose des Kausalverlaufs noch *nicht weiß*, ob eine Gefahr vorliegt, eine solche andererseits aber auch *nicht ausgeschlossen* werden kann und dieses Informationsdefizit bekannt ist (statt aller: Poscher 2001: 142). Aufgrund des unsicheren Verdachtsmoments sollen nur Maßnahmen zur Gefahrforschung, womit vorläufige Aktivitäten zur weiteren Überprüfung des Sachverhalts gemeint sind, und nicht zur tatsächlichen Gefahrenabwehr, zulässig sein (vgl. Poscher 2008: 367 ff.). Bei der konkreten Gefahr hingegen sind Handlungen zur Unterbrechung des sonst zu einem Schaden führenden Kausalverlaufs erforderlichlich.

## Drohende Gefahr als atypisches Element

Nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis handelt es sich bei der drohenden Gefahr weder um eine Normierung der „je-desto-Formel“ (Leisner-Egensperger 2018: 684 sieht in der drohenden Gefahr im Kontext der je-desto-Formel einen Gewinn an Rechtssicherheit, da sie den Anwendungsbereich der konkreten Gefahr verschmälere), noch um die des Gefahrverdachts (Abgrenzung zu weiteren Gefahrvarianten bei Holzner 2018: Rn. 158). Die „je-desto-Formel“ hat einen anderen Ansatzpunkt als die drohende Gefahr: sie stellt auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, nicht auf die Wahrscheinlichkeit der Entstehung einer Gefahr ab. Die allgemeine Vermeidung einer Gefahr ist aber kein geschütztes Rechtsgut im Sinne des Polizeirechts. Denn zu Recht geht die überwiegende Ansicht im Polizeirecht davon aus, dass es keine allgemeine Gefahrvermeidungspflicht gibt (Überblick bei Weidemann 2019: 129-150). Die drohende Gefahr ist zumindest nach Wortlaut und Systematik des Art. 11 Abs. 3 PAG auch keine Normierung des Gefahrverdachts, denn die Rechtsfolge der Generalklausel erlaubt die Unterbrechung des Kausalverlaufs zwecks Verhinderung eines Schadenseintritts durch aktionistische Maßnahmen und nicht bloße Gefahrforschung (vgl. Leisner-Egensperger 2018: 684 f.; Müller 2018: 111 zieht Parallelen zum Gefahrverdacht).

## Verfassungsrechtliche Aspekte

### Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In der bayerischen Gesetzesbegründung wird erläutert, dass eine Anpassung an die „*Maßgaben der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*“ erfolge (Bayerischer Landtag 2018: 2). Die drohende Gefahr als Eingriffslegitimation in der Konzeption des PAG lässt sich aber nicht mit der Rechtsprechung des BVerfG begründen.<sup>12</sup>

---

12 Die drohende Gefahr spielte bereits in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung aus dem Jahr 2008 eine Rolle. Das Gericht konkretisierte dort die Anforderungen an die Erfolgswahrscheinlichkeit der konkreten Gefahr, vgl. BVerfGE 120, 274 (327 ff.).

Die Wertungen des BKAG-Urteils (BVerfGE 141, 220 (272 f.)) sind auf polizeiliche Generalklauseln nicht ohne weiteres schematisch übertragbar (vgl. Shirvani 2018: 1397). Dies ergibt sich auch daraus, dass Prüfungsgegenstand polizeiliche Überwachungsmaßnahmen aufgrund einer im BKAG normierten „terroristischen Gefahr“ waren.

Das Gericht hat zwar festgestellt, dass der Gesetzgeber die Eingriffsgrenzen durch Reduzierung der Anforderungen an den Kausalverlauf weiter ziehen darf (BVerfGE 141, 220 (271)); es verlangt aber entweder die Beschränkung in sachlicher, personeller und zeitlicher Dimension (vgl. auch Pieroth 2018: 134 f., der dann von einer konkreten Gefahr ausgeht) oder eine drohende terroristische Gefahr (BVerfGE 141, 220 (272)). Die Beschränkung auf bestimmte Gefahrbereiche entspricht nicht der Regelungskonzeption einer polizeilichen Generalklausel. Zudem müssen die Personen so bestimmbar sein, dass die Maßnahmen auf sie beschränkt werden können, es muss sich sachlich um Überwachungsmaßnahmen handeln und die Schadensdimension muss konkretisierbar sein (BVerfGE 141, 220 (272 f.): „bestimmte Personen“). Voraussetzung ist, dass dafür

*„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 141, 220 (272)).

Die Komplexität dieser Definition zeigt bereits, dass sie für das „alltägliche“ polizeiliche Handeln wenig geeignet ist, wohingegen sich terroristische Straftaten, im Gegensatz zur „Alltagskriminalität“, oft durch eine lange Vorbereitungszeit von bisher nicht straffälligen Individuen auszeichnen (so BVerfGE 141, 220 (272 f.) mit dem Beispiel, dass eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik einreist).

Auch sachlich lässt sich aus dem Urteil zum BKAG keine Grundsatzentscheidung zum allgemeinen Gefahrenabwehrrecht herauslesen. Denn die vermeintliche „Lockerung“ der Eingriffsschwelle bezog sich allein auf Maßnahmen der Überwachung und Datenerhebungen (vgl. BVerfGE 141, 220 (269 f.)), weshalb sich eine Übertragbarkeit auf andere Maßnahmen, die nicht auf Überwachung abzielen, daraus konkret nicht entnehmen lässt. Das BVerfG geht vielmehr davon aus, dass der Gesetzgeber nicht daran gehindert ist, die maßgebliche Schwelle für den Rechtsgüterschutz „dieser Überwachungsmaßnahmen“ zu bestimmen (BVerfGE 141, 220 (271)). Diese polizeilichen Handlungsmöglichkeiten zielen aber darauf ab, zu ermitteln, ob überhaupt eine Gefahrensituation vorliegt und bezwecken damit nicht unmittelbar die Unterbrechung eines Kausalverlaufs (Enders 2019: 210). Damit handelt es sich in der Sache um die Erforschung des Sachverhalts aufgrund des altbekannten Gefahrenverdachts. Die Eingriffslegitimation der drohenden Gefahr geht darüber hinaus.

## Grundrechtsschutz

Ausgangspunkt des deutschen Grundrechtsverständnisses ist, dass Freiheit die Abwesenheit von Zwang ist. Die freiheitliche Grundrechtsausübung ist unter dem Grundgesetz der „Normalzustand“ und der Staat ist für Einschränkungen in der Bringschuld der Rechtfertigung. Durch die Vorverlagerung staatlicher Eingriffsbefugnisse wird der Freiheitsraum signifikant verengt. Bereits daraus folgt, dass die begrifflich stets drohende Gefahr verfassungsrechtlich kein Dauerzustand sein kann. Denn dann würde der ausnahmsweise erlaubte staatliche Eingriff von der Ausnahme zu Regel. In der Realität sind Grundrechtseingriffe allgegenwärtig, dies schmälert aber nicht die Funktion der Freiheitsrechte. Der theoretische Unterbau als Freiheitsgarantie zwingt zu Abgrenzungen. Die Abgrenzungslinien finden sich nicht im luftleeren Raum oder den Vorstellungen der Landesgesetzgeber zu bestimmten Sicherheitslagen, sondern müssen sich verfassungsrechtlichen Anforderungen stellen. Daraus folgt auch, dass eine Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns gegeben sein muss. Die Bürger:innen können sich nur regelkonform verhalten, wenn klar ist, was verboten ist.

## Bestimmtheitsgrundsatz

Als Mindestmaß verlangt das Bestimmtheitsgebot, dass eine gesetzliche Regelung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt ist und somit auch für die Bürger:innen verständlich ist (statt aller: Grzeszick 2019: Rn. 58). Dem aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Bestimmtheitsgrundsatz kommt im Gefüge der rechtsstaatlichen Demokratie elementare Bedeutung zu. Bestimmtheit, Rechtsklarheit und Rechtsbeständigkeit können nur kumulativ Rechtssicherheit garantieren. Rechtssicherheit kann die möglichst frühe Klarheit über das Ausmaß der bestehenden Freiheitsbeschränkungen, auch des Gefahrenabwehrrechts, gewährleisten (BVerfGE 131, 268 (309 f.)). Der rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz fordert die inhaltliche Präzision der staatlichen Anordnung, des Verhaltensge- oder -verbots, damit sich die Adressat:innen nach den Anforderungen richten können, ihnen also die Möglichkeit bleibt, sich rechtskonform zu verhalten (BVerfGE 31, 255 (264); EGMR NJW 2015, 1003, Rn. 29). Darüber hinaus können nur hinreichend bestimmte Normen Gegenstand gerichtlicher Kontrolle sein und die Gewaltenteilung gewährleisten (BVerfGE 21, 73 (79 f.); 110, 33 (53 f.)).

Maßgeblich für die Anforderungen an die Bestimmtheit sind nach dem BVerfG die Regelungsmaterie, der Regelungszweck und die Bedeutung für die Grundrechte (ständige Rechtsprechung: BVerfGE 118, 168 (186 ff.)). Im Hinblick auf polizeiliche Maßnahmen sind strenge Anforderungen zu stellen, da sie den konkreten Fall abschließend regeln und ggf. Grundlage der Vollstreckung sein können (Sachs 2018: Rn. 130).

Die drohende Gefahr selbst ist unbestimmt. Nach ihrem Wortlaut bezieht sich die drohende Gefahr auf einen „*drohenden drohenden Schaden*“, dies

erscheint zumindest missverständlich, denn ein Schaden kann nicht doppelt drohen: entweder er droht oder nicht. Auch die Verwendung des Begriffs in anderen Rechtsgebieten hilft nicht weiter, sie ist uneinheitlich. Art. 91 GG bezieht sich auf die Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes. Bezugspunkt der Norm ist, ob ein konkretes Schadensereignis näher rückt und nicht, ob bereits überhaupt von einer Gefahr die Rede sein kann. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GlO GG bezieht sich auf die Abwehr drohender Gefahren für die demokratische Grundordnung und ist schon aufgrund des nachrichtendienstlichen Regelungskontexts nicht übertragbar.<sup>13</sup>

Im Zusammenspiel mit anderen unbestimmten Rechtsbegriffen, die ebenfalls noch nicht durch gefestigte Rechtsprechung determiniert sind, ergeben sich erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die Bestimmtheit. Dies gilt für die „bedeutenden Rechtsgüter“ in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG – hier seien nur die „erheblichen Eigentumspositionen“ und „Sachen deren Erhalt im öffentlichen Interesse liegt“ genannt (zur Unbestimmtheit der „Angriffe“: Waechter 2018: 460 f.).

Hinsichtlich der Eigentumspositionen ist unklar, ob es um objektive Wertgrenzen geht oder sich dies nach den Verhältnissen des Eigentümers bestimmt oder nach dem Allgemeinbezug des Eigentums, vgl. Art. 14 Abs. 2 GG. Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse liegt, sollen insbesondere Einrichtungen der öffentlichen Hand, namentlich solche der Daseinsvorsorge sein, eine Begrenzung ist nicht erkennbar – damit wäre auch die kommunale Badeanstalt umfasst. Die PAG-Kommission hat zu Recht empfohlen das Rechtsgut der erheblichen Eigentumspositionen zu streichen und hinsichtlich des öffentlichen Interesses, den Tatbestand auf kritische Infrastruktur und Kulturgüter mit mindestens überregionalem Rang einzugrenzen (PAG Kommission 2019: 37).

## Verhältnismäßigkeit

Die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts als Voraussetzung der konkreten Gefahr ist dogmatisch eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Der zur Schadensabwehr erfolgende Eingriff darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des verfolgten Zwecks stehen, welcher sich durch die Bedeutsamkeit des geschützten Rechtsguts und des Ausmaßes des möglichen Schadens definiert (vgl. BVerfGE 110, 33 (56 f.); 113, 328 (377); 141, 220 (271) – ständige Rechtsprechung). Die Verhältnismäßigkeit bezieht sich aber auch auf die Reichweite der staatlichen Befugnisse. Denn je umfangreicher diese Befugnisse sind und je grundrechtsrelevanter sie sind, desto genauer müssen die Tatbestandsvoraussetzungen bestimmt sein, die sie

---

13 Hintergrund ist das Trennungsgebot zwischen Gefahrenabwehr und Nachrichtendienst, zu Rechtsgrundlagen und historischer Entwicklung bspw.: Nehm (2004: 3289).

legitimieren. Die drohende Gefahr entgrenzt diese verfassungsrechtlichen Konkretisierungsanforderungen (Pieroth 2018: 135).

Fraglich ist auch, ob die drohende Gefahr überhaupt geeignet ist, die Effektivität der Gefahrenabwehr zu sichern. Die mit erheblichen Unsicherheiten belastete komplexe Formulierung behindert die polizeiliche Anwendung (zu diesen Bedenken auch: PAG-Kommission 2019: 22). Es besteht die berechtigte Sorge, dass die Feststellung einer konkreten Gefahrenlage damit entbehrlich wird und stets auf die drohende Gefahr zurückgegriffen werden kann. Empfohlen wurde in den Vollzugsbekanntmachungen zum PAG, Hinweise und insbesondere die Schilderung von Fallszenarien aufzunehmen, die den Begriff verdeutlichen (PAG Kommission 2019: 37). Vollzugsbekanntmachungen können aber die Defizite der bestehenden formell-gesetzlichen Regelung nicht ausgleichen, denn über die aus der Verhältnismäßigkeit resultierenden Anforderungen muss der Gesetzgeber selbst entscheiden (vgl. BVerfGE 141, 220 (288 ff.)).

Die drohende Gefahr ist für eine effektive Gefahrenabwehr nicht erforderlich. Den beschriebenen Gefährdungslagen konnte auch mit den bisherigen polizeilichen Befugnissen hinreichend begegnet werden. Die im Gesetzgebungsverfahren genannten Beispielen von IS-Rückkehrern und Fälle häuslicher Gewalt sind z. B. durch eine konsequente Anwendung des Gewaltschutzgesetzes und durch die Maßnahmen der StPO und Polizeigesetzen zu bewältigen.<sup>14</sup>

Durch die drohende Gefahr als Voraussetzung diverser Standardmaßnahmen wie Platzverweis oder Sicherstellung, vgl. Art. 16 Abs. 1 Nr. 2, Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 b) PAG, wird deutlich, dass Eingriffe im Gefahrenvorfeld im polizeilichen Alltag zur Anwendung kommen sollen und nicht nur in besonderen Ausnahmefällen. Die Polizei hat damit die Kompetenz früher und häufiger einzugreifen, damit erhöht sich bereits numerisch das Risiko von Fehlentscheidungen (vgl. BVerfGE 113, 348 (377 f.)). Personell können gänzlich unbeteiligte Personen betroffen sein, weshalb sich für alle Bürger:innen das Risiko erhöht, einen polizeilichen Eingriff, der sich im Nachhinein als falsch herausstellt, erdulden zu müssen. Dieser Erhöhung der Eingriffsmöglichkeiten stehen als Gleichgewicht keine hinreichend bestimmten materiellen Gründe gegenüber. Damit ist die Regelung nicht mehr angemessen.

## Effektiver Rechtsschutz

Hinsichtlich des verfassungsrechtlich garantierten Rechtsschutzes stellt sich die Herausforderung der ex-post Überprüfbarkeit. Staatlichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ist es immanent, dass sie auf Prognoseentscheidungen beruhen, da sie zukünftige Entwicklungen verhindern sollen. Diese im konkreten Moment von den jeweiligen Amtswalter:innen zu treffende Prognose

---

<sup>14</sup> Vgl. § 2 des Gesetzes zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen.



kann sich aber in der Rückschau als unzutreffend herausstellen. Allein führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme, denn die exakte Vorhersehbarkeit von Kausalverläufen ist unmöglich. Überprüfbar ist deshalb, ob der Prognosemaßstab richtig angewandt wurde: im Falle der konkreten Gefahr, wenn zum Entscheidungszeitpunkt objektiv vertretbar von einer Gefahrenlage ausgegangen werden durfte. Lag nur scheinbar eine Gefahr vor, ist das Handeln rechtswidrig. Diese „*Putativgefahr*“ ist bei einem unbewussten aber objektiv falschen oder unvollständigem Tatsachenbild der handelnden Behörde gegeben, wobei ein objektiver Beobachter anhand der vorliegenden Informationen nicht von einer Gefahr ausgegangen wäre (Denninger 2019: 241 ff.).

Betroffene von rechtswidrigen Gefahrenabwehrmaßnahmen können sich durch gerichtlichen Rechtsschutz dagegen zur Wehr setzen. Neben Entschädigungsansprüchen<sup>15</sup> ist dafür typischerweise die Fortsetzungsfeststellungsklage in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO einschlägig, wobei sich das Feststellungsinteresse unter Berücksichtigung des Art. 19 Abs. 4 GG daraus ergeben kann, dass sich Grundrechtseingriffe typischerweise kurzfristig erledigen (BVerfGE 81, 138 (140); 104, 220 (233 f.); 110, 77 (86); BVerwGE 26, 161). Dazu muss auch geklärt werden, wer überhaupt in Anspruch genommen werden durfte.

Problematisch ist neben den bereits beschriebenen Unsicherheiten zusätzlich die Erweiterung des Adressatenkreises (so auch Poscher 2008: 348 f.). Maßnahmen des Gefahrenabwehrrechts haben stets die Frage der Zurechnung im Sinne einer Verantwortlichkeit zu beantworten (Enders 2019: 207). Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 PAG stellt alternativ auf individuelles Verhalten oder Vorbereitungshandlungen ab. Damit entfällt in der zweiten Variante die Anknüpfung an eine konkrete Person, die die Gefahr letztlich verursacht. Durch die Anknüpfung an Vorbereitungshandlungen, die „*für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen*“, kann jedermann zum Störer werden, dessen Handlung auch nur mit den Vorbereitungshandlungen anderer zusammenwirkt. Dies gilt insbesondere, wenn Maßnahmen im Gefahrenumfeld nicht auf Handlungs- oder Zustandsstörer begrenzt werden, sondern auch weitere Personen einbezogen werden, z. B. Kontakt- oder Begleitpersonen im Umfeld der tatsächlichen Zielperson.

Das BVerfG hat auch im BKAG-Urteil eine Beschränkung der Maßnahmen auf bestimmte Personen gefordert (vgl. BVerfGE 141, 220 (273) unter Bezugnahme auf „*individuelles Verhalten*“). Maßnahmen können sich prinzipiell auch auf Dritte im Umfeld der Zielperson erstrecken; dies steht aber unter strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen und setzt eine spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr oder Straftat voraus (BVerfGE 141, 220 (273 ff.)). Damit ist eine rein personelle Nähe

---

15 Beispielhaft: § 39 Abs. 1 b) OBG NRW in Verbindung mit § 67 PolG NRW.

zum potenziellen Täter nicht ausreichend, sondern es ist die Nähe zu der erwartenden Straftat erforderlich. Diese Begrenzung auf die Tatnähe findet sich in Art. 11 Abs. 3 PAG gerade nicht wieder.

Eine Differenzierung der unterschiedlichen Verantwortlichkeiten findet nicht statt. Denn in Art. 11 Abs. 3 PAG wird eine Unterscheidung zwischen Störer und Nichtstörer gar nicht mehr getroffen. Die allgemeinen Regelungen zur Verantwortlichkeit passen nicht mit der bereits in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PAG normierten Verhaltensverantwortlichkeit zusammen (andere Ansicht: Möstl 2018: 163). Wie die Zustands- oder Verhaltensverantwortlichkeit oder die ausnahmsweise Inanspruchnahme von Nichtstörern an „Vorbereitungshandlungen“ anknüpfen sollen, bleibt ebenfalls unklar.<sup>16</sup>

Wird in irriger oder vorwerfbarer Weise von einer Gefahr ausgegangen, obwohl diese nicht vorliegt, ist das Einschreiten rechtswidrig. Aber wie ist die Abgrenzung zwischen drohender Gefahr und Putativgefahr zu ziehen, wenn die drohende Gefahr zeitlich so weit vorgelagert ist? Ab wann ist es dann vorwerfbar von einer drohenden Gefahr auszugehen, obwohl keine besteht? Durch die Kumulation aller bestehenden Unwägbarkeiten, erscheint eine spätere Überprüfung nicht rechtssicher möglich (Aden/Fährmann 2019: 176).

### **Additiver Grundrechtseingriff und Erweiterung von Eingriffsbefugnissen im Gefahrenvorfeld**

Der additive Grundrechtseingriff ermöglicht die verfassungsrechtliche Bewertung mehrerer Grundrechtseingriffe in ein Grundrecht eines Grundrechtsträgers und bildet damit eine quantitative Belastungskumulation ab, die zeitgleich stattfindet (Ruscheimer 2019: 130 ff.). Die Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen könnte dazu führen, dass sich Grundrechtseingriffe nicht nur in quantitativer Hinsicht ausweiten, sondern auch die zeitliche Komponente ausgedehnt wird. Denn je niedriger die Eingriffsschwelle ist, desto mehr Maßnahmen können ergriffen werden. Dadurch entsteht eine Matrix staatlicher Regulierung, die immer weniger Freiheitsräume lässt, wenn auf jeder Achse – zeitlich, quantitativ, qualitativ – eine Ausdehnung staatlichen Handelns stattfindet. Auch vor dem Hintergrund neuer Einsatzmöglichkeiten der Polizei in technischer Hinsicht, wie dem Einsatz von Drohnen (dazu Martini 2019: 732 ff.) oder der Technologie des *Predictive Policing* (Rademacher 2017: 366 ff.) kann sich die Anzahl polizeilicher Maßnahmen gegen eine Person erhöhen.<sup>17</sup> Eine mögliche Kumulation von Grundrechtseingriffen ergibt sich bereits aus den klassischen Standardmaßnahmen: die Identitätsfeststellung und der Platzverweis einer Person in einem von der Polizei

---

16 Die Problematik verläuft parallel zur Diskussion um die Inanspruchnahme von Pflichtigen im Rahmen des Gefahrenverdachts. Dazu: Ibler (2013): 743 ff., der eine Anwendbarkeit der allgemeinen Störerregeln auf den Gefahrenverdacht ablehnt.

17 Siehe zu diesem Aspekt auch Fährmann/Aden/Bosch in diesem Heft.

videüberwachten Bereich ist in Bayern nun aufgrund einer drohenden Gefahr möglich (vgl. Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b) PAG).

## **Abschreckungseffekte mit Relevanz auf die Grundrechtsausübung**

Von staatlichem Handeln ausgehende Abschreckungseffekte auf die Grundrechtsausübung können Grundrechtsrelevanz haben (Staben 2016). 2017 hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zum G8-Protestcamp in Reddelich entschieden, dass der Überflug eines Bundeswehrkampflugzeuges in 114 m Höhe auf die Versammlungsteilnehmer abschreckend gewirkt habe und einen faktischen Eingriff in die Versammlungsfreiheit darstellt (BVerwGE 160, 169).

Die Normierung der drohenden Gefahr könnte unabhängig von einer konkreten exekutiven Maßnahme ebenfalls einen solchen Abschreckungseffekt auslösen. Dies hängt mit dem Aspekt der Vorhersehbarkeit normgetreuen Verhaltens zusammen. Durch die zeitlich immer weitere Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen wird es für die Bürger:innen schwieriger vorherzusehen, welches Verhalten eine polizeiliche Gefahr darstellen könnte und wie die Gefahrverursachung zu vermeiden wäre. Wird diese Abgrenzung erschwert, führt dies zu Rechtsunsicherheiten und Abschreckungseffekten. In Bereichen, in denen selbstregulierende Interessenausgleiche wünschenswert erscheinen, wie möglicherweise im Bereich des Internets, können solche Abschreckungseffekte auch Schutzwirkung entfalten (Kirchhof 2016: 136 ff.). Im ohnehin grundrechtssensiblen Gefahrenabwehrrecht, mit den scharfen Eingriffsmöglichkeiten der Exekutive, sind solche Unschärfen verfassungsrechtlich bedenklich. Denn die Eingriffskompetenz des Staates für präventives Handeln muss bei den inhärenten Unsicherheiten bestimmbar sein.

Auch kommt dem Polizeirecht nicht die Aufgabe allgemeiner positiver Generalprävention zu und soll die Bürger:innen nicht zur Rechtstreue anhalten (Roggan 2001: 138; Ogorek 2018: 689 zur Videüberwachung). Denn Adressatin der polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse zur Gefahrenabwehr ist die Exekutive selbst. Resultieren daraus faktisch positiv-generalpräventive Wirkungen, ändert dies nichts am Regelungszweck der Gefahrenabwehr. In diesem Kontext wird auch deutlich, dass die Annahme einer generellen Polizeipflicht zur Gefahrvermeidung nicht überzeugt – die drohende Gefahr führt durch ihre Vorverlagerung aber immer weiter in diesen Bereich.

## **Fazit**

Das Konzept der zeitlichen Vorverlagerung von polizeilichen Eingriffsbefugnissen durch eine Abkoppelung von der Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die komplizierte Konstruktion lässt zudem Umsetzungs- und Abgrenzungsschwie-

rigkeiten in der Praxis erwarten. Dem stehen zum jetzigen Zeitpunkt keine ersichtlichen Vorteile, wie ein politisch suggerierter zu erwartender Sicherheitserfolg, gegenüber, die sich nicht bereits nach dem bisherigen Rechtsstand hätten umsetzen lassen.

## Literatur

- Aden, Hartmut/Fährmann, Jan (2019): Defizite der Polizeirechtsentwicklung und Techniknutzung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 52, 175-178.
- Denninger, Erhard (2018): Polizeiaufgaben, in: Bäcker, Matthias/Denninger, Erhard/Graulich, Kurt: Handbuch des Polizeirechts, 6. Auflage, München, 217-253.
- Dietlein, Johannes/Hellermann, Johannes (2019): Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 7. Auflage, München.
- Enders, Christoph (2019): Verfassungsgrenzen der „drohenden Gefahr“. Zur Übertragbarkeit der Maßstäbe des BKA-Gesetz-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das gesamte Gefahrenabwehrrecht, in: Die Öffentliche Verwaltung 71, 205-211.
- Holzner, Thomas (2018): Die drohende Gefahr. Neue Gefahrenkategorie oder verfassungswidrige Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen?, in: Die Öffentliche Verwaltung 71, 946-951.
- Ibler, Martin (2013): Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, in: Jochum, Georg/Fritzemeyer, Wolfgang/Kau, Marcel (Hg.): Grenzüberschreitendes Recht – Crossing frontiers: Festschrift für Kay Hailbronner, Berlin, 737-745.
- Kirchhof, Gregor (2015): Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltungshandelns, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 46, 136-137.
- Leisner-Egensperger, Anna (2018): Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, in: Die Öffentliche Verwaltung 71, 677-688.
- Martini, Mario (2019): Neue Freunde und Helfer? – Drohnen als Mittel der Beobachtung von Großveranstaltungen und Versammlungen, in: Die Öffentliche Verwaltung 71, 732-743.
- Grzeszick, Bernd: Art. 20, Die Verfassungsentscheidung für die Demokratie, in: Maunz/Dürig; Grundgesetz Kommentar, 87. Ergänzungslieferung, März, München, Rn. 1-313.
- Möstl, Markus (2018): Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr. Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, in: Bayerische Verwaltungsblätter 64, 156-163.
- Müller, Birgit (2018): Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, in: Bayerische Verwaltungsblätter 64, 109-116.
- Nehm, Kay (2004): Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur, in: Neue Juristische Wochenschrift 57, 3289-3295.
- Ogorek, Markus (2018): Risikovorsorgende Videoüberwachung. Eine unzulässige Vermengung präventiver und repressiver Polizeitätigkeit?, in: Die Öffentliche Verwaltung 71, 688-696.
- PAG-Kommission (2019): Abschlussbericht zur Begleitung des neuen bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, 30. August 2019.
- Pieroth, Bodo (2018): Befugnisserweiterung mit Begriffsverwirrung. Zur geplanten Polizeirechtsnovelle in Nordrhein-Westfalen, in: Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht 2, 133-138.
- Poscher, Ralf (2001): Der Gefahrverdacht. Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 19, 141-147.
- Poscher, Ralf (2008): Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit – Ihr System im Licht der neuen Verfassungsrechtsprechung, in: Die Verwaltung 41, 345-373.
- Rademacher, Timo (2017): Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 142, 366-416.

- Roggan, Fredrik (2001): Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen. Oder: Immer mehr gefährliche Orte für Freiheitsrechte, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 20, 134-141.
- Ruscheimer, Hannah (2019): *Der additive Grundrechtseingriff*, Berlin.
- Sachs, Michael (2018): Art. 20, in: Sachs, Michael, *Grundgesetz*, 8. Auflage, München, Rn. 1-173.
- Shirvani, Foroud (2018): Paradigmenwechsel im Polizeirecht? Die neue Rechtsfigur der „drohenden Gefahr“, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 133, 1393-1398.
- Staben, Julian (2016): *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Tübingen.
- Waechter, Kay (2018): Polizeirecht in neuen Bahnen, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 37, 458-462.
- Weidemann, Daniel (2019): *Pflicht zur Sicherheit. Öffentlich-rechtliche Anforderungen an private Großveranstalter und die Legalisierungswirkung von Genehmigungen*, Berlin.
- Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages (2018): *Ausweitung polizeilicher Befugnisse in Deutschland und Europa*, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 226/18.
- Zaremba, Ulrike (2019): Die neuen Befugnisse im nordrhein-westfälischen Polizeigesetz zum Erlass von Aufenthaltsgeboten, Kontaktverboten und zur Elektronischen Aufenthaltsüberwachung, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 72, 221-231.
- Hannah Ruschemeier, Center for Advanced Internet Studies (CAIS), Universitätsstraße 104, 44799 Bochum, [hannah.ruscheimer@cais.nrw](mailto:hannah.ruscheimer@cais.nrw).