

**Lösungsskizze Abschlussklausur
Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht
Wintersemester 2018/2019**

Das Vorgehen der F-, L- und G-Fraktionen hat Aussicht auf Erfolg, wenn es zulässig und soweit es begründet ist.

In Betracht kommt eine abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG.

A. Zulässigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG

Die abstrakte Normenkontrolle ist zulässig, wenn alle Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind.

I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG

Die F-, L- und G-Fraktionen haben erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des B-PG des Landes B, sodass gem. Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung über den Normenkontrollantrag berufen ist.

II. Antragsberechtigung, Art. 92 I Nr. 2 GG, § 76 I BVerfGG

Die Fraktionen müssten auch antragsberechtigt sein.

Antragsberechtigt sind gem. Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 I BVerfGG die Bundesregierung, eine Landesregierung sowie ein Viertel der Mitglieder des Bundestages.

Insgesamt hat der aktuelle Bundestag 709 Sitze. Ein Viertel der Mitglieder des Bundestages sind damit mindestens 178 Abgeordnete. Die Mitglieder der Fraktionen haben zusammen 178 Sitze im Bundestag. Damit haben sie das Mindestfordernis erreicht und sind antragsberechtigt.

Darüber hinaus treten diese drei Fraktionen gegenüber dem Bundesverfassungsgericht als Einheit auf und vertreten eine einheitliche Rechtsauffassung (was zwingend erforderlich ist).

III. Antragsgegenstand

Es müsste ein tauglicher Antragsgegenstand gegeben sein.

Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle kann nach Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 I BVerfGG das gesamte Bundes- oder Landesrecht sein, gleichgültig welchen Ranges, ob geschrieben oder ungeschrieben, ob formeller oder materieller Natur, ob vor- oder nachkonstitutionell.

Vorliegend handelt es sich bei dem B-PG um ein Landesgesetz. Dieses ist grundsätzlich ein tauglicher Antragsgegenstand.

Problematisch könnte sein, dass dieses noch nicht in Kraft getreten ist. Für die Zulässigkeit einer abstrakten Normenkontrolle ist es jedoch ausreichend, dass ein Gesetz lediglich verkündet worden ist. Es ist nicht erforderlich, dass es auch bereits in Kraft getreten ist.

Damit handelt es sich bei dem B-PG um einen tauglichen Antragsgegenstand.

IV. Antragsgrund

Einer Prüfung der **Antragsbefugnis** im Sinne der Geltendmachung der Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten bedarf es im Unterschied zum Organstreitverfahren nicht, da es sich hier um ein objektives Kontrollverfahren handelt.

Es müsste ein tauglicher Antragsgrund vorliegen.

Nach Art. 93 I Nr. 2 GG sind bestehende Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz ein ausreichender Antragsgrund. Demgegenüber fordert § 76 I BVerfGG ein „Für-nichtig- bzw. Für-gültig-Halten“. Diese Vorschrift normiert somit strengere Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Antrages als Art. 93 I Nr. 2 GG. Das wirft die Frage auf, ob § 76 I BVerfGG als einfachgesetzliche Einschränkung des grundgesetzlichen Antragsrechts gegen das Grundgesetz als ranghöhere Norm verstößt und damit nichtig ist.

- **contra Verfassungswidrigkeit**

Nach einer Rechtsauffassung handelt es sich bei § 76 I Nr. 1 BVerfGG um eine verfassungskonforme Norm¹. Zur Begründung wird auf Art. 94 II GG verwiesen. Diese Norm gestatte die einfachgesetzliche Konkretisierung der grundgesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen. § 76 I Nr. 1 BVerfGG stelle eine solche Konkretisierung dar.

¹ BVerfGE 96, 133 (137); *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 76, Rn. 30.

Hier halten die Bundestagsfraktionen der FDP, Linken und Grünen das B-PG nicht für nichtig, sondern äußern lediglich „erhebliche Zweifel“ an seiner Verfassungsmäßigkeit. Folgt man dieser Ansicht, so liegt kein zulässiger Antragsgrund vor.

- **pro Verfassungswidrigkeit**

Nach einer anderen Ansicht² ist § 76 I Nr. 1 BVerfGG, soweit dieser die grundgesetzliche Antragsbefugnis/den zulässigen Antragsgrund einschränkt, verfassungswidrig und damit (zumindest (teil-)nichtig. § 76 I Nr.1 BVerfGG könne insoweit nicht als Konkretisierung des Art. 93 I Nr. 2 GG angesehen werden, da Art. 93 I Nr.2 GG mit der dortigen Verwendung des Wortes „Zweifel“ einen eindeutigen Wortlaut aufweise und aus diesem Grunde nicht ausfüllfähig sei.

Hiernach reichen die bloßen Zweifel der drei Fraktionen des Bundestages für den geforderten Antragsgrund aus.

- **Stellungnahme**

Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich.

Gegen die Ansicht, welche § 76 I Nr. 1 BVerfGG für verfassungsmäßig hält, spricht, dass die Überzeugung von der Nichtigkeit einer Norm nicht als konkretere Art des Zweifels begriffen werden kann. Der Wortlaut des Art. 93 I Nr. 2 GG („Zweifel“) steht einer (derartigen) Ausfüllung entgegen, ist insoweit nicht ausfüllungsfähig. Weiterhin zeigt ein Vergleich mit der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I 1 GG, dass der Gesetzgeber es ausdrücklich normiert, wenn er ein „Für-nichtig-Halten“ verlangt. Der Verfassungsgeber sieht also selbst einen Unterschied zwischen den Anforderungen des Art. 93 I Nr. 2 GG einerseits und des Art. 100 I 1 GG andererseits. § 76 I Nr. 1 BVerfGG, soweit diese Norm den grundgesetzlichen Antragsgegenstand einschränkt, ist also verfassungswidrig und damit (teil-)nichtig. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 76 I Nr. 1 BVerfGG ist angesichts des Wortlauts dieser Vorschrift („für nichtig hält“) nicht möglich (⇔ keine Auslegung contra legem!).

- **Lösung: Auflösung des Normenwiderspruchs**

Art. 93 I Nr. 2 GG ist eine Verfassungsnorm, die als höherrangige Norm Vorrang hat (*lex superior-Grundsatz*). Die erheblichen Zweifel der Bundestagsfraktionen F, L und G an der Verfassungsmäßigkeit des B-PG reichen somit gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG als Antragsgrund aus, sodass auch dieses Erfordernis erfüllt ist.

² Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 93, Rn. 40.

V. Form und Frist

Form und Frist müssten ebenfalls eingehalten worden sein.

Nach § 23 I BVerfGG ist der Antrag schriftlich und begründet einzureichen. Eine Fristbindung besteht im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht.

Fraglich ist, ob mit dem Fax die Form eingehalten wurde. Nach wie vor relevant und dem Grunde nach unproblematisch ist die Möglichkeit, ein Verfahren per Telefax (Fernkopie) einzuleiten. Das Telefax wird seit vielen Jahren in allen Zweigen der Fachgerichtsbarkeit als schriftformwahrend anerkannt. Der zusätzlichen Einreichung des Originals, das als Vorlage für die Fernkopie dient, bedarf es nicht. Nichts anderes gilt vor dem BVerfG. Sämtliche verfahrenseinleitenden Anträge können per Telefax fristwährend und formgerecht gestellt werden. Ein Telefax erfährt durch seinen Ausdruck im Empfangsgerät eine hinreichende Verkörperung, um sich unter den Begriff der Schriftlichkeit subsumieren zu lassen. Der Inhalt der Erklärung steht ebenso eindeutig fest wie bei einem herkömmlichen Schriftsatz.³

VI. Zwischenergebnis

Ein Normenkontrollantrag der F-, G- und L-Bundestagsfraktionen ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG begründet, soweit das in Rede stehende Landesgesetz gegen höherrangiges Recht verstößt. Kollidierende bundesgesetzliche Regelungen sind nicht ersichtlich, daher kommt als Prüfungsmaßstab das formelle und materielle Verfassungsrecht in Betracht. Der Antrag der Fraktionen ist damit begründet, wenn das B-PG formell oder materiell gegen das Grundgesetz verstößt.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das B-PG müsste formell verfassungsmäßig sein. Dazu müsste das Land B die Kompetenz zum Erlass des B-PG haben.

Da es sich hier um ein Landesgesetz handelt, können Verfahren und Form nicht vor dem Bundesverfassungsgericht überprüft werden, da das Grundgesetz keine Regelungen über das Zustandekommen landesgesetzliche Gesetze enthält.

³ MSKB/von Coelln, 54. EL Juni 2018, BVerfGG § 23 Rn. 28-44.

Das Gesetz müsste kompetenzgemäß erlassen worden sein. Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG besitzen grundsätzlich die Länder die Gesetzgebungskompetenz. Der Bund besitzt diese dagegen nur, soweit ihm das Grundgesetz die Gesetzgebungsbefugnis zuschreibt. Der Bund darf nur gesetzgeberisch tätig werden, wenn das GG dies ausdrücklich vorsieht. Das Land B besitzt also die Gesetzgebungskompetenz, sofern der Bund nicht die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 71, 73 GG inne und bis dato keine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 72, 74 GG ausgeübt hat.

1. Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz

a) Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. a GG

Ein Kompetenztitel könnte sich aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. a GG ergeben. Danach besteht für den Bund eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in der Kriminalpolizei. Dafür müsste das B-PG die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern im Rahmen der Kriminalpolizei regeln. Zusammenarbeit beschreibt eine über die bloße Amtshilfe nach Art. 35 GG hinausgehende auf Dauer angelegte Form der Kooperation, die die laufende gegenseitige Unterrichtung und Auskunftserteilung, die wechselseitige Beratung sowie gegenseitige Unterstützung und Hilfeleistung in den Grenzen der je eigenen Befugnisse umfasst und funktionelle und organisatorische Verbindungen, gemeinschaftliche Einrichtungen und gemeinsame Informationssysteme erlaubt.⁴ Erfasst ist jedoch nur die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder im Sinne eines Kooperationsverhältnisses, nicht jedoch einer Zusammenarbeit des Bundes mit den Ländern im Sinne eines Über-Unterordnungsverhältnisses.⁵ Die „Zusammenarbeit in der Kriminalpolizei“ gem. lit. a der Var. 1 beschränkt sich dabei jedoch nicht auf repressives Handeln, sondern umfasst die Verhütung, Aufklärung und Verfolgung bedeutsamer Straftaten von erheblichem Gewicht.⁶ Die allgemeine Gefahrenabwehr oder die Bekämpfung von Kleinkriminalität oder bloßen Ordnungswidrigkeiten bleibt jedoch entsprechend der Grundwertung der Art. 70 ff. GG und einer engen Auslegung in Länderkompetenz.⁷ Vom Normzweck erfasst sind Regelungen, die Aufgabenverteilungen bestimmen oder den Rahmen festlegen, in welchem die Zusammenarbeit zu erfolgen hat. Möglicherweise ist davon auszugehen, dass es sich hier entsprechend dem Wortlaut um bedeutsame Straftaten handelt, die der „Kriminalpolizei“ zugeordnet werden könnten. Entsprechend eines Vergleichs mit den anderen Varianten in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 kann es dabei jedoch nur um

⁴ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. 97; BeckOK-GG/Seiler, Art. 73 GG, Rn. 49.

⁵ Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 232.

⁶ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. 98; Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 231.

⁷ Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 231, 239.

solche Straftaten gehen, die die innere Sicherheit entweder eines Landes oder des Bundes betreffen.⁸ Denn nur in einem solchen Fall besteht das Bedürfnis, dass auch der Bund mit seiner Expertise und den Mitteln unterstützend tätig wird. Erst hier kann angenommen werden, dass eine gegenseitige Unterstützung zu einem größeren Erfolg im Rahmen der Ermittlungsarbeit führt oder der Schutz dieser Güter durch die gewöhnlichen polizeilichen Mittel nicht in hinreichendem Maße gewährleistet werden kann. (a.A. vertretbar).

Vorliegend regeln die §§ 1 und 2 des B-PG jedoch keine Vorschriften, die die Zusammenarbeit von Ländern und Bund betreffen. §§ 1 und 2 des B-PG enthalten vielmehr konkrete Eingriffsbefugnisse im Rahmen der Eingriffsverwaltung. Diese Regelungen gestatten es der Polizei, die „notwendigen Maßnahmen“ zu ergreifen, um drohende Angriffe auf bestimmte Rechtsgüter zu verhindern. Einschränkend ist dabei erforderlich, dass der Sachverhalt Anhaltspunkte bietet, die diese Gefahr auslösen. Die dafür nötigen Anhaltspunkte müssen jedoch von dem Störer (also demjenigen, gegenüber die Maßnahme letztlich angewendet wird) selbst ausgehen. Auch § 2 regelt die Ingewahrsamnahme eines potentiellen Störers (in § 2 Abs. 1 Nr. 2 potentiellen Straftäters). Inhaltliche Regelungen, die die Zusammenarbeit von Bund und Länder bspw. durch gegenseitige Information über gewisse Täterprofile oder auch nur rein organisatorisch das Verhältnis Bund-Länder bei der Verbrechensaufklärung und –bekämpfung regeln, sind in §1 und §2 des B-PG nicht ersichtlich. Es werden nur weitere Befugnisse der Landespolizei geschaffen, die diese im Rahmen ihrer eigenen Kompetenz der Gefahrenabwehr einsetzen kann. Mithin regelt dieses nicht die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in der Kriminalpolizei.

b) Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG

Gleiches gilt auch für Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG. Wie oben ausgeführt; kann es bei dem Bestand auch nur um Belange der inneren und äußeren Sicherheit des Bundes und der Länder, die Sicherheit ihrer Einrichtungen und der Amtsführung ihrer Organe, ferner die Sicherheit lebenswichtiger Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen vor Lähmung und Störung, aber auch die Sicherheit des friedlichen und freien Zusammenlebens der Bürger gehen.⁹ Ob diese Fälle hier von §§ 1 und 2 des B-PG erfasst sind, kann bezweifelt werden, anhand einer Wortlautauslegung zumindest aber noch vertretbar erfasst werden. Nichtsdestotrotz regeln die beiden Normen keine Form der Zusammenarbeit und können deswegen auch nicht auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit b GG gestützt werden.

⁸ Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 244.

⁹ Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 244.

c) Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG

Von Art. 73 Nr. 9a GG werden zunächst nur jene Gefahren erfasst, die vom internationalen Terrorismus ausgehen.¹⁰ Als „Terrorismus“ gelten hiernach „Handlungen, die durch die Art der Begehung oder den jeweiligen Kontext ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft schädigen können und darauf abzielen, die Bevölkerung auf schwer wiegende Weise einzuschüchtern, öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation rechtswidrig zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation zu zerstören“¹¹ Anschließend ist erforderlich, dass eines der drei weiteren Kriterien vorliegt (länderübergreifende Gefahr, Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar oder die oberste Landesbehörde hat um eine Übernahme ersucht).

Eine „länderübergreifende Gefahr“ liegt regelmäßig dann vor, wenn sie nicht nur ein Land betrifft, also nicht nur die Bundesrepublik Deutschland.¹² Die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde ist nicht erkennbar, wenn noch hinreichende sachliche Anhaltspunkte hinsichtlich der Zuordnung fehlen, welches einzelne Bundesland von möglichen Straftaten betroffen wäre.¹³ Insgesamt befinden sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte, dass die Unsicherheiten in der Bevölkerung des Landes B vom internationalen Terrorismus ausgehen. Damit kann auch nicht von einer länderübergreifenden Gefahr gesprochen werden. Mangels Anhaltspunkte über terroristische Gefahren kann ebenfalls nicht bestimmt werden, welches Bundesland betroffen wäre. Ein Ersuchen liegt ebenfalls nicht vor. Insgesamt liegen die Voraussetzungen des Art. 73 I Nr. 9a GG nicht vor. Überdies gestattet Art. 73 I Nr. 9a GG nur die Verschaffung von Eingriffsbefugnissen dem BKA.¹⁴ Vorliegend sollen jedoch die allgemeinen Polizeibehörden des Landes B mit Eingriffsbefugnissen ausgestattet werden. Art. 73 I Nr. 9a lässt die Gesetzgebungskompetenzen der Länder für das Recht der Gefahrenabwehr unberührt. Dies zeigt auch die zweite und dritte Variante des Art. 73 I Nr. 9a GG (Zuständigkeit einer Landesbehörde ist nicht ersichtlich oder die oberste Landesbehörde erbittet um Übernahme), die davon ausgehen, dass auch in terroristischen Gefahren Länder zur Gefahrenabwehr eingreifen können. Angesichts dessen lässt das Grundgesetz in seinem Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a die Entstehung paralleler

¹⁰ Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 210.

¹¹ BeckOK-GG/Seiler, Art. 73 GG, Rn. 44.

¹² BT-Drs. 16/813, 12

¹³ BeckOK-GG/Seiler, Art. 73 GG, Rn. 44.

¹⁴ Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 216.

Zuständigkeiten von Bundes- und Landesbehörden zu, verzichtet insofern also darauf, Kompetenzen entweder dem Bund oder den Ländern zuzuweisen.¹⁵ Art. 73 I Nr. 9a GG hindert somit nicht die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes B.

d) Zwischenergebnis

Folglich ist keine ausschließliche Kompetenz des Bundes einschlägig, sodass es bei der grundsätzlichen Kompetenz der Länder bleibt, Art. 30, 70 GG.

2. Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit

Laut Bearbeitervermerk ist davon auszugehen, dass der Bund bis dato nicht gesetzgeberisch tätig geworden ist.

3. Zwischenergebnis

Folglich hat das Land B die Gesetzgebungskompetenz für das B-PG. Mithin ist das B-PG formell verfassungsgemäß.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit des B-PG

Das B-PG könnte materiell verfassungswidrig sein.

1. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 1 B-PG

a) Verstoß gegen das (strafrechtliche) Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG

Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG könnte vorliegen.

Zunächst muss Art. 103 Abs. 2 GG aber anwendbar sein. Dies setzt voraus, dass es sich bei § 1 um eine Strafe handelt. Als Bestrafung iSd Art. 103 Abs. 2 GG ist jede staatliche Maßnahme anzusehen, die eine „missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges schuldhaftes Verhalten“ darstellt.¹⁶ Es muss wegen diesem Verhalten ein Übel in Form von Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder Geldbuße verhängt werden, das dem Schuldausgleich dient.¹⁷ Auch im Strafrecht ist eine generalpräventive Wirkung der Strafe zu verzeichnen. Die Strafe soll präventive Wirkung auf die Allgemeinheit entfalten, enthält aber auch den Vergeltungsansatz für das begangene Unrecht.¹⁸ Abzugrenzen von der Strafe (als repressive Maßnahmen) sind (reine) Maß-

¹⁵ Maunz/Dürig/Uhle, Art. 73 GG, Rn. 223.

¹⁶ BeckOK-GG/Radtke/Hagemeier, Art. 103 GG, Rn. 19.

¹⁷ Maunz/Dürig/Remmert, Art. 103 Abs. 2 GG, Rn. 56ff.

¹⁸ Wessels/Beulke/Satzger, S. 7.

nahmen der Prävention, also der Gefahrenabwehr. Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt.¹⁹ Für die Einstufung als Strafe genügt es nicht, dass eine staatliche Maßnahme an ein rechtswidriges Verhalten anknüpft. Im Rahmen einer rein gefahrenrechtlichen präventiven Maßnahme ist zu berücksichtigen, dass nicht begangenes Unrecht als Rechtfertigung für die Maßnahme (bspw. für die Freiheitsentziehung) herangezogen wird, sondern als Grundlage für die Maßnahme eine Prognose über die Gefahr dient, die von der Person ausgeht. Bei Gefahrenabwehrmaßnahmen handelt es sich nicht um die Bewertung eines in einer Strafnorm typisierten Unrechts im Einzelfall, sondern um die Beherrschung einer Gefährdungslage.²⁰ Im Gefahrenabwehrrecht muss es für die Gefahrenverursachung nicht zwingend auf die Rechtswidrigkeit und Schuld ankommen. Vorliegend handelt es sich bei § 1 B-PG rein um Maßnahmen, die nicht strafrechtlich relevantes Unrecht vergelten, sondern die Allgemeinheit vor einer potentiellen Gefahr schützen wollen, die von der konkreten Person ausgeht. Der Schwerpunkt der Maßnahmen, die aufgrund von § 1 B-PG ergehen, liegt auf dem **präventiven Charakter**, um die Beschädigung von den Rechtsgütern zu verhindern, die von § 1 B-PG geschützt werden sollen. Mithin handelt es sich bei Maßnahmen, die aufgrund § 1 B-PG ergehen, nicht um Strafe.

Folglich ist Art. 103 Abs. 2 GG nicht anwendbar.

b) Verstoß gegen das (allgemeine) Bestimmtheitsgebot, Art. 20 Abs. 3 GG

In Betracht kommt eine Verletzung des aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden allgemeinen Bestimmtheitsgebotes. Danach muss sichergestellt sein, dass der Bürger sich auf die Vorgaben der Rechtsordnung verlassen und klar erkennen kann, welche Gebote und Verbote er beachten muss. Bestandteil des Bestimmtheitsgebots ist es, dass die Normen rechtsklar formuliert sind (Tatbestand und Rechtsfolge). Kriterien sind dabei Verständlichkeit, Widerspruchsfreiheit, Konsistenz und Folgerichtigkeit der jeweiligen Norm. Dabei ist vor allem entscheidend, ob der Betroffene den Inhalt der Zielnorm ohne Schwierigkeiten erkennen kann. Dies ist notwendig, um sich entsprechend den Anforderungen des Staates gemäß zu verhalten. Abstrakt geht es also einerseits darum, dass die Aussage des Hoheitsakts präzise und konkret ist und die Erkennbarkeit und Widerspruchsfreiheit der Anordnung gewährleistet ist. Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen,

¹⁹ BVerfGE 20, 323 (331).

²⁰ *Maunz/Dürig/Remmert*, Art. 103 Abs. 2 GG, Rn. 56ff.

insbesondere über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft. Es dient der Berechenbarkeit, Gleichmäßigkeit, Konsistenz und Kontinuität des Handelns der vollziehenden Gewalt, das durch die Vorgaben des Gesetzes gesteuert und begrenzt wird. Dadurch wird zugleich den Gerichten der notwendige Maßstab für eine Rechtskontrolle des Verhaltens der Exekutive zur Verfügung gestellt. Gesetze müssen Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und klar festlegen. Kriterien sind dabei Wertigkeit der betroffenen Rechtsposition, das Ausmaß der Beeinträchtigung und deren Reversibilität sowie die Zahl der Betroffenen. Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind umso strenger, je stärker die Bürger durch die Norm belastet werden.

Problematisch ist hier, dass gemäß § 1 B-PG die Polizei entsprechend seines Wortlautes die „notwendigen Maßnahmen“ treffen kann, wenn „zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen“ die „drohende Gefahr“ für „ein bedeutendes Rechtsgut“ besteht, so dass „Angriffe von erheblicher Intensität“ zu der Verletzung des hiesigen führen (lauter unbestimmte Rechtsbegriffe). Der Wortlaut des § 1 B-PG ist sehr abstrakt gefasst, so dass dadurch viele Sachverhalte erfasst werden können. Ebenfalls ist als Tatbestandsvoraussetzung die „drohende Gefahr“ ausreichend. „Notwendige Maßnahmen“ gewährt einen großen Ermessensspielraum, darunter können viele Maßnahmen gefasst werden, die sich in ihrer Intensität unterschiedlich auswirken können (von der Identitätsfeststellung, Ermahnung, Platzverweis bis zur Festnahme). Die Nutzung solcher sog. unbestimmten Rechtsbegriffe könnte somit ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot darstellen. Eine Absenkung der Bestimmtheitsanforderungen kann unter Umständen auch gerechtfertigt sein. Dies ist beispielsweise bei Generalklauseln der Fall, wenn mit dieser weiten Norm eine hohe Flexibilität gewährleistet werden soll. Eine Regelung muss in gewissen Fällen auch weit und offen ausgestaltet sein, damit sie künftige Fälle angemessen erfassen kann. Die Einführung von unbestimmten Rechtsbegriffen gewährleistet die Flexibilität gesetzlicher Steuerung und Einzelfallgerechtigkeit beim Normvollzug. Das Bestimmtheitsgebot schließt somit die Verwendung konkretisierungsbedürftiger Begriffe nicht aus, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.²¹ Trotz unbestimmter Rechtsbegriffe muss jedoch sichergestellt sein, dass das Handeln des Staates kontrollierbar, voraussehbar und berechenbar ist.²²

²¹ BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 GG, Rn. 182.

²² BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 GG, Rn. 182.

Problematisch ist jedoch, dass § 1 B-PG keine Kriterien vorsieht, die eine Einstufung von Gefahrenzuständen geben würden. Insbesondere erscheint es unbestimmbar, welche „Vorbereitungshandlungen für sich“ (§ 1 Nr. 1) erfasst sein sollen. Hierbei hätte eine Einschränkung bspw. durch Regelbeispiele erfolgen können. Aus § 1 B-PG lassen sich keine Grenzen ziehen, welches „individuelle Verhalten“ notwendig ist, um Maßnahmen zu ergreifen. Der Normadressat kann daraus nicht erkennen, welche Verhaltensweisen oder Vorbereitungshandlungen er vornehmen kann, ohne in die polizeirechtliche Verantwortlichkeit zu gelangen. Es ist nicht erkennbar, in welchem Zusammenhang Verhaltensweisen und Vorbereitungshandlungen stehen müssen, um eine Gefahrenprognoselage auszulösen. Ist es für das Vorliegen des Tatbestandes des § 1 B-PG ausreichend, wenn die Person nur objektiv, also aus Sicht des Polizisten, eine Vorbereitungshandlung begeht, oder muss der Handelnde diese auch mit der Absicht vornehmen, damit eine Rechtsgutverletzung zu bezwecken?²³ Es bestünde die Gefahr, dass auch neutrales Alltagsverhalten als ausreichende Handlung iSd § 1 Nr. 2 B-PG gewertet wird (bspw. der Kauf von Chemikalien, die hypothetisch Bestandteil einer Bombe sein können, oder der Besuch einer gewissen Internetseite oder das (zufällige) Mitlaufen in einer Gruppe von gewaltbereiten Fußballfans, die dann ein Eingreifen der Polizei zulässig werden lässt).

Weiterhin ist unklar, ob das individuelle Verhalten von derselben Person ausgehen muss, von der der Angriff als Prognosegegenstand befürchtet wird. Sofern der Tatbestand des § 1 B-PG vorliegt, so bleibt unklar, wer Adressat der Maßnahmen ist. Aus § 1 Nr. 2 B-PG wird nicht deutlich, ob damit auch Maßnahmen innerhalb von Gruppen getroffen werden können, wenn nur eine dieser Personen durch Vorbereitungshandlungen eine Gefahr auslöst.²⁴ Als Beispiel könnte hier angeführt werden, ob Maßnahmen gegen die Eltern/die Lehrer/die Freunde möglich sind, wenn für einen Jugendlichen die konkrete Wahrscheinlichkeit eines Amoklaufs festgestellt wird?²⁵

Letztlich ist nicht erkennbar, wann ein bedeutendes Rechtsgut vorliegt. Der Normadressat kann nicht einschätzen, bei welchen Rechtsgütern eine Vorverlagerung der Verantwortlichkeit eintritt. Sicherlich ist durch Auslegung ermittelbar, dass dies für Leib und Leben gilt. Fraglich bleibt jedoch, ob alle durch die Werteordnung der Grundrechte geschützten Rechtsgüter erfasst sind oder ob gewisse Rechtsgüter aus diesem Anwendungsbereich fallen. Ist beispielsweise jegliche Form des Eigentums ein bedeutendes Rechtsgut? Anhand der Norm ist nicht ersichtlich, wie die Bedeutsamkeit eines Rechtsguts bestimmt wird. Somit fehlt die Möglichkeit des

²³ Waechter, NVwZ 2018, 458 (460).

²⁴ Waechter, NVwZ 2018, 458 (460).

²⁵ Waechter, NVwZ 2018, 458 (460).

Adressaten, eine Grenzziehung vorzunehmen. Auch mittels anderer Auslegungsmethoden lassen sich keine hinreichenden Grenzen ziehen.

Aufgrund der hohen Eingriffsintensität der verschiedenen (drohenden) Eingriffe ist eine strenge Auslegung des Bestimmtheitsgebots erforderlich. Insgesamt ist §1 B-PG somit reichlich unbestimmt und verstößt somit gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG. (a. A. vertretbar).

c) Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Weiterhin könnte ein Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Verhältnismäßigkeitsprinzip vorliegen.

aa) Legitimes Ziel

Mit § 1 des B-PG wird das legitime Ziel der Gefahrenabwehr und damit der Schutz von gewissen Rechtsgütern verfolgt.

bb) Geeignetheit

§ 1 B-PG müsste auch dazu geeignet sein, dieses legitime Ziel zu fördern.²⁶ Mittels der Zulässigkeit, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, ist § 1 B-PG auch geeignet, die Gefahr von den Rechtsgütern abzuwenden und Schäden zu vermeiden. Dies gilt auch insbesondere für § 1 Abs. 1 B-PG, mit dem schon im Vorlauf das Entstehen einer konkreten Gefahr vermieden werden kann.

§ 1 Abs. 2 B-PG gestattet weiterhin den Einsatz von Handgranaten zur Gefahrenabwehr. Fraglich ist, ob dieser geeignet ist. An sich führt der Einsatz von diesen dazu, dass durch die Sprengkraft dieser, die konkrete Gefahr möglicherweise beseitigt wird. Durch die „Effektivität“ bzw. Stärke eines Mittels mit Sprengkraft wird im Regelfall auch eine hohe Wahrscheinlichkeit für die konkrete Gefahrenabwehr existieren. Aus dieser Sichtweise müsste die Geeignetheit angenommen werden. Unmittelbar mit dem Einsatz der Handgranaten hängt jedoch zusammen, dass diese möglicherweise einen neuen Gefahrenherd schaffen, bei dem die Polizei wieder einschreiten müsste. Der Einsatz von Handgranaten ist, insbesondere in der Öffentlichkeit, nicht ohne weitere Gefahren möglich. Damit wird zwar der einzelne Zweck der konkreten Gefahrenabwehr

²⁶ BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 GG, Rn. 194.

gefördert, automatisch entstehen jedoch auch neue (ggf. unkontrollierbare) Gefahren, weswegen kein Mittel gewählt werden darf, welches dem legitimen Ziel diametral entgegengläuft. Mit hin wäre der Einsatz von Handgranaten schon nicht geeignet.

Es erscheint unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten auch bedenklich, den Einsatz von Explosivmitteln an die gleichen Voraussetzungen zu knüpfen wie den Einsatz von Schusswaffen. Denn die durch den Einsatz von Explosivmitteln für den Betroffenen und Unbeteiligte entstehende Gefahrenlage ist jedenfalls schon deswegen eine andere, weil Explosivmittel nicht im gleichen Maße zielgerichtet eingesetzt werden können wie Schusswaffen.

cc) Erforderlichkeit

Weiterhin müsste § 1 B-PG auch erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn es sich um das mildeste Mittel handelt; es darf also keine Regelungsalternative geben, die den Regelungszweck in gleicher Weise erfüllt, aber weniger eingriffsintensiv ist.²⁷ Fraglich ist, ob es hier nicht ein milderer Mittel wäre, nur Überwachungsmaßnahmen und Vorfeldmaßnahmen von § 1 B-PG zu erfassen. Mittels derer wäre dann sichergestellt, dass die zuständige Polizeibehörde zunächst den Sachverhalt näher erforscht, um anschließend – bei Entwicklung hin zu einer konkreten Gefahr – mit dem vollen Maßnahmenkatalog des § 1 eingreift. Überwachungsmaßnahmen sind im Vergleich zu den Maßnahmen, die deutlich intensiver in die Rechte des Betroffenen eingreifen (wie Festnahme, Betretungsverbote, Sicherstellungen o.ä.) mildere Mittel (a.A. dahingehend vertretbar, dass heimliche Überwachungsmaßnahmen in die Persönlichkeitssphäre eingreifen und deshalb im Vergleich zu offensichtlichen Maßnahmen eine intensivere Wirkung haben). Hierbei ist jedoch zu beachten, dass fraglich ist, ob reine Überwachungsmaßnahmen für die Gefahrenabwehr wirklich gleich wirksam sind, also die gleiche Erfolgswertigkeit besitzen. Der Gesetzgeber besitzt insoweit wiederum einen Einschätzungsspielraum.

dd) Angemessenheit

Weiterhin müsste das Gesetz jedoch auch angemessen sein. Die gewählte Maßnahme darf dabei nicht außer Verhältnis zu dem Rechtsgut stehen, das mit ihr geschützt werden soll.²⁸ Fraglich ist, ob dies hier gegeben ist.

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber die zeitlichen Grenzen für den Einsatz von polizeilichen Maßnahmen für bestimmte Bereiche mit dem verfolgten Ziel der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.

²⁷ BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 GG, Rn. 196.

²⁸ BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 GG, Rn. 197.

Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen. Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen.²⁹ Vorliegend ist in § 1 B-PG jedoch problematisch, dass allein schon reine Vorbereitungshandlungen für sich ausreichen, um Eingriffsmaßnahmen einzusetzen. Weiterhin ist jede Form von Maßnahmen zulässig, § 1 B-PG ist nicht beschränkt auf Überwachungsmaßnahmen. Schließlich ist mangels Unbestimmtheit auch nicht klar, welche Rechtsgüter betroffen sein müssen. Eingriffe in die Rechte des Betroffenen schon aufgrund von Vorbereitungshandlungen (also eine erhebliche zeitliche Vorverlagerung) dürfen nur vorgenommen werden, wenn es um Rechtsgüter geht, die für den Bestand des Staates erhebliche Bedeutung haben und hinreichend gewichtig sind (bspw. durch terroristische Taten), nicht jedoch bspw. für Gefährdungen des Straßenverkehrs durch Alkoholkonsum. Eine Aufnahme der „drohenden Gefahr“ in das allgemeine Polizeirecht schafft hingegen eine sachlich deutliche Ausweitung der polizeilichen Befugnisse, die über die Bekämpfung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern hinausgehen. Das bisherige Gefahrenabwehrrecht erlaubt einen Einsatz von Zwangsmitteln nur, wenn eine konkrete Gefahrenlage besteht, also konkrete Tatsachen vorliegen, die die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutbeschädigung begründet. Im Vorfeld einer solchen Gefahrenlage sind zwar auch Befugnisse der Polizei vorgesehen, diese beschränken sich bisher jedoch auf Gefahrerforschungseingriffe bzw. auf Maßnahmen der Sachverhaltsaufklärung. Erst wenn sich im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung eine konkrete Gefahrenlage zeigt, kann die Polizei Zwangsmaßnahmen ergreifen. Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass, sofern reine Gefahrerforschungsmaßnahmen unzureichend wären, die staatliche Pflicht zur effektiven Gewährleistung der inneren Sicherheit vereitelt werden würde, sofern immer eine konkrete Gefahr erforderlich wäre. Dies würde möglicherweise das Gewaltmonopol des Staates grundlegend in Frage stellen.³⁰

Es stellt jedoch einen sehr erheblichen Eingriff in die Rechte des Privaten dar, wenn schon in

²⁹ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. 112.

³⁰ *Holzner*, Verfassung des Freistaates Bayern, 2014, Art. 99 BV, Rn. 1.

sein Privatleben eingegriffen wird, obwohl er unter Umständen neutrale Handlungen vornimmt, die noch keine konkreten Anhaltspunkte für eine Gefahr bilden. Es erfolgt eine Anknüpfung an den Zeitpunkt einer etwaigen Vorbereitung, obwohl einerseits nur relativ ungenaue Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen und andererseits möglicherweise nur ein Rechtsgut geschützt werden soll, dessen Bedeutung als nicht elementar eingestuft wird. Die Tatsachenlage, die der Maßnahme entsprechend § 1 B-PG zugrunde gelegt wird, ist dann häufig auch durch eine besonders individuelle Einschätzung der beteiligten Personen gekennzeichnet. Einerseits können die beobachteten Geschehnisse nur in harmlosen Zusammenhängen verbleiben, andererseits aber auch den Beginn eines Vorgangs bilden, der in eine Gefahr mündet.³¹ Hierbei liegt die Bewertung der Situation alleine im Auge des handelnden Beamten. Die Gefahr der Fehleinschätzung aufgrund nur einzelner Anhaltspunkte ist hoch.³² Weiterhin kann mangels Beschränkung sowohl auf die Art der dann ergriffenen Maßnahmen als auch auf das zu schützende Rechtsgutes nicht ausgeschlossen werden, dass in höchstprivate Rechtsbereiche (Privat- und Intimsphäre) eingegriffen wird. Sofern dabei noch keine stichhaltigen Anhaltspunkte vorliegen müssen, so müsste aufgrund der Hochwertigkeit der Rechtsgüter des Betroffenen, in die eingegriffen wird, eine unabhängige Kontrollinstanz eingeschaltet sein. Die könnte mittels einer richterlichen Anordnung erfolgen.³³ Es fehlen in § 1 B-PG insgesamt Regelungen, die absichern, dass keine willkürliche Anwendung der Maßnahmen erfolgt. Vielmehr fehlen konkrete Anforderungen an die Ermittlung der Gefahr. Die Gefahr, dass Fehleinschätzungen zu einem intensiven Eingriff in die Rechte der Bürger erfolgen, überwiegt im Vergleich zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit.

Folglich liegt ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor.

d) Zwischenergebnis

§ 1 B-PG ist materiell verfassungswidrig.

³¹ vgl. BVerfGE 120, 274 (329).

³² BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 – Rn. 113.

³³ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. 117.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 2 B-PG

a) Richtervorbehalt Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG

In Betracht kommt ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG. Dieser besagt, dass Freiheitsentziehungen zwingend von einem Richter angeordnet werden müssen. Eine bloße Freiheitsbeschränkung unterliegt hingegen nicht diesen Voraussetzungen.

Die Unterscheidung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung erfolgt anhand der Dauer und Intensität des Eingriffs.³⁴ Eine Freiheitsentziehung liegt dann vor, wenn jemand gegen oder ohne seinen Willen durch die öffentliche Gewalt an einem bestimmten, eng umgrenzten Ort festgehalten wird.³⁵ Die räumlich enge Begrenzung ergibt sich daraus, dass die körperlich-räumliche Bewegungsfreiheit entzogen sein muss.³⁶ In den meisten Fällen wird der Betroffene eingeschlossen und sonach mit äußeren Zwangsmitteln festgehalten werden.³⁷

Genau das ist vorliegend der Fall. Der Betroffene kann auf Grundlage von § 2 B-PG in Polizeigewahrsam genommen werden. Damit wird er gegen seinen Willen durch die öffentliche Gewalt an einem eng umgrenzten Ort festgehalten, den er nicht ohne weiteres verlassen kann. Hinzu kommt, dass die Dauer des Gewahrsams nicht auf eine kurze Zeit begrenzt ist. Vielmehr steht es gänzlich im Ermessen der Polizei, wie lange diese Freiheitsentziehung andauert. Möglich ist damit auch ein besonders langer Gewahrsam. Es handelt sich also um eine Freiheitsentziehung.

Diese ist gem. § 2 Abs. 2 B-PG auch ohne eine richterliche Entscheidung möglich.

Damit liegt ein Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG vor.

b) Verhältnismäßigkeit

§ 2 B-PG könnte außerdem gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist, verstoßen.

³⁴ Jarass/Pieroth, GG, Art. 104, Rn. 1 f.

³⁵ Maunz/Dürig, GG, Art. 104, Rn. 6.

³⁶ Maunz/Dürig, GG, Art. 104, Rn. 6.

³⁷ Maunz/Dürig, GG, Art. 104, Rn. 6.

aa) Legitimer Zweck

§ 2 B-PG müsste ein legitimes Ziel verfolgen. Ein solches liegt dann vor, wenn der Staat das Ziel grundsätzlich verfolgen darf. Vorliegend dient § 2 B-PG dem Schutz einer Person vor Gefahren für Leib oder Leben und dem Schutz der Allgemeinheit vor Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten, also dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Damit liegt ein legitimes Ziel vor.

bb) Geeignet

Darüber hinaus müsste § 2 B-PG auch geeignet sein. Geeignet ist eine Maßnahme zumindest dann, wenn sie das verfolgte Ziel in irgendeiner Weise fördert. Vorliegend wird der Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen dadurch gefördert, dass potentiell gefährliche Personen in Gewahrsam genommen werden. Die Maßnahme ist also geeignet.

cc) Erforderlich

Auch müsste die Maßnahme erforderlich sein. Die Erforderlichkeit ist anzunehmen, wenn kein milderes, gleichermaßen geeignetes Mittel gegeben ist, das Ziel zu erreichen. Als milderes, gleichermaßen geeignetes Mittel kommt hier zum Beispiel die Beobachtung der betroffenen Person in Betracht. Eine solche ist zwar für den Beobachteten als milderes Mittel anzusehen, er wird nicht in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt, jedoch unterbindet eine Beobachtung nicht in gleicher Weise die Handlungen des Betroffenen. Es besteht immer auch die Möglichkeit, dass der Beobachtete dennoch eine der befürchteten Handlungen begeht, ohne dass ein Polizist rechtzeitig eingreifen kann oder dass der Beobachtete sich der Beobachtung entzieht.

Damit ist die Maßnahme auch erforderlich.

dd) Angemessenheit/Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

§ 2 B-PG müsste auch angemessen sein. Eine Maßnahme ist dann angemessen, wenn eine Abwägung ergibt, dass die Folgen einer staatlichen Maßnahme nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen (Zweck-Mittel-Relation).

Das angestrebte Ziel des § 2 B-PG ist der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Schutz des Einzelnen vor Gefahr für Leib und Leben und Schutz der Allgemeinheit vor Ordnungswidrigkeiten und Straftaten). Damit handelt es sich um ein bedeutendes und wichtiges Rechtsgut, das durch § 2 B-PG geschützt werden soll. Auf der anderen Seite steht der Gewähr-

sam für die verdächtige Person. Dieser stellt einen Freiheitsentzug dar und damit einen erheblichen Eingriff in die Selbstbestimmung dieser Person. Diese Rechtspositionen müssen im Wege der Zweck-Mittel-Relation gegeneinander abgewogen werden. Es gilt also den Freiheitsentzug mit dem Schutzbedürfnis der Allgemeinheit abzuwägen.³⁸

Das Bundesverfassungsgericht lässt einen solchen Freiheitsentzug grundsätzlich nur dann zu, wenn besonders gewichtige Gründe vorliegen. Liegt eine konkrete Gefahr für bedeutende Rechtsgüter vor, so dürfte in der Folge ein besonders gewichtiger Grund gegeben sein.³⁹ Der Grund für den Gewahrsam im vorliegenden Fall ist der Schutz der Allgemeinheit, wobei es sich dabei um ein wichtiges Rechtsgut handelt. Dem steht jedoch der Freiheitsentzug einer Person gegenüber. Die Gründe für diesen werden in § 2 B-PG genannt (Schutz der Person gegen Gefahr für Leib oder Leben und unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit). Fraglich ist, ob es sich bei diesen Situationen schon um eine konkrete Gefahr für die zu schützenden Rechtsgüter handelt. Eine solche konkrete Gefahr kann dann angenommen werden, wenn etwa eine Terrorstraftat mit deutlich überwiegender Wahrscheinlichkeit begangen werden wird. Das Bundesverfassungsgericht hat etwa im Hinblick auf die Gefahr eines weiteren Tötungsdelikts nach Freilassung des Täters unterstrichen: „[D]er Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen; deren bloße Möglichkeit vermag die weitere Maßregelvollstreckung nicht zu rechtfertigen. [...] Nicht jede Negativprognose kann schematisch in gleicher Weise Berücksichtigung finden. Vorliegend ist nach dem Gutachten vielmehr von einem Grenzfall auszugehen, welcher die Gutachterin gerade noch zu einer negativen Prognose führte.“⁴⁰ Nach § 2 B-PG ist allerdings noch keine derartige Tat begangen worden, vielmehr handelt es sich bei den in Gewahrsam zu nehmenden Personen nur um „Gefährder“, von denen möglicherweise in Zukunft eine Gefahr ausgehen könnte. Die Anhaltspunkte zur Annahme dieser zukünftigen Gefahr sind in § 2 B-PG nicht näher ausgeführt, was den Betroffenen vom Belieben der Polizei abhängig macht.

Zudem entscheidet die Polizei auch über die Dauer der Präventivhaft. Je länger eine Freiheitsentziehung andauert, umso strenger und präziser müssen auch die Voraussetzungen gefasst sein und bei einem längeren Gewahrsam regelmäßig überprüft werden.

³⁸ BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 - 2 BvR 2333/08, LS 3a.

³⁹ Vgl. *Walther*, ZIS 2007, 464 (472 f.).

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2012 - 2 BvR 442/12 -, Rn. 24.

Das Bundesverfassungsgericht hat 2011 in seinem Grundsatzurteil detaillierte Vorgaben zur Präventivhaft gemacht: Die Sicherungsverwahrung als besondere Form der Präventivhaft etwa darf nur als letztes Mittel angeordnet werden; es müssen zudem alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um eine Entlassungsperspektive zu eröffnen; die Haftbedingungen sind soweit als möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen anzupassen; die Fortdauer ist in mindestens jährlichen Abständen gerichtlich zu überprüfen.⁴¹

Detaillierte Vorgaben zum Gewahrsam fehlen im vorliegenden Fall vollkommen. Auch besteht die Möglichkeit, jemanden in Gewahrsam zu nehmen, von dem eine noch nicht konkrete Gefahr ausgeht. Damit ist die Schutzbedürftigkeit der Allgemeinheit an dieser Stelle noch gering, während der Freiheitsentzug enorm in die Rechte des Betroffenen eingreift.

Bei § 2 B-PG handelt es sich somit um eine unverhältnismäßige Maßnahme.

III. Zwischenergebnis

Der Antrag der F-, L- und G-Fraktionen ist begründet.

C. Ergebnis

Der Antrag der F-, L- und G-Fraktionen ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

⁴¹ BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 - 2 BvR 2333/08 -, LS 3.

Lösung Zusatzfrage

Das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG ordnet an: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer Staat.“ Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG legt dabei insbesondere fest: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“ Die Staatsgewalt übt es unmittelbar in Wahlen und Abstimmungen aus und mittelbar durch die Entscheidungen der von ihm gewählten Organe, insbesondere der Bundestag (repräsentative Demokratie, Art. 20 Abs. 2 Satz 2). Das Demokratieprinzip wird dabei in Art. 38 und Art. 70 ff. GG nochmals konkretisiert. Es handelt sich um ein Organisationsprinzip.⁴² Eine Ausprägung ist dabei, dass die demokratische Freiheit und die demokratische Gleichheit der Bürger im Mehrheitsprinzip zusammenlaufen.⁴³

Dabei spielt es ebenso eine Rolle, dass bei unterschiedlichen Interessen im Volk Einstimmigkeit bei Entscheidungen nicht vorstellbar ist. Einstimmigkeit in allen relevanten Fragen wäre reines Wunschdenken. Daraus folgt jedoch, dass trotz des Mehrheitsprinzips stets ein Minderheitenschutz dem Demokratieprinzip immanent ist.

Ob dies in dem technologischen Zeitalter durch Entscheidungsfindung mittels Algorithmen noch eingehalten werden kann, kann kritisch gesehen werden. Zwar mögen Daten eindeutig und richtig sein, jedoch müssen Daten und Realität nicht immer übereinstimmen. Auch die mit dem logischen Mechanismus errechnete Handlungsempfehlung verbürgt nicht die rechtliche und politische Richtigkeit einer Entscheidung. Was ein System (möglicherweise auch aufgrund seiner Programmierung) nicht abbildet, ist deshalb noch lange nicht falsch oder abwegig.

Wird die Entscheidungsfindung in staatlichen Angelegenheiten vom Menschen auf den Algorithmus übertragen, so verlagert sich dadurch auch die Entscheidungsgewalt vom Souverän auf den Programmierer des Algorithmus, der dessen Funktionen und Grenzen vorgibt.

Durch die Personalisierung bei der Auswertung von Daten/automatisierte Datenverarbeitung/Algorithmen kommt es zu Gruppenbildungen, da anhand der Analyse von Entscheidungen Gruppen von Verhalten gebildet werden. Die Aussagen über Gruppen und damit Aussagen über Einzelne aus den verschiedenen Gruppen werden möglich und zu verschiedensten Zwecken genutzt, bspw. der Kommerzialisierung von Daten und der Verkauf an verschiedene Beteiligte. Diese nutzen Daten dann, um, entsprechend des oben genannten Prozesses, Entscheidungen vorherzusagen, in dem sie diesen Personen Ergebnisse vorlegen, die auf ihr Verhalten zugeschnitten sind. Das Problem ist dabei, dass Minderheiten, die sich aufgrund ihrer Datenstruktur

⁴² BeckOK Grundgesetz/Huster/Rux, 38. Ed. 15.8.2018, Art. 20 GG, Rn. 55.

⁴³ Maunz/Dürig/Grzeszick, 84. EL August 2018, Art. 20 II GG. Rn. 41-54.

keiner Gruppe zuordnen lassen, keine Berücksichtigung finden. Dies hängt damit zusammen, dass ihr Verhalten nicht vorhergesehen werden kann, daher auch keine Nachfrage nach diesen Daten besteht. Zwar ist Minderheitenschutz grundsätzlich auch programmierbar, lässt sich jedoch gerade schlecht formalisieren.

Orientiert sich Politik/Gesetzgebung aber immer mehr an der Auswertung von Big Data und damit anhand der Vorstellungen der großen Gruppen, so bedeutet dies im Umkehrschluss eine Einschränkung von Teilhabe für die Minderheit. Wer also bei Auswertung der Daten zur Ergebnisfindung nicht zu einer der großen Gruppen gehört, findet keine Berücksichtigung. Legt man stets nur die Mehrheit für Gruppenauswertung zugrunde, gibt es keinen Minderheitenschutz.

Mögliche Lösungsansätze liegen in der gesetzlichen Absicherung von Pluralität. Dabei sind jedoch die Programmierbarkeit dieser Pluralität und die Überwachung dieser von entscheidender Bedeutung. Eine weitere Möglichkeit wäre es, Private zur Wahrung von Minderheitenrechten zu verpflichten. Schließlich sollte zur Absicherung des Demokratieprinzips immer eine menschliche Kontrolle automatischer Entscheidungen bzw. der Algorithmen, die diese Entscheidungen treffen, bestehen. Das Volk als Souverän muss stets die demokratische Legitimation der Entscheidungen sicherstellen. Dies setzt voraus, dass der Algorithmus sowohl in seiner Entwicklung als auch während seines Einsatzes demokratisch legitimiert ist, damit sich die Entscheidungsgewalt nicht ausschließlich auf die Technik verschiebt und der Minderheitenschutz gewährleistet ist.