

RAe Wächtler u. Koll., Rottmannstr. 11 a, 80333 München

An den  
Vorsitzenden des Ausschusses für Kommunale Fragen,  
Innere Sicherheit sowie für Verfassung , Recht und  
Parlamentsfragen  
Herrn MdL Dr. Florian Herrmann  
Bayerischer Landtag  
Maximilianeum  
81627 München

Rottmannstraße 11 a  
80333 München  
Telefon (089) 542 75 00  
Telefax (089) 54 27 50 11  
waechtler@waechtler-kollegen.de

München, den 20.03.2018

**Unser Aktenzeichen:**

Bitte stets angeben!

-- d --

Sehr geehrter Herr Dr.Herrmann,

ich bedanke mich für die Einladung zur Anhörung am 21.03.2018 zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs.17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs.17/20763). Im folgenden nehme ich nur zur Änderung des PAG Stellung. Wegen der Kürze der Zeit beschränke ich mich auf einige grundsätzliche Aspekte, dabei habe ich in erster Linie aus der Sicht der betroffenen BürgerInnen argumentiert.

Allgemeine Überlegungen:

Mit dem jetzt vorgelegten Entwurf eines Polizeiaufgabengesetzes wird der Polizei eine so umfassende Eingriffs- und Kontrollbefugnis in die Lebensweise und Privatsphäre der BürgerInnen zugestanden wie sie noch keine deutsche Behörde seit 1945 besass. Gerade die Gesamtschau der vorgesehenen Befugnisse macht dies deutlich. Dabei muss immer beachtet werden, dass es sich um präventive Befugnisse handelt, also abhängig von einer wie immer gearteten Gefahrenprognose, denn ein Schaden ist noch nicht eingetreten, wenn die Polizei nach dem PAG tätig wird. Die Polizei soll nach dem PAG-E u.a. folgende Massnahmen treffen können:

- Identitätsfeststellung, Art 13
- Erkennungsdienstliche Massnahmen, Art 14
- Zwangsweise Durchsetzung einer Vorladung, Art. 15 III
- Kontaktverbot, Art. 16 II, S.1 Nr.1

**Rechtsanwälte Wächtler und Kollegen**

RAin Gaugel:  
Fachanwältin für Familienrecht

RA Wächtler:  
Fachanwalt für Strafrecht

Stadtsparkasse München  
Konto-Nr. 901 139 816, BLZ 701 500 00  
IBAN DE73 7015 0000 0901 1398 16  
BIC SSKMDEMM  
USt-ID: DE 130751887

Postbank München  
Konto-Nr. 288 647 805, BLZ 700 100 80  
IBAN DE13 7001 0080 0288 6478 05  
BIC PBNKDEFF

- Aufenthaltsverbot und Verbannung (Aufenthaltsgebot), Art.16 II S.1 Nr.2
- Meldeanordnung, Art.16 II S.2
- Gewahrsam (Vorbeugehaft), Art.17
- Durchsuchung von Sachen an Kontrollstellen, Art.22 I Nr.6
- Betreten und Durchsuchung von Wohnungen, Art.23 I S.1 Nr.3
- Sicherstellung von Daten, Art.25
- Pfändung von Konten und Vermögensrechten, Art.25 II
- Übersichtsaufnahmen von öffentlichen Veranstaltungen, Art.33 I Nr.2
- Einsatz von Bodycams ab öffentlichen Orten, Art.33 IV S.1
- Einsatz von Bodycams in Wohnungen, Art.33 IV S.2
- Einsatz „intelligenter Videoüberwachung“, Art.33 Abs.V
- Gezielte Überwachung einer Person durch intelligente Videoüberwachung, Art.33 V S.2
- elektronische Fußfessel, Art.34
- Postsicherstellung und ggf. Postöffnung, Art.35
- Längerfristige Observation von Verdächtigen und mutmaßlichen Kontaktpersonen, Art.36 I Nr.1
- Verdeckter Kamera-Einsatz außerhalb von Wohnung, Art.36 I Nr.2a
- Verdeckter Einsatz technischer Mittel zur Standortfeststellung, Art.36 I Nr.2b
- Verdeckter Einsatz technischer Mittel zum Abhören oder Aufzeichnen von Gesprächen außerhalb von Wohnungen. Art.36 I Nr.2c
- Einsatz verdeckter Ermittler (VE), Art.37
- Einsatz von V-Personen , Art.38
- Automatisierte Kennzeichenerfassung, Art.39
- Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art.40
- Wohnraumüberwachung, Art.41
- Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) incl. Quellen –TKÜ, Art.42 I und II
- Unterbrechung der Telekommunikation, Art.42 V. S.1
- Unterbrechung des Zugangs zu Rundfunk und TV, Art.42

- Auskunft bei Dienst Anbietern über Telekommunikationsverkehrsdaten, Art.43II,1
- Auskunft über Vorratsdaten, Art.43 II S.2
- Online-Durchsuchung, Art.45
- Geheimes Betreten von Wohnungen zum Zweck der Online-Durchsuchung, Art.45, III S.5
- Rasterfahndung, Art.46
- Einsatz von Drohnen, Art.47

Die Zusammenschau dieser Befugnisse ergibt das Bild einer praktisch vollkommenen Kontrolle der Polizei über die Existenz der betroffenen BürgerInnen, ihre Privatsphäre, ihre Lebensweise und ihren Aufenthaltsort, ihre Kommunikation mit Freunden und Geschäftspartnern, die Personen, mit denen sie sich treffen und nicht zuletzt die Verfügungsmacht über ihr Vermögen. Wer hier an George Orwell denkt, liegt nicht falsch.

Wie *Petri* in seinem Gutachten zu Recht ausführt, hat das BVerfG diese Bedenken in dem Begriff der *Überwachungsgesamtrechnung* gebündelt, die, wenn sie dazu führt, dass durch alle Überwachungsmaßnahmen zusammen eine Totalüberwachung der BürgerInnen droht, verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen ist (*Petri, Gutachten vom 21.12.17* S.2 mit Bezug zu BVerfGE 125, 260,323 und 141, 220, 280f Rdnr.130-BKAG).

Man sollte meinen, dass die Installation dieser umfassenden Macht der Polizei durch ein Maximum an effektiver Kontrolle durch unabhängige und rechtsstaatliche Institutionen begleitet wird - eine nähere Betrachtung des vorliegenden Entwurfs zeigt, dass dies nicht der Fall ist. Es werden weder die Grenzen eingehalten, die das BVerfG gezogen hat noch gibt es für die Betroffenen einen qualifizierten individuellen Rechtsschutz, wie er in Art.103 GG, Art. 19 IV GG und Art.6 der EGMR vorgesehen ist.

Mögliche rechtsstaatliche Sicherungen könnten sein:

- eine möglichst präzise und jedenfalls die Verhältnismässigkeit der Mittel beachtende Eingriffsschwelle;
- eine externe, am besten durch unabhängige Richter wahrgenommene Kontrolle der vorgesehenen Massnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit den im GG und der EMRK garantierten Grund- und Menschenrechten sowie ihrer Notwendigkeit und Angemessenheit bzgl. der betroffenen Person und die Schlüssigkeit der über sie angestellten Gefahrenprognose;
- die Möglichkeit der betroffenen BürgerInnen, sich umfassend über die gegen sie vorliegenden Vorwürfe zu informieren und sich effektiv dagegen zu verteidigen und zwar wenn möglich bevor die Massnahmen gegen sie ergriffen werden, jedenfalls aber mit professionellem Beistand immer dann, wenn in wesentliche Rechte eingegriffen wird wie Freiheit, Eigentum und die Grundrechte der Unverletzlichkeit der Wohnung, der Kommunikationsfreiheit, der informationellen Selbstbestimmung und der Intimsphäre.

#### a. Die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr

Der bisher auch im bayerischen Polizeirecht übliche Begriff der konkreten Gefahr als Voraussetzung polizeilicher Eingriffe wurde durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 01.08.2017 (Drs.17/16299) zunächst nur für die dort genannten Massnahmen durch den neuen Begriff der drohenden Gefahr ersetzt. Ich habe bei der Anhörung vom 17.05.17 dazu ausführlich Stellung genommen. Durch das PAG-E wird dieser Begriff für eine Vielzahl einschneidender polizeilicher Massnahmen verallgemeinert. In 21 der oben aufgeführten 35 polizeilichen Einzelmassnahmen wird der Begriff der drohenden Gefahr als Eingreifvoraussetzung genannt, er ist damit zentral für das PAG-E. Unabhängig davon, wie man die Berechtigung dieser genuin bayerischen Begriffsbildung im Polizeirecht einschätzt besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass die Schwelle des polizeilichen Eingreifens damit gesenkt wird. Eine nur drohende Gefahr ist weniger als eine konkrete Gefahr. Die früher auch im PAG genannte konkrete Gefahr ist nach der Rspr. des BVerfG dadurch gekennzeichnet ist, dass

*"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" BVerfGE 120,274,328 f*

Auch Möstl, der ansonsten die Einführung der drohenden Gefahr in das PAG-E begrüsst, gesteht zu, dass mit der Einführung dieses neuen Begriffs eine Absenkung der polizeilichen Eingriffsschwelle verbunden ist (vgl. Gutachten in dieser Anhörung, S.3).

Es besteht demnach Einigkeit darüber, dass ein erhebliches Mehr an polizeilicher Eingriffsbefugnis verbunden wird mit einer nicht unerheblichen Absenkung der Eingriffsschwelle. Die Polizei darf mehr und darf leichter eingreifen, ihre Kontrolle durch die Gerichte wird durch den schwammigeren Begriff der nur drohenden Gefahr erheblich erschwert. Mit der bestehenden Rspr. des BVerfG ist dies jedenfalls nicht vereinbar. Bereits in seiner Entscheidung zum Verfassungsschutzgesetz NRW 2008 (BVerfGE 120, 274 ff) hatte der 1. Senat ausgeführt, dass

*"tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr" (a.a.O. S.328),*

die Gefahrenprognose tragen müssen. Ein so gewichtiger Grundrechtseingriff, wie er in dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System liege, könne nicht mit einem Eingriffsanlass gerechtfertigt werden, der *"noch weitgehend im Vorfeld einer im einzelnen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird"* (a.a.O. S.329).

Ausdrücklich nennt das BVerfG in dieser Entscheidung eine abschliessende Reihe derjenigen Schutzgüter, die – wenn sie von einer konkreten Gefahr bedroht sind- den Staat veranlassen können, informationstechnische Systeme zu infiltrieren und die Betroffenen zu überwachen. Das Vermögen und Eigentum des Einzelnen ist nicht darunter (Leitsatz 2 a.a.O.). Demgegenüber spricht Art.11 PAG-E, in dem die allgemeinen Befugnisse der Polizei definiert werden von einer nur drohenden Gefahr für ein „bedeutendes Rechtsgut“, und hier wird eben sehr wohl das individuelle Eigentum aufgezählt neben Sachen, „deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (Telefonzellen, Verkehrszeichen ?).

Die Entscheidung des gleichen Senats vom 20.04.2016 zum BKA-Gesetz (BVerfGE 141,220f) hat diese Grundsätze nicht aufgegeben sondern bestätigt (so ausdrücklich Zif.103 dieser Entscheidung). Soweit sich die amtl. Begründung des PAG-E und mit ihr *Möstl (a.a.O.)* auf diese Entscheidung beziehen, verschweigen sie, dass das BVerfG mehrfach darauf hinweist, dass es sich bei seinem Prüfungsgegenstand gerade nicht um ein Gesetz handelt, das gleichsam die ganze Bevölkerung trifft (a.a.O. Zif.101), es ging vielmehr allein um die "*Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus*" (so schon der 1.Leitsatz des BVerfG in der BKA-Entscheidung). Das PAG-E jedoch betrifft potentiell die ganze Bevölkerung, eine Beschränkung auf die Bekämpfung des Terrorismus findet sich nirgendwo. *Löffelmann* hat in seinem hier erstatteten Gutachten eindrucksvoll nachgewiesen, dass nach der absichtlich verschwommenen Terminologie des PAG-E selbst Allerweltsdelikte wie fahrlässige oder einfache Körperverletzung, Sachbeschädigung oder sexuell motivierte Belästigung als Rechtsgüter gefährdende Anknüpfungspunkte für präventive polizeiliche Eingriffe dienen können (vgl. S.5 des Gutachtens vom 14.02.2018 anlässlich dieser Anhörung). Der Ausnahmefall der Terrorismusbekämpfung, den das BVerfG in seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz hervorhebt, liegt also im Regelfall gerade nicht vor. Dieser Befund wird noch dadurch bestätigt, dass das PAG-E davon Abstand nimmt, für die einzelnen Eingriffe einen Straftatenkatalog aufzustellen, der je nach Schwere des Eingriffs gestaffelt wäre und wie er bisher in Art. 30 Abs.5 PAG aber auch z.B. in § 100a StPO noch immer geltendes Recht ist. Statt dessen werden allgemeine Rechtsgüter benannt, die im Einzelfall schwer zu fassen sein werden. Die Richter, die ggf. über diese zum Teil tautologischen, zum Teil bewusst unklar gehaltenen Begriffe wie "bedeutendes Rechtsgut", "konkrete Wahrscheinlichkeit", "erhebliche Eigentumspositionen" und "Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt" zu entscheiden haben, sind jedenfalls nicht zu beneiden (ebenso *Löffelmann*, a.a.O.). Ebenso bedenklich ist aber, dass auch der betroffene Bürger nicht weiss, wo die Grenze dessen liegt, wo er einen präventiven polizeilichen Einsatz befürchten muss.

#### b. Die Regelung der vorherigen Kontrolle polizeilicher Massnahmen im PAG-E

aa. Für eine Reihe einschneidender polizeilicher Eingriffe in Grundrechte soll es gar keine vorherige gerichtliche Kontrolle geben. Sie werden allein von der Polizei veranlasst. Dazu gehören ohne den Anspruch auf Vollständigkeit:

Identitätsfeststellung, Kontaktverbot, Aufenthaltsverbot, Aufenthaltsgebot (Verbannung) (!), Meldeanordnung, Durchsuchung an Kontrollstellen, Sicherstellung von Daten, Pfändung von Vermögen (!) (Anordnung der Pfändung durch die Polizei, nur die Art und Weise soll durch die sinngemässe Anwendung der ZPO geregelt werden vgl. amtl. Begründung S.46 oben, Drs.17/20425), Übersichtsaufnahmen bei Veranstaltungen, Bodycams ausserhalb und in Wohnungen (!), intelligente Videoüberwachung, auch gezielt, verdeckte Kamera ausserhalb von Wohnung, Standortbestimmung verdeckt, automatisierte Kennzeichenerfassung, Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Drohnen.

Einige dieser Massnahmen können existenzvernichtend sein, wie die Pfändung des Vermögens und der Konten oder die zwangsweise Verbannung in einen anderen Wohnort. Deshalb ist es besonders verstörend, dass trotz der erheblichen Ausweitung der polizeilichen Befugnisse und damit auch der durch das polizeiliche Handeln eventuell ausgelösten Schäden selbst bei rechtswidrigen Eingriffen eine Entschädigungspflicht entsprechend etwa dem Gesetz über die Entschädigung in Strafverfolgungsmassnahmen

nicht in den Entwurf aufgenommen wurde . Art. 70 PAG ist hier erkennbar ungeeignet. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass die bayerische Polizei keine Fehler machen wird.

bb. Eine Reihe besonders schwerwiegender polizeilicher Eingriffe soll i.d.R. nur nach richterlicher Entscheidung erlaubt werden, nämlich

Zwangswise Durchsetzung einer Vorladung, Gewahrsam (Vorbeugehaft), Betreten und Durchsuchen von Wohnungen, elektronische Fußfessel, Postsicherstellung, längerfristige Observation, verdecktes Abhören und Aufzeichnen von Gesprächen ausserhalb von Wohnungen, verdeckte Ermittler gegen eine bestimmte Person oder Einsatz in Wohnungen, Einsatz von V-Personen, Wohnraumüberwachung, Telekommunikationsüberwachung incl. Quellen-TKÜ, Unterbrechung der TKÜ, Unterbrechung des Zugangs zu Rundfunk und TV, Auskunft bei Dienst Anbietern über TKÜ-Verkehrsdaten, Auskunft über Vorratsdaten, Online-Durchsuchung, Rasterfahndung.

Manche der genannten Eingriffe stehen angesichts der rasanten technischen Entwicklung vor ungeahnten Möglichkeiten: So macht die Infiltration von Telekommunikationsgeräten durch staatliche Spionage-Software es möglich, nicht nur in Computern Überwachungsgeräte zu installieren sondern auch in über das Netz verbundene Haushaltsgeräten wie Fernsehgeräten etc. Eine Trennung in überwachungsfreie höchstprivate Zonen und dem Rest des überwachten Lebens, wie es das BVerfG fordert, wird so immer illusorischer.

Überhaupt nicht erfasst ist ein anderes schwerwiegendes Problem, das allerdings vom BVerfG schon 2008 in seiner Entscheidung zum VerfSchG NRW erörtert wurde: *„Werden zur Infiltration bislang unbekannte Sicherheitslücken des Betriebssystems genutzt, kann dies einen Zielkonflikt zwischen den öffentlichen Interessen an einem erfolgreichen Zugriff und an einer möglichst großen Sicherheit informationstechnischer Systeme auslösen. In der Folge besteht die Gefahr, dass die Ermittlungsbehörde es etwa unterlässt, gegenüber anderen Stellen Maßnahmen zur Schliessung solcher Sicherheitslücken anzuregen, oder sie sogar aktiv darauf hinwirkt, dass die Lücken unerkannt bleiben. Der Zielkonflikt könnte das Vertrauen der Bevölkerung beeinträchtigen, dass der Staat um eine möglichst hohe Sicherheit der Informationssysteme bemüht ist“* (BVerfGE 120, 274, 326). Zudem: was geschieht, wenn der betroffene Nutzer sein infiltrierte System weitergibt, wird der nicht gemeinte Nachfolger dann informiert oder macht dann das System seine Runden?

Bei der gerichtlichen Prüfung wird sich als besondere Schwierigkeit erweisen, dass es für einige der im PAG-E gebrauchten Begriffe keine Vorbilder in vergleichbaren Rechtsgebieten gibt und deshalb auch keine gerichtlichen Präzedenzfälle. Das gilt für die bayerische Neuschöpfung der drohenden Gefahr, wie oben ausgeführt, aber auch für die "erheblichen Eigentumspositionen" oder die "Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt"(ebenso *Löffelmann, a.a.O.*). Hier wird der zuständige Amtsrichter zum Rechtsgestalter und Rechtsschöpfer und der Betroffene zum Objekt richterlicher Neulanderkundigungen mit ungewissem Ausgang.

Hinzu kommt, dass diese Begriffe auch unscharf und schwammig sind, obwohl sie die Voraussetzungen von präventiv-polizeilichen Massnahmen umschreiben, die tief in die Grundrechte der BürgerInnen einschneiden und Existenzen vernichten können (siehe dazu oben unter 1.).

#### cc. Rechtsschutz und rechtliches Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 103 Abs.1 GG ist Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (BVerfGE 9,89,95;39,156,18;74, 220,224) und des Schutzes der Menschenwürde (BVerfGE 55,1,6;63, 332,337). *"Der Einzelne soll nicht nur Objekt richterlicher Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können"* (BVerfGE 107,395,409).

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör bzw aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich ein grundsätzlicher Anspruch auf Prozesskostenhilfe in den Fällen, in denen der Betroffene zur Verfolgung seiner Rechte ohne finanzielle Hilfe des Staats nicht in der Lage ist (Jarass/Pieroth GG, 13.Aufl. Rdnr.36 m.w.Nw.). Im Strafrecht hat der Beschuldigte, der die Kosten eines Verteidigers nicht aufzubringen vermag, in schwerwiegenderen Fällen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger (BVerfGE 39,238,243; 65, 171,174ff; 68, 237,255 f), dies gilt auch für Entscheidungen über die Anordnung oder die Fortdauer einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, d.h. in Fällen, bei denen es wie bei den polizeilichen Präventivmassnahmen aufgrund des PAG nicht auf ein Verschulden ankommt (BVerfGE 70,297,322 f). Wird gegen einen Beschuldigten im Strafverfahren Untersuchungshaft verhängt, liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs.1 Zif.4 StPO vor. Er hat Anspruch auf einen Pflichtverteidiger, wenn er keinen eigenen Anwalt hat, ebenso, wenn die Sach- oder Rechtslage schwierig oder ersichtlich ist, dass er sich nicht selbst verteidigen kann, § 140 Abs.2 StPO. Diese Rechtslage ist nach der Rspr. des BVerfG eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips (BVerfGE 46,202,210; 63,380,390; BVerfG NJW 86,767,771). Damit soll nicht etwa aus sozialem Gründen dem Beschuldigten geholfen werden sondern mit diesen Bestimmungen sichert der Rechtsstaat **sein** Interesse an einem prozessordnungsgemässen Strafverfahren, das eine wirksame Verteidigung voraussetzt (BVerfGE 68,237,254).

Das PAG-E verweist in seinem Art.92 in allen Fällen, in denen es eine gerichtliche Entscheidung vorgesehen hat, auf das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG, mit dem Zusatz, dass die Rechtsbeschwerde ausgeschlossen ist. Diese Zuweisung an das FamFG hat verheerende Folgen für die Rechtsposition des Betroffenen:

Das Institut der Pflichtverteidigung oder der notwendigen Verteidigung ist dem FamFG fremd. Es besteht grundsätzlich kein Anwaltszwang, auch nicht in Freiheitsentziehungssachen (Keidel, FamFG, 19.Aufl. 2017, Rdnr. 50 zu § 64). § 12 FamFG spricht von einem "Beistand", den die Beteiligten zum Termin mitbringen können, selbstverständlich können sie sich auch von einem Rechtsanwalt vertreten lassen, § 10 FamFG. Was aber mit einem Betroffenen geschieht, der nicht in der Lage ist, einen Anwalt zu beauftragen, bleibt offen. Unter diesen Umständen kann es geschehen, dass eine Person, die von den Sicherheitsbehörden als "Gefährder" eingestuft wird, nach Art.17 PAG vom Amtsrichter in Vorbeugehaft genommen wird, die nach Art.20 Abs.3 bis zu drei Monate andauern und nach Art.20 Abs.3 S.3 jeweils um drei Monate verlängert werden kann, in dieser ganzen Zeit keinen Anwalt zu Gesicht bekommt. Eine zeitliche

Obergrenze sieht das Gesetz, das durch die Novelle vom 01.08.17 entsprechend verändert wurde, bekanntlich nicht vor. Es mag sein, dass dieser Fall nicht so oft eintritt, allein dass er möglich ist, ist eines Rechtsstaats unwürdig. Es kann auch nicht damit begründet werden, dass die Vorbeugehaft nach Art.17 PAG keine Massnahme des Strafrechts darstellt. Im Gegenteil: da der Betroffene bis dato keine strafbare Handlung begangen hat sondern nur verdächtig ist, eine solche zu planen, darf er in einem Rechtsstaat keine schwächere Position haben als der einer schweren Straftat Verdächtige, der in U-Haft genommen wird. Die Gitterstäbe der Haftanstalt sind jedenfalls dieselben.

Der Verweis auf das Verfahren nach dem FamFG hat auch noch weitere negative Folgen für die Betroffenen. Der von schwersten Beeinträchtigungen seiner Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung, Unverletzlichkeit seiner Wohnung, des Post- und Fernmeldegeheimnisses sowie seiner Intimsphäre Betroffene hat zwar das Recht, hiergegen Beschwerde zum AG einzulegen, die allerdings nach § 64 FamFG keine aufschiebende Wirkung hat (Keidel, FamFG, 19.Aufl.2017, Rdnr.57 zu § 64).

Zur Frage der Akteneinsicht entsprechend § 147 StPO schweigt das PAG-E. Der Verweis auf das FamFG in Art.92 PAG-E führt zu § 13 FamFG. Hier wird Akteneinsicht nur gewährt, *"soweit nicht schwerwiegende Interessen eines Beteiligten oder eines Dritten entgegenstehen"*. Werden von den Sicherheitsbehörden derartige Interessen geltend gemacht (Schutz von Informanten, Geheimhaltung der Ermittlungsmethoden) wird es dem Gericht oft schwer fallen, uneingeschränkte Akteneinsicht zu gewähren. Gleiches gilt für etwa beigezogene Akten, da eine ähnlich strikte Rechtsprechung wie im Strafverfahren, dass nämlich alles, was dem Gericht vorliegt, auch von den Beteiligten eingesehen werden kann, offenbar fehlt. Der Betroffene wird somit oft auf das angewiesen sein, was in der Begründung des ihn betreffenden Gerichtsbeschlusses steht. Das Auskunftsrecht des Art.65 PAG-E wird ihm nicht weiterhelfen, da es unter erheblichen Einschränkungen der Belange der Sicherheitsbehörden steht, das gleiche gilt für die Fälle, in denen eine Benachrichtigung des Betroffenen vorgeschrieben ist.

Will der Betroffene einen Anwalt zur Wahrnehmung seiner Rechte beauftragen, was angesichts der Kompliziertheit der Materie, der zwei alternativen Rechtswege (AG oder VG, hier ist vieles strittig, vgl.Schmidbauer/Steiner, PAG, 4.Aufl. 2014, Rdnr.23 zu Art.18) und der möglicherweise existentiellen Bedeutung der erfolgten Eingriffe dringend anzuraten sein wird, muss er über das erforderliche Vermögen verfügen. Selbst das hilft ihm nicht, wenn eines der gegen ihn ergangenen polizeilichen Massnahmen die Pfändung seiner Bankkonten gem. Art.30 Abs.2 PAG-E gewesen ist. In diesem Fall wird es ihm schwerfallen, anwaltlichen Beistand zu erlangen, der Weg über die Prozesskostenhilfe der ZPO ist umständlich, zeitraubend und von einer Beurteilung der Erfolgsaussichten abhängig. Das Beiordnungsverfahren nach § 78 FamFG erfordert jedenfalls einen Antrag des Betroffenen sowie rechtliche Darlegungen, zusätzlich beschränkt es die Auswahl der Anwälte in örtlicher Hinsicht, § 78 Abs.3 FamFG. Das PAG-E ignoriert auch diese jederzeit mögliche und keineswegs unwahrscheinliche Konstellation. Damit wird der Betroffene einer solchen polizeilichen Präventivmassnahme schlechter gestellt als jeder Beschuldigte eines Strafverfahrens, dem jedenfalls für den Fall einer Anklageerhebung im Bereich erheblicher Kriminalität oder der Untersuchungshaft vom ersten Tage an ein Pflichtverteidiger gestellt werden muss, dem alle Unterlagen vorzulegen sind, die auch dem Gericht vorliegen.



Auch das Verfahren vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach den Vorschriften des FamFG ist angesichts der erheblichen polizeilichen Eingriffe, über die verhandelt wird (Freiheit und Eigentum des Betroffenen und andere Grundrechte) ein schwerer Nachteil für den Betroffenen gegenüber dem Strafverfahren. Nach § 29 FamFG gibt es vor den ordentlichen Gerichten kein strenges Beweisverfahren wie nach der StPO. Es heisst hier lapidar: *"Das Gericht erhebt die erforderlichen Beweise in geeigneter Form. Es ist hierbei an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden"*. Das bedeutet, der Betroffene kann Sach- und Zeugenbeweise anbieten, um die Gefahrenprognose der Sicherheitsbehörden gegen seine Person zu widerlegen, das Gericht ist daran nicht gebunden. Der § 30 Abs.1 FamFG bekräftigt diesen Grundsatz: *"Das Gericht entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob es die entscheidungserheblichen Tatsachen durch eine förmliche Beweisaufnahme entsprechend der ZPO feststellt"*. In Abs.3 wird zwar dem Gericht nahegelegt, eine förmliche Beweisaufnahme über eine bestrittene Tatsachenbehauptung durchzuführen, es handelt sich jedoch um eine Soll-Vorschrift. Verstösst hier das Gericht gegen grundlegende Prinzipien des fairen Verfahrens, gäbe es in sonstigen Fällen des FamFG die Rechtsbeschwerde zum BGH, diese hat jedoch Art.18 Abs.3 PAG bzw Art.92 Abs.1 S.2 PAG-E ausdrücklich ausgeschlossen. Eine weitere bemerkenswerte Eigenart des Verfahrens nach dem FamFG ist, dass das Mündlichkeitsprinzip nicht gilt, selbst ein Wechsel in der Gerichtsbesetzung während des laufenden Verfahrens ist deshalb nicht ausgeschlossen (Keidel, FamFG a.a.O. Rdnr.20 zu § 30).

Legt der Betroffene Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsrichters ein, kommt es zum Verfahren vor dem LG. Hier ist eine mündliche Verhandlung ausdrücklich in das Ermessen des Beschwerdegerichts gestellt, § 68 FamFG, wenn *"keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind"*. Die in sonstigen Freiheitsentziehungssachen nach dem FamFG an sich zulässige Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des LG, die zum BGH gehen würde, soll nach Art.92 Abs.1 S.2 PAG-E ausdrücklich ausgeschlossen sein.

Als Fazit ist festzuhalten: Das PAG-E entspricht in den angebotenen Rechtsschutzverfahren in keiner Weise dem Gebot des VerfG, im gleichen Gesetz, das die erheblichen Eingriffe erlaubt, auch Vorkehrungen für einen Grundrechtsschutz durch geeignete und effektive Verfahrensregeln zu treffen (so z.B. BVerfGE 120, 274, 326). Die von den präventiven Polizeimassnahmen betroffenen BürgerInnen sind in ihren Möglichkeiten, Rechtsschutz und rechtliches Gehör zu erlangen, durch den pauschalen Verweis auf das FamFG substantiell eingeschränkt. Selbst im Fall des Verlustes ihrer Freiheit, schwerster Grundrechtseingriffe und der Existenzbedrohung durch die Pfändung ihres gesamten Vermögens haben sie keinen Anspruch auf die Stellung eines Pflichtverteidigers. Ihre rechtlichen Möglichkeiten, sich gerichtlich gegen die Präventivmassnahmen zur Wehr zu setzen, sind durch ein völlig unzureichendes Rechtsschutzverfahren, wie es vom FamFG geboten wird, unerträglich ausgedünnt.

Es ist anzunehmen, dass das letzte Wort über die Verfassungsmässigkeit des PAG-E von den dafür zuständigen Gerichten getroffen werden wird.

München, den 21.03.2018

Hartmut Wächtler  
Rechtsanwalt

**Anhang: Einige Bemerkungen zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 durch das PAG-E: Frage A 1.**

Einleitend ist zusammenfassend zu sagen, dass der Entwurf des BayPAG (PAG-E) den von der RL vorgegebenen Schutz der personenbezogenen Daten des Bürgers auf das Mindestmaß beschränkt. Der bayerische Gesetzgeber beabsichtigt nur das zu tun was er meint aufgrund der RL bzw. der Vorgaben des nationalen Rechts und des BVerfG tun zu müssen. Er will die Grenzen des Möglichen ausreizen.

Speziell in Bezug auf die von der RL vorgegebenen Schutzstandards der personenbezogenen Daten der BürgerInnen gelingt ihm dies nicht immer. Beim Versuch an die Grenzen zu gehen werden diese teilweise überschritten.

Folgende Beispiele (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) sollen dies verdeutlichen:

**Art. 30 Abs. 2 PAG-E:** - betrifft die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (gemeint sind damit besonders sensible Daten wie sie in Art. 10 RL genannt werden)

- Die RL fordert in Art. 10 die Verarbeitung nur zu erlauben, wenn sie „unbedingt erforderlich ist und vorbehaltlich geeigneter Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen erfolgt“

Das PAE-E macht daraus in Abs. 2 insb. in den Nummern 1 und 2 folgendes:

„Die Verarbeitung ist zulässig

1. soweit andernfalls die Erfüllung polizeilicher Aufgaben, insbesondere die Verhütung oder Unterbindung von Straftaten, gefährdet oder wesentlich erschwert ist,
2. zur Abwehr von
  - a) Gefahren oder
  - b) drohenden Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut, ...“

Von unbedingt erforderlich ist hier keine Rede mehr. Der Gesetzestext vermittelt vielmehr den Eindruck, dass die Verarbeitung zulässig ist, wenn es nützt. Die Nummer 1 hat wenigstens noch die kleine m.E. unzureichende Einschränkung, dass die Verarbeitung nur zulässig ist, wenn die Erfüllung polizeilicher Aufgaben (dies kann beinahe alles sein) wesentlich erschwert würde. Die Nummer 2 hat überhaupt keine Einschränkung in dieser Hinsicht. Hier soll es zulässig sein, wenn es der Gefahrenabwehr dient und dies bereits bei einer bloß drohenden Gefahr. Dies ist zu extensiv und nicht mit der RL in Einklang zu bringen. Insb. in Nr. 2 sollte die Anforderung der unbedingten Erfordernis aufgenommen werden um eine restriktivere Handhabung dieser sensiblen Daten und somit einen größeren

Schutz der personenbezogenen Daten der BürgerInnen zu gewährleisten. Auch wäre es zu begrüßen, wenn auch bei Nr. 2 a die bedrohten Rechtsgüter eingeschränkt würden.

Von „Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen“ ist überhaupt keine Rede mehr.

Art. 30 Abs. 2 S 2 PAG verlangt lediglich: „Solche Daten sollen besonders gekennzeichnet und der Zugriff darauf besonders ausgestaltet werden, wenn und soweit dies der Schutz des Betroffenen erfordert.“

Von Garantien kann hier nicht gesprochen werden. Überdies ist die Vorschrift lediglich eine Soll-Vorschrift. Das ist völlig unzulänglich und wird der RL nicht gerecht. Mindestens sollte bestimmt werden, wie der besondere Zugriff ausgestaltet werden kann und wie Verstöße hiergegen effektiv verhindert werden sollen.

**Art. 31 Abs. 3 S. 2 PAG-E: (zugleich Antwort auf Frage 1 a)**

Die Vorschrift ist missverständlich, da sie von allgemeiner und jedermann zugänglicher Information handelt. Die RL (Art. 12 ff) verstehe ich so, dass ein Betroffener im Einzelnen zu informieren ist (mit den dort genannten Ausnahmen). Wer nicht informiert ist, kann seine Rechte nicht ausüben. Es ist wünschenswert eine Informationspflicht des Einzelnen bereits hier explizit aufzunehmen-

**Art. 31 Abs. 4 Satz 4 PAG: (zugleich Antwort auf Frage 1 a)**

Die dort genannte Ausnahme für die Unterrichtung eines Betroffenen sieht die RL schlicht nicht vor. Sie ist zu streichen.

**Art. 54 Abs. 2 S 2. PAG:**

betrifft die bekannte Problematik, dass Daten nur zu löschen sind, wenn der Verdacht wegfällt. Aber wann fällt ein Verdacht schon komplett weg? Nach der deutschen Rspr. kann durchaus ein Restverdacht bleiben, wenn das Strafverfahren nach § 170 StPO eingestellt wird oder sogar ein Freispruch erfolgt. Art. 4 Abs. 1 lit c, d, Art. 6 und 7 Abs.2 RL ist durchaus so zu lesen, dass Datensparsamkeit zu herrschen hat und klar gekennzeichnet werden muss, dass lediglich ein Verdacht vorliegt (der oftmals vom Betroffenen unmöglich auszuräumen sein wird).

**Art. 54 Abs. 5 PAG:**

Ist als reine Sollvorschrift mE unzureichend. Art. 7 Abs 2 RL erfordert eine zwingende Vorschrift.

**Antwort auf Frage 1 b:**

Art. 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PAG widerspricht Art. 16 RL: Eine Datenlöschung muss auch bei unverhältnismäßig großen Aufwand erfolgen. Es ist aus Betroffenenperspektive nicht

einzusehen, dass Daten über jemanden in einer Datei verbleiben, nur weil die Löschung unverhältnismäßig schwierig ist. Wer sich die Suppe einbrockt muss sie auch auslöffeln. Art. 16 RL sieht so eine Ausnahme auch nicht vor.

Art. 62 Abs. 5 S 4 PAG widerspricht mE Art. 16 Abs. 4 RL

Es ist es kaum denkbar, dass eine schlichte Unterrichtung ohne die auslösenden Gründe polizeiliche Aufgaben gefährden kann. Daher würde ich in Art. 62 Abs. 5 S. 4 jedenfalls folgende Änderung vorschlagen: „Eine Mitteilung der Gründe kann unterbleiben...“