

Privatdozent Dr. Mathias Hong
... Karlsruhe

Karlsruhe/München, den 5. Oktober 2018

Rechtsanwalt Hartmut Wächtler
Rottmannstraße 11 a
80333 München

Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk
76131 Karlsruhe

Verfassungsbeschwerde

1. der Frau Laura Meschede, ...
2. der Frau Laura Schimmel, ...
3. des Herrn Dr.med. Thomas Kunkel, ...
4. des Herrn Johannes König, ...
5. der Frau Stephanie Dilba, ...
6. des Herrn Herbert Schröger, ...
7. der Frau Claudia Stamm, ...
8. der Frau Rechtsanwältin Seda Basay-Yildiz, ...
9. der Frau Rechtsanwältin Antonia von der Behrens, ...
10. des Herrn Rechtsanwalt Hubert Heinhold, ...

g e g e n

die folgenden Vorschriften des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) (Bekanntmachung vom 14. September 1990, GVBl. S. 397) in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301, 434):

1. Art. 36 Abs. 1 bis 3 (Besondere Mittel der Datenerhebung),
 2. Art. 37 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 (Einsatz verdeckter Ermittler),
 3. Art. 38 Abs. 1 (Einsatz von Vertrauenspersonen),
 4. Art. 39 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 (Kennzeichenerfassung) i.V. mit Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BayPAG (Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung oder gezielten Kontrolle) soweit dadurch zur Erstellung von Bewegungsbildern von ausgeschriebenen Personen ermächtigt werden soll),
 5. Art. 42 Abs. 1 und 2 (Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation),
 6. Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2 (Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme),
 7. Art. 47 Abs. 1 Nr. 2, 4 (i.V. mit Art. 42 Abs. 1 und 2) und 5 BayPAG (Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme),
- und
8. Art. 86 Abs. 1 Satz 2 (i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4) (Besondere Waffen, Sprengmittel)

Namens und in beigefügter Vollmacht (**Anlage 1**) der Beschwerdeführer erheben wir Verfassungsbeschwerde. Wir rügen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) (in seinen betroffenen Ausprägungen), des Telekommunikationsgeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG), des Wohnungsgrundrechts (Art. 13 Abs. 1 GG) und des Menschenwürdekerns des Lebensgrundrechts (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG).

Gliederung

Einleitung	6
A. Sachverhalt.....	7
I. Die angegriffenen Regelungen	7
1. Überwachungsermächtigungen schon bei drohender Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG	7
2. Einsatz von Explosivmitteln unter Gefährdung Unbeteiligter.....	9
a) Bisherige Rechtslage: Ermächtigung zum Einsatz von Handgranaten (als „Waffen“) gegen Personen und Verbot des Einsatzes (aller) Sprengmittel gegen Personen	9
b) Die angegriffene Neuregelung: Ermächtigung zum Einsatz von besonderen Sprengmitteln (Explosivmitteln) (einschließlich Handgranaten) gegen Personen – Verbot nur noch des Einsatzes von „anderen“ Sprengmitteln gegen Personen	10
II. Die Beschwerdeführer	14
1. Beschwerdeführerin zu 1.....	14
2. Beschwerdeführerin zu 2.....	15
3. Beschwerdeführer zu 3.	16
4. Beschwerdeführer zu 4.	17
5. Beschwerdeführerin zu 5.....	18
6. Beschwerdeführer zu 6.	19
7. Beschwerdeführerin zu 7.....	20
8. Beschwerdeführerin zu 8.....	21
9. Beschwerdeführerin zu 9.....	21
10. Beschwerdeführer zu 10.	21
B. Zulässigkeit.....	23
I. Beschwerdebefugnis	23
1. Grundrechtsrügen	23
2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer	23
a) Unmittelbare Beschwer	23
aa) Verdeckter Charakter der angegriffenen Überwachungsermächtigungen	24
bb) Unzumutbarkeit des Vorgehens erst gegen den erfolgten Einsatz von Explosivmitteln	25
b) Eigene und gegenwärtige Beschwer	26
aa) Weiter Adressatenkreis der Überwachungsermächtigungen	26
bb) Zur Überwachungswahrscheinlichkeit mit Blick auf die einzelnen Beschwerdeführer.....	30
cc) Hinreichende Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Explosivmitteleinsatzes zu werden.....	33
II. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.....	35
III. Beschwerdefrist	35

C. Begründetheit	36
I. Grundrechtswidrigkeit der angegriffenen Überwachungsermächtigungen.....	36
1. Die Eingriffsschwelle der konkretisierten Gefahr	36
a) Die beiden Voraussetzungen und die terrorismusbezogene Ausnahme	38
b) Begrenzung der situationsunabhängigen personenbezogenen Prognose auf die Besonderheiten terroristischer Straftaten.....	41
c) Begrenzung auf besonders wichtige Rechtsgüter	42
d) Begrenzung auf verdeckte Überwachungsmaßnahmen.....	45
2. Art. 11 Abs. 3 BayPAG genügt den Anforderungen an eine konkretisierte Gefahr nicht.....	45
a) Fehlende Begrenzung (des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG) auf bestimmte Personen.....	46
b) Fehlende Begrenzung der personenbezogen konkretisierten Gefahr (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BayPAG) auf die Besonderheiten terroristischer Straftaten	49
c) Unzureichende Begrenzung (des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG) auf besonders gewichtige Rechtsgüter.....	50
3. Die angegriffenen Überwachungsermächtigungen verletzen die betroffenen Grundrechte, soweit sie eine drohende Gefahr ausreichen lassen	51
a) Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung (Art. 36 Abs. 1 bis 3 BayPAG): Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Rechts am eigenen Wort und Bild	51
b) Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 BayPAG): Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Wohnungsgrundrechts	53
aa) Einstufung als sehr schwerwiegender Grundrechtseingriff im Urteil zum BKA-Gesetz.....	54
bb) Verstoß gegen allgemeines Persönlichkeitsrecht und Wohnungsgrundrecht.....	55
cc) Funktionales Äquivalent eines Eingriffs.....	57
dd) Keine eingriffsausschließende Wirkung einer Einwilligung in Unkenntnis der staatlichen Beauftragung	58
c) Erstellung von Bewegungsbildern durch Ausschreibung, Kennzeichenerfassung und Datenabgleich (Art. 39 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 i.V. mit Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BayPAG): Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung	61
d) Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (Art. 42 Abs. 1 und 2 BayPAG): Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses	65
e) Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme (Art. 45 Abs. 1 und 2 BayPAG): Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	67
f) Einsatz unbemannter Luffahrtsysteme (sog. Drohnen) (Art. 47 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5): Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (in seinen betroffenen Ausprägungen) und des Telekommunikationsgeheimnisses.....	68

II. Einsatz von Explosivmitteln (Art. 86 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4 BayPAG).....	72
1. Ermächtigung zum Einsatz auch unter hochwahrscheinlicher Gefährdung Unbeteiligter.....	72
a) Wortlaut und systematische Auslegung des Art. 83 Abs. 4 BayPAG.....	72
b) Entstehungsgeschichte	73
c) Keine „Heilung“ der Ermächtigung durch verfassungskonforme Auslegung.....	75
d) Gezielte Tötung Unbeteiligter als Unterfall der hochwahrscheinlichen Gefährdung.....	77
e) Ergebnis zur Auslegung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 (i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4) BayPAG – Beispielsfälle	78
2. Verstoß gegen den Menschenwürdekern des Lebensgrundrechts	79
a) Unvereinbarkeit mit den Maßstäben des Luftsicherheitsgesetz-Urteils	79
b) Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR.....	82
aa) Isayeva-Urteil (2005) und Finogenov-Urteil (2011) des EGMR.....	82
bb) Tagayeva-Urteil (2017) des EGMR.....	85
cc) Ergebnis zur Rechtsprechung des EGMR.....	86
c) Verfassungssystematische und entstehungsgeschichtliche Fundierung des Urteils zum Luftsicherheitsgesetz	86
aa) Irrtumsargument und Vorrang der Achtungspflicht vor grundrechtlichen Schutzpflichten	86
bb) Systematische Folgewirkungen einer hoheitlichen Tötung Unschuldiger.....	87
d) Ergebnis	90

Einleitung

Die Verfassungsbeschwerde wendet sich (erstens) gegen gesetzliche Überwachungsermächtigungen, die schwerwiegende Grundrechtseingriffe, wie etwa die Online-Durchsuchung oder eine verdeckte Dauerobservation, schon bei einer „drohenden Gefahr“ ermöglichen sollen. Für seine Definition der drohenden Gefahr kann sich der bayerische Gesetzgeber dabei nicht auf das Konzept einer „hinreichend konkretisierte[n] Gefahr“ stützen, die für derartige Eingriffe nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz zumindest gegeben sein muss,

vgl. BVerfGE 141, 220 (272 f.) (s. auch S. 305, 326, 340, 349 f., 352).

Denn die angegriffenen Ermächtigungen gehen über die danach höchstens zulässigen Vorfeldbefugnisse deutlich hinaus. Nicht nur kann sich der Gesetzgeber deshalb auf dieses Urteil nicht berufen, sondern es ergibt sich umgekehrt daraus gerade, dass die betroffenen Grundrechte verletzt sind.

Die Verfassungsbeschwerde greift (zweitens) eine gesetzliche Ermächtigung an, die den Einsatz von „Explosivmitteln“, etwa mit einer Panzerfaust, außerhalb einer Menschenmenge auch dann ermöglichen soll, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit Unbeteiligte gefährdet werden. Bei weitem Verständnis soll das sogar eine gezielte Tötung der Unschuldigen ermöglichen. Auch eine „bloße“ hochwahrscheinliche Gefährdung kommt jedoch bei derartigen Waffen (anders als etwa bei einem Scharfschützen-Einsatz zur Geiselrettung) einer gezielten Tötung so nahe, dass die Ermächtigung nach den Maßstäben des Luftsicherheitsgesetz-Urteils des Bundesverfassungsgerichts insgesamt den Menschenwürdekern des Lebensgrundrechts verletzt,

vgl. BVerfGE 115, 118 (151-160).

Das Bundesverfassungsgericht hat die maßgeblichen Fragen, vor allem in den beiden genannten Urteilen, mit einiger Deutlichkeit schon vorentschieden. Jedenfalls in weitem Umfang wäre deshalb sogar an eine Kammerzuständigkeit für eine Stattgabe zu denken, würden hier nicht gesetzliche Vorschriften angegriffen (§ 93c Abs. 1 BVerfGG).

Die Verfassungsbeschwerde zielt deshalb im Wesentlichen darauf, dass das Bundesverfassungsgericht grundrechtliche Maßgaben bekräftigt, die es bereits aus der Verfassung abgeleitet, über die sich der bayerische Gesetzgeber jedoch hinweggesetzt hat.

A. Sachverhalt

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind Eingriffsermächtigungen des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Bekanntmachung vom 14. September 1990, GVBl. S. 397) (im Folgenden: BayPAG), die durch das Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 18. Mai 2018 (GVBl. S. 301, 434) eingeführt oder maßgeblich erweitert wurden.

I. Die angegriffenen Regelungen

1. Überwachungsermächtigungen schon bei drohender Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG

Das PAG-Neuordnungsgesetz von 2018 unternimmt eine grundlegende Neuausrichtung des bayerischen Polizeirechts. Mit einer „noch effektiveren“ Ausgestaltung wichtiger polizeilicher Befugnisnormen,

vgl. Gesetzentwurf der Staatsregierung, LT-Drs. 20425 v. 30.1.2018, S. 1 (s. auch S. 40),

will der Gesetzgeber es der Polizei ermöglichen, „auf die aktuelle Gefährdung durch vielfältige Formen des Terrorismus, Extremismus, aber auch durch anderweit motivierte gewichtige Bedrohungslagen bis hin zu Cyberangriffen reagieren zu können“,

vgl. LT-Drs. 20425, S. 40.

Ein Kernvorhaben der Novellierung besteht darin, zu diesem Zweck auch Überwachungsmaßnahmen, die besonders intensiv in Grundrechte eingreifen, schon bei einer lediglich „drohenden Gefahr“ im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG zuzulassen. Dieser Begriff wurde durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24. Juli 2017 (GVBl. S. 388) eingeführt, der Art. 11 Abs.3 BayPAG wie folgt neu fasste:

Art. 11 Allgemeine Befugnisse

[...]

(3) ¹Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall

1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder

2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. ²Bedeutende Rechtsgüter sind:

- 1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,*
- 2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,*
- 3. die sexuelle Selbstbestimmung,*
- 4. erhebliche Eigentumspositionen oder*
- 5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.*

Die angegriffenen Überwachungsermächtigungen knüpfen an die vorangegangene Novelle an,

vgl. LT-Drs. 20425, S. 40 (wonach die mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen „erfolgte Novellierung zeitnah fortgeführt“ wird),

weiten jedoch den Anwendungsbereich der herabgesenkten Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG ganz erheblich aus.

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind zunächst eine Reihe derjenigen Regelungen, die eine entsprechende Ausweitung der polizeilichen Überwachungsbefugnisse auf die Abwehr schon drohender Gefahren bewirken sollen.

Die Verfassungsbeschwerde beschränkt sich insoweit auf bestimmte Ermächtigungen zu besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffen und greift diese insoweit an, als sie solche Eingriffe schon bei drohenden Gefahren im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ermöglichen sollen.

Angegriffen werden im Einzelnen die Ermächtigungen des BayPAG (1.) zu den besonderen Mitteln der Datenerhebung (längerfristige Observation und verdeckter Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen- oder -aufzeichnungen außerhalb von Wohnungen, zur Feststellung des Standortes oder der Bewegungen einer Person oder einer beweglichen Sache und zum Abhören oder zur Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes) (Art. 36 Abs. 1 und 2), (2.) zum Einsatz verdeckter Ermittler (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2), (3.) zum Einsatz von Vertrauenspersonen (Art. 38 Abs. 1), (4.) zur Erstellung von Bewegungsbildern durch automatisierte Kennzeichenerfassung bei solchen Personen, die nach Art. 40

Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a als verantwortlich für eine drohende Gefahr zur polizeilichen Beobachtung oder gezielten Kontrolle ausgeschrieben sind (Art. 39 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 i.V. mit Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3), (5.) zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (Art. 42 Abs. 1 und 2), (6.) zum verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme (Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2) (auch durch die sog. Online-Durchsuchung) sowie (7.) zum Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme (sog. Drohnen) bei den vorgenannten Maßnahmen des Einsatzes der besonderen Mittel der Datenerhebung, der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation und des verdeckten Zugriffs auf informationstechnische Systeme (Art. 47 Abs. 1 Nr. 2, 4 [i.V. mit Art. 42 Abs. 1 und 2] und 5).

2. Einsatz von Explosivmitteln unter Gefährdung Unbeteiligter

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ferner die Ermächtigung zum Einsatz von Explosivmitteln in Art. 86 Abs. 1 Satz 2 (i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4) BayPAG. Die angegriffene Regelung sieht in der Fassung des PAG-Neuordnungsgesetzes für die Polizei erstmals eine Ermächtigung vor, Explosivmittel, die keine Handgranaten sind, gegen Personen einzusetzen, und weitet die Befugnis zum Einsatz von Handgranaten aus. Sie lässt dabei den Einsatz auch bei hochwahrscheinlicher Gefährdung Unbeteiligter zu.

a) Bisherige Rechtslage: Ermächtigung zum Einsatz von Handgranaten (als „Waffen“) gegen Personen und Verbot des Einsatzes (aller) Sprengmittel gegen Personen

Der Einsatz von Handgranaten gegen Personen sollte bereits nach bisheriger Rechtslage zulässig sein. Diese wurden dabei bislang nicht als Sprengmittel, sondern als Waffen eingestuft (Art. 61 Abs. 3 Satz 1 BayPAG a.F.).¹

Handgranaten durften (wie Maschinengewehre) gegen Personen nur unter bestimmten Voraussetzungen angewendet werden, zu denen unter anderem gehörte, dass (1.) „diese Personen von Schußwaffen oder Handgranaten oder ähnlichen Explosivmitteln Gebrauch gemacht haben und“ (2.) „der vorherige Gebrauch anderer Waffen erfolglos geblieben“ sein musste (Art. 69 Abs. 1 BayPAG a.F.).²

¹ Vgl. Art. 61 Abs. 3 BayPAG (a.F.): „Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sind insbesondere Fesseln, Wasserwerfer, technische Sperren, Diensthunde, Dienstpferde, Dienstfahrzeuge, Reiz- und Betäubungsmittel sowie zum Sprengen bestimmte explosionsfähige Stoffe (Sprengmittel).“

² Vgl. Art. 69 BayPAG (a.F.) Besondere Waffen, Sprengmittel:

Nicht gebraucht werden durften Handgranaten „um fluchtunfähig zu machen“ und „gegen Personen in einer Menschenmenge“ (Art. 69 Abs. 2 BayPAG a.F.). Im Übrigen sollten die Regelungen zum Schusswaffengebrauch entsprechend anwendbar sein (Art. 69 Abs. 3 BayPAG a.F.).

Sprengmittel durften dagegen „gegen Personen nicht angewendet werden“ (Art. 61 Abs. 4 BayPAG a.F.). Unter Sprengmitteln, zu denen Handgranaten danach nicht zählten, wurden (alle) „zum Sprengen bestimmte[n] explosionsfähige[n] Stoffe“ verstanden (Art. 61 Abs. 3 BayPAG a.F.).

b) Die angegriffene Neuregelung: Ermächtigung zum Einsatz von besonderen Sprengmitteln (Explosivmitteln) (einschließlich Handgranaten) gegen Personen – Verbot nur noch des Einsatzes von „anderen“ Sprengmitteln gegen Personen

Die angegriffene Regelung weitet nicht nur die bereits vorhandene Ermächtigung zum Gebrauch von Handgranaten gegen Personen erheblich aus, sondern erstreckt die so ausgeweitete Befugnis darüber hinaus auch allgemein auf besondere Sprengmittel, die unter die neu eingeführte Kategorie der „Explosivmittel“ nach Art. 78 Abs. 5 Satz 1 BayPAG fallen.

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist die so ausgeweitete Befugnis zum Einsatz von Explosivmitteln in Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG. Diese Regelung wird angegriffen, soweit sie den Einsatz von Explosivmitteln außerhalb von Menschenmengen auch dann zulässt, wenn dadurch Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden (Art. 86 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4 Satz 2 BayPAG).

Art. 78 BayPAG lautet, soweit hier relevant, wie folgt (Hervorh. hinzugef.):

Art. 78 Begriffsbestimmung

(1) Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel, Waffen und Explosivmittel.

„(1) Maschinengewehre und Handgranaten dürfen gegen Personen nur in den Fällen des Art. 67 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 5 und nur mit Zustimmung des Staatsministers des Innern, für Bau und Verkehr oder eines von ihm im Einzelfall Beauftragten angewendet werden, wenn

1. diese Personen von Schusswaffen oder Handgranaten oder ähnlichen Explosivmitteln Gebrauch gemacht haben und

2. der vorherige Gebrauch anderer Waffen erfolglos geblieben ist.

(2) Maschinengewehre und Handgranaten dürfen nicht gebraucht werden, um fluchtunfähig zu machen. Handgranaten dürfen gegen Personen in einer Menschenmenge nicht gebraucht werden.

(3) Im übrigen sind die Vorschriften über den Schusswaffengebrauch entsprechend anzuwenden.

(4) Sprengmittel dürfen gegen Personen nicht angewendet werden.“

[...]

(3) *Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sind insbesondere Fesseln, Wasserwerfer, technische Sperren, Diensthunde, Dienstpferde, Dienstfahrzeuge, Luftfahrzeuge, Reiz- und Betäubungsmittel sowie zum Sprengen bestimmte explosionsfähige Stoffe (Sprengmittel).*

(4) ¹*Als Waffen sind Schlagstock, Elektroimpulsgerät und vergleichbare Waffen, Pistole, Revolver, Gewehr, Maschinenpistole und Maschinengewehr zugelassen. [...]*

(5) ¹*Explosivmittel sind besondere Sprengmittel, namentlich Handgranaten, Sprenggeschosse, die aus Schusswaffen verschossen werden können und sonstige explosionsfähige Stoffe, die vor Umsetzung von einem festen Mantel umgeben sind. [...]*

Explosivmittel sind danach definiert als alle „explosionsfähige[n] Stoffe, die vor Umsetzung von einem festen Mantel umgeben sind“ (Art. 78 Abs. 5 Satz 1 BayPAG). Sie sind nach Art. 78 Abs. 5 BayPAG „besondere Sprengmittel“.

Während Sprengmittel im Allgemeinen nach Art. 78 Abs. 3 BayPAG alle „zum Sprengen bestimmte[n] explosionsfähige[n] Stoffe“ sind, zeichnen sich Explosivmittel als „besondere Sprengmittel“ danach dadurch aus, dass sie „vor Umsetzung von einem festen Mantel umgeben“ sind (Art. 78 Abs. 5 Satz 1 BayPAG).

Handgranaten werden nicht mehr als Waffen (Art. 78 Abs. 4 BayPAG) eingeordnet, sondern ausdrücklich ebenfalls als Explosivmittel (Art. 78 Abs. 5 Satz 1 BayPAG).

Art. 86 BayPAG lautet, soweit hier relevant (Hervorh. hinzugef.):

Art. 86 Besondere Waffen, Sprengmittel

(1) [...] ²*Der Einsatz von Explosivmitteln gegen Personen ist bereits dann zulässig, wenn diese selbst erkennbar den unmittelbaren Gebrauch von Schusswaffen, Sprengmitteln oder anderer, im Einzelfall vergleichbar gefährlicher Mittel beabsichtigen und der vorherige Gebrauch anderer Waffen durch die Polizei ersichtlich aussichtslos oder unzureichend ist.*

[...]

(3) ¹*Maschinengewehre und Explosivmittel dürfen nicht gebraucht werden,*

1. um fluchtunfähig zu machen oder

2. gegen Personen in einer Menschenmenge.

²*Andere Sprengmittel dürfen nicht gegen Personen angewendet werden.*

(4) *Im übrigen sind die Vorschriften über den Schußwaffengebrauch entsprechend anzuwenden.*

Das bisherige allgemeine Verbot, (jegliche) Sprengmittel gegen Personen einzusetzen, ist danach für Explosivmittel (als die in Art. 78 Abs. 5 Satz 1 BayPAG so definierten „besonderen Sprengmittel“) nunmehr aufgehoben.

Nicht gegen Personen angewendet werden dürfen jetzt vielmehr nur noch „[a]ndere Sprengmittel“ – also solche, die keine Explosivmittel sind (Art. 86 Abs. 3 Satz 2 BayPAG).

Erstmals wird damit auch für Explosivmittel, die keine Handgranaten sind, eine Befugnis zum Einsatz gegen Personen eröffnet.

Aber auch für Handgranaten weitet die angegriffene Bestimmung die Möglichkeiten des Einsatzes gegen Personen gegenüber der bisherigen Rechtslage aus.

Bislang durften Handgranaten, wie bereits beschrieben, nur gegen Personen eingesetzt werden, wenn diese bereits selbst

„von Schußwaffen oder Handgranaten oder ähnlichen Explosivmitteln Gebrauch gemacht“

hatten und

„der vorherige Gebrauch anderer Waffen erfolglos geblieben“

war (Art. 69 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BayPAG a.F., Hervorh. hinzugef.).

Dagegen sind Handgranaten jetzt ebenfalls Explosivmittel (also besondere Sprengmittel) und keine Waffen im Sinne des Gesetzes mehr – und für alle Explosivmittel ist der Gebrauch gegen Personen auch „bereits dann“ zulässig,

„wenn diese selbst erkennbar den unmittelbaren Gebrauch von Schusswaffen, Sprengmitteln oder anderer, im Einzelfall vergleichbar gefährlicher Mittel beabsichtigen und der vorherige Gebrauch anderer Waffen durch die Polizei ersichtlich aussichtslos oder unzureichend ist“ (Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG).

Mit der Neuregelung wird also (1.) auf das Erfordernis eines vorherigen Gebrauchs von Explosivmitteln durch den Hauptadressaten der Maßnahme verzichtet und schon der (bevorstehende) erkennbare unmittelbare Gebrauch von Sprengmitteln für ausreichend erklärt, (2.) insoweit der beabsichtigte Gebrauch auch „anderer, im Einzelfall vergleichbar gefährlicher Mittel“ durch den Hauptadressaten des Explosivmittelgebrauchs für ausreichend erklärt und schließlich (3.) auf das Erfordernis des vorherigen erfolglosen Gebrauchs

anderer Waffen durch die Polizei verzichtet und stattdessen für ausreichend erklärt, dass der vorherige Gebrauch ersichtlich aussichtslos oder unzureichend ist.

Auf den Einsatz sind nach Art. 86 Abs. 4 BayPAG im Übrigen „die Vorschriften über den Schußwaffengebrauch entsprechend anzuwenden“.

Art. 83 BayPAG lautet, soweit hier relevant (Hervorh. hinzugef.):

Art. 83 Allgemeine Vorschriften für den Schußwaffengebrauch

[...]

(2) ¹Schusswaffen dürfen gegen Personen nur gebraucht werden, um angriffs- oder fluchtunfähig zu machen. ²Ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person ist.

[...]

(4) ¹Der Schußwaffengebrauch ist unzulässig, wenn für den Polizeibeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden. ²Das gilt nicht, wenn der Schußwaffengebrauch das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben einer Person ist.

Die Vorschrift soll ersichtlich den Schusswaffengebrauch auch ermöglichen, wenn erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden, sofern dies das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben einer Person ist – auch wenn dies erst aus der doppelten Verneinung („unzulässig“ und „gilt nicht“) erschlossen werden muss.

Schon aus dem Wortlaut des Art. 83 Abs. 4 BayPAG erschließt sich außerdem die gesetzgeberische Absicht, die Gefährdung Unbeteiligter unter diesen Voraussetzungen zuzulassen, ohne dass dies etwa voraussetzen würde, dass dabei diese Unbeteiligten selbst angriffs- oder fluchtunfähig gemacht werden sollen. Das wird durch das systematische Verhältnis zu Art. 83 Abs. 2 BayPAG bekräftigt, wonach Art. 83 Abs. 2 BayPAG ersichtlich die Voraussetzungen für den Einsatz von Schusswaffen „gegen Personen“ regeln soll, die als Hauptadressaten des Einsatzes anzusehen sind, während die Gefährdung Unbeteiligter in Art. 83 Abs. 4 BayPAG speziell geregelt werden soll.

Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG bindet in vergleichbarer Weise zwar den Einsatz von Explosivmitteln „gegen Personen“ als Hauptadressaten an bestimmte Voraussetzungen, verweist aber in Art. 86 Abs. 4 BayPAG „im übrigen“ auf die

entsprechende Anwendung der Regelungen über den Schusswaffengebrauch – und damit auch auf die Ermächtigung zur hochwahrscheinlichen Gefährdung Unbeteiligter nach Art. 83 Abs. 4 BayPAG.

II. Die Beschwerdeführer

1. Beschwerdeführerin zu 1.

Die Beschwerdeführerin zu 1. ist freie Journalistin und Studentin in München. Als Journalistin schreibt sie unter anderem für FAZ, SZ-Magazin, taz und DIE ZEIT. Sie wurde 2016 mit dem „Otto Brenner Preis für kritischen Journalismus“ ausgezeichnet, der von der Otto Brenner Stiftung vergeben wird.

Sie berichtet, etwa in ihrer Zusammenarbeit mit dem VICE-Onlinemagazin, häufig über politisch „links“ ausgerichtete Gruppierungen, etwa über Demonstrationen für den Flüchtlingsschutz oder solche antifaschistischer Gruppierungen. Ein Beispiel ist ihr Artikel „Demo gegen AfD-Aufmarsch in Kandel – In der Überzahl gegen die Rechten“ vom 25. März 2018, in der taz,

vgl. <http://www.taz.de/!5493692/>.

Als Journalistin hat sie etwa auch über die Proteste gegen den G-20 Gipfel in Hamburg (2017) berichtet. Dabei reiste sie zusammen mit Demonstranten aus München an und übernachtete und arbeitete im „Protestcamp“ in Hamburg Altona.

Die Beschwerdeführerin zu 1. ist auch selbst politisch aktiv und beteiligt sich regelmäßig an Demonstrationen. So ist sie etwa Mitglied der feministischen Gruppe „Slutwalk München“.

Sie hat viele politisch aktive Bekannte und pflegt gute Kontakte zu „linken“ Aktivisten – sowohl privat als auch im Zusammenhang mit ihrer Berichterstattung. Ein Beispiel ist ihr Artikel „Eine 19-Jährige wird wegen eines Antifastickers überfallen – und niemand erfährt davon“ vom 12. September 2018 im Online-Magazin „Vice“,

vgl. <https://www.vice.com/de/article/wjyq4b/angriff-wegen-antifa-sticker-in-muenchen-19-jahrige-blutig-bewusstlos-geschlagen-polizei>,

für den sie sich auf ihre Kontakte zu Antifaschisten in München stützte. Mit einigen Aktivisten stand sie in Kontakt, bevor bei Hausdurchsuchungen deren elektronischen Geräte beschlagnahmt wurden.

Auf einigen der Demonstrationen, an denen sie selbst teilgenommen oder über die sie als Journalistin berichtet hat (etwa gegen das Bayerische Polizeiaufgabengesetz oder gegen das Integrationsgesetz), kam es auch zu gewaltsamen Zusammenstößen zwischen der Polizei und (anderen) Demonstranten. Sie berichtet nicht selten über Aktivisten, die eventuell von der Polizei überwacht werden,

vgl. z.B. ihre folgenden Berichte „U-Haft für Flaggezeigen – Weil die Fahnenstange eines Münchner Anti-Pegida-Demonstranten zu dick war, sitzt er seit Wochen im Gefängnis“ (18. August 2015), <http://www.taz.de/!5220597/>; „Auf einem Baum mit den hungerstreikenden Flüchtlingen in München“ (7. November 2016), <https://www.vice.com/de/article/dpjj8x/auf-einem-baum-mit-den-hungerstreikenden-fluechtligen-in-muenchen>; „Die Bayerische Polizei verbietet Linken, gegen die AfD zu protestieren“ (21. April 2017), <https://www.vice.com/de/article/z4dzqx/die-bayerische-polizei-verbietet-linken-gegen-die-afd-zu-protestieren>.

Auch anlässlich anderer Berichte, die nicht unmittelbar politische Aktivitäten betreffen, kommt die Beschwerdeführerin zu 1. zuweilen mit Personen in Kontakt, die Gegenstand polizeilicher Beobachtung sein könnten. So hat sie etwa für einen Radiobeitrag über die Sprayer-Szene einen Sprayer begleitet.

Bei Recherchen zu Hintergrundinformationen für derartige Artikel entfernt sie, um ihre Quellen zu schützen, nicht selten den Akku aus ihrem Handy, um eine Ortung zu verhindern.

Die Beschwerdeführerin zu 1. hält sich einen Großteil des Jahres in ihrem Wohn- und Studienort München auf, besucht dort mehrmals im Jahr Demonstrationen (teils privat, teils aus Gründen der Berichterstattung) und hat dort etliche politisch aktive Freunde und Bekannte. Außerdem besucht sie in München regelmäßig Weihnachtsmärkte, die Universität, den Englischen Garten, Biergärten und das Oktoberfest.

2. Beschwerdeführerin zu 2.

Die Beschwerdeführerin zu 2. ist Gewerkschaftssekretärin bei der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (Region Nürnberg-Fürth). Sie lebt in Nürnberg. Sie ist Mitglied der Linkspartei und war lange Zeit im Sozialistischen Deutschen Studentenbund (SDS) aktiv. Als geselliger Mensch trinkt sie gerne mit Freunden ein paar Bier auf öffentlichen Plätzen in Bayern und liebt es, die

Stadt draußen zu erleben, sowohl in ihrem Wohnort Nürnberg als auch etwa in ihrer Wahlheimat München.

3. Beschwerdeführer zu 3.

Der Beschwerdeführer zu 3. ist Arzt und Mitglied des Vorstands des ärztlichen Berufsverbands „Verein demokratischer Ärztinnen und Ärzte“.

Der Verband ist hauptsächlich gesundheitspolitisch aktiv, entfaltet aber auch darüber hinausreichende politische Aktivitäten wie z.B. medizinische Hilfe bei Hungerstreiks von Geflüchteten (2013/2014), Anti-G20-Proteste (2017) oder Proteste im Hambacher Forst (2018).

In den vergangenen zwei Jahren stand für den Beschwerdeführer zu 3. das ehrenamtliche Engagement bei der Seenotrettung von Geflüchteten im Vordergrund. Als Arzt hat er an drei Einsätzen im Mittelmeer teilgenommen (April und Juli 2017, Juni 2018). Nach den Erfahrungen vor Ort war es ihm wichtig, über die schwierige Situation auf der zentralen Mittelmeerroute aufzuklären. Er hielt deshalb während der letzten eineinhalb Jahre etliche Vorträge, gab Interviews und beteiligte sich als Teilnehmer und Redner bei (Groß-)Demonstrationen zum Thema zivile Seenotrettung, etwa der „Seebrücke München“ am 25. August 2018.

Seit über einem Jahr arbeitet der Beschwerdeführer zu 3. ehrenamtlich für das Projekt „open.med“ der Nichtregierungsorganisation „Ärzte der Welt“ in München. Er leistet dabei medizinische Hilfe für Menschen ohne Versicherungsschutz, das heißt er fährt mit einem Arztmobil zu den Aufenthaltsschwerpunkten von Menschen ohne Krankenversicherung in München (z.B. Hauptbahnhof, Isarbrücken, Nußbaumpark, Sonnenstraße). Viele dieser Menschen haben keinen rechtlich anerkannten Aufenthaltsstatus, etliche sind suchtkrank. Der Kontakt mit diesen Klienten findet an häufig unter den Augen der Polizei statt, für die die Ärzte in Zivil nicht automatisch als Ehrenamtliche erkennbar sind.

Seit dem 1. August 2018 arbeitet der Beschwerdeführer zu 3. im Klinikum Schwabing auf der Drogenentzugsstation „Villa“. Ein Teil der dortigen Patienten kommt aus der Münchner Drogenszene (z.B. am Hauptbahnhof und am Nußbaumpark), die unter der Beobachtung durch Polizei und Behörden steht. Auch hier kommt es in der Öffentlichkeit zu zufälligen Begegnungen, bei denen er von der Polizei irrtümlich für ein Mitglied der Szene (z. B. auch für einen Konsumenten oder Käufer) gehalten werden könnte.

Der Beschwerdeführer zu 3. nimmt außerdem in seiner Freizeit regelmäßig an Großveranstaltungen und Demonstrationen in der Stadt München teil, wie etwa dem „Tollwood“, dem Oktoberfest, den Maifeierlichkeiten des DGB, den Protesten gegen die NATO Sicherheitskonferenz, der Demonstration #ausgehetzt oder etwa der „Nachtdemo gegen die Abschiebungen nach Afghanistan“.

4. Beschwerdeführer zu 4.

Der Beschwerdeführer zu 4. ist Cellist der Münchner Philharmoniker, bei denen er im Rahmen eines Zeitvertrags tätig ist. Seit vielen Jahren besucht er regelmäßig politische Versammlungen in München, etwa Protestversammlungen gegen Pegida oder Anti-Kriegsdemonstrationen, bei denen es teils auch zu Aktionen des zivilen Ungehorsams, etwa zu Sitzblockaden, kommt.

Er ist einer der Sprecherinnen und Sprecher des Bündnisses „noPAG – Nein zum Polizeiaufgabengesetz Bayern“, in dem auch mehrere Organisationen vertreten sind, die vom Bayerischen Landesamt für Verfassungsschutz beobachtet werden. Durch seine Funktion als Bündnissprecher tritt er regelmäßig mit Vertretern dieser Organisationen in Kontakt. Auch ist er mit einigen Personen mit türkischem oder kurdischem Hintergrund eng befreundet, die aufgrund ihrer politischen Aktivitäten polizeilicher Überwachung ausgesetzt sein können.

Gegen ihn läuft ein Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen das Vereinsgesetz, weil er auf Facebook einen Nachrichtenbeitrag des Bayerischen Rundfunks teilte, in dem auf einem Foto eine Fahne der kurdischen Gruppierung „YPG“ in Syrien zu sehen war,

vgl. dazu den Bericht der Süddeutschen Zeitung: Thomas Schmid, „Cellist teilt Link auf Facebook – jetzt ermittelt der Staatsschutz“, 27. Februar 2018,

<https://www.sueddeutsche.de/muenchen/ermittlungen-cellist-teilt-link-auf-facebook-jetzt-ermittelt-der-staatsschutz-1.3883839>.

Siehe auch zu einem Aktenvermerk über einen Facebook-„Like“, den der Beschwerdeführer zu 4. für einen gegen die AfD gerichteten Artikel der Satire-Seite Postillon abgegeben hat, und zu dem (nach Angaben der Polizei nur gegen den Postillon selbst gerichteten, inzwischen eingestellten) Ermittlungsverfahren wegen Verletzung des § 86a StGB: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/postillon-artikel-polizei-ermittelte-wohl-nicht-gegen-studenten-1.4130354>;

<https://www.jetzt.de/politik/johannes-koenig-wurde-wegen-einem-face-book-like-von-der-polizei-besucht>.

Der Beschwerdeführer zu 4. wohnt und arbeitet in München. Schon wegen seiner Tätigkeit für die Münchner Philharmoniker ist er regelmäßig im Stadtzentrum unterwegs, besucht aber in seiner Freizeit auch die Biergärten der Stadt. Als Cellist tritt er zudem unter anderem auch bei Freiluftkonzerten, wie z.B. Klassik am Odeonsplatz, in München auf.

5. Beschwerdeführerin zu 5.

Die Beschwerdeführerin zu 5. ist Ehrenrätin beim TSV München von 1860 e.V. (kurz: TSV 1860 München). Sie ist als Kaufmännische Angestellte in der Buchhaltung sowie freiberuflich als Stadtführerin in München tätig. Zudem führt sie mit ihrem Einzelunternehmen fanarbeit.de selbstständig Sozial- und Bildungsarbeit mit und für Fußballfans durch.

Neben der ehrenamtlichen Tätigkeit als Ehrenrätin für den TSV 1860 München übt sie zwei weitere Ehrenämter aus, und zwar als Schöffin beim Landgericht München I (seit 2014) sowie als Mitglied des Vorstands bei Football Supporters Europe e.V. (FSE) (seit Juli 2015).

Darüber hinaus engagiert sie sich seit mehreren Jahren ehrenamtlich in verschiedenen Faninitiativen wie den „Löwenfans gegen Rechts“, den „Freunden des Sechz'ger-Stadions“ oder den „Fußballfans gegen Homophobie“.

Gelegentlich besucht sie Kundgebungen und Veranstaltungen gegen Rechtsextremismus und Diskriminierung und hat durch ihr Engagement Kontakte zu Personen verschiedener Initiativen, Parteien und Einrichtungen (z.B. Bündnis 90/Die Grünen, Fachinformationsstelle Rechtsextremismus München, Antifaschistische Informations-, Dokumentations- und Archivstelle München (a.i.d.a.)).

Seit 29 Jahren ist sie Fan des TSV 1860 München und besucht sowohl die Heimspiele im Städtischen Stadion an der Grünwalder Straße als auch Auswärtsspiele des Vereins. Durch ihre langjährigen Stadionbesuche, ihre Aktivität in verschiedenen Fangruppierungen und in der Vereinspolitik sowie ihre Tätigkeit im sozialpädagogischen Fanprojekt (2012-2013) sind viele persönliche Kontakte zu anderen Fans entstanden.

Aus diesem Zusammenhang erklärt sich für sie auch die Tatsache, dass über sie Daten (Vereins- und Fangruppenzugehörigkeit, Lichtbilder) in der „Informationsdatei Fußball“ beim Kriminalfachdezernat 10 der Münchner Polizei gespeichert sind. In einem Schreiben vom 11. Mai 2017 (**Anlage 2**) heißt es dazu:

„Zusätzlich sind 38 besuchte Sportveranstaltungen aufgrund einer Zuordnung zu gewalttätigen Gruppierungen oder deren engerem Umfeld erfasst.“

In der Vergangenheit wurden gegen die Beschwerdeführerin zu 5. drei Ermittlungsverfahren, zwei davon im Zusammenhang mit Fußballspielen eingeleitet. Alle Verfahren wurden jedoch eingestellt. 2007 wurde wegen Raubes und gefährlicher Körperverletzung ermittelt, das Verfahren wurde 2008 gem. §170 Abs. 2 StPO eingestellt. Auch ein Verfahren wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte im Jahr 2013 wurde eingestellt. 2015 wurde ein Bußgeldverfahren wegen einer Ordnungswidrigkeit gegen die Beschwerdeführerin zu 5. eingeleitet, das ebenfalls eingestellt wurde. Sie geht davon aus, dass dieses Verfahren schon nicht eingeleitet worden wäre, wenn nicht entsprechende Eintragungen über sie bei der Polizei vorhanden gewesen wären. Ihr ist es wichtig, hervorzuheben, dass sie Gewalt gegen andere Menschen kategorisch ablehnt, sofern sie nicht der verhältnismäßigen Verteidigung der eigenen Person dient. Hierfür setzt sie sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten auch ein und hat immer wieder den Dialog mit gewaltbereiten Fußballfans gesucht.

Als Stadtführerin hält sie sich viel in der Münchner Altstadt auf und besucht privat gerne die Münchner Biergärten und, im Winter, die Weihnachtsmärkte.

6. Beschwerdeführer zu 6.

Der Beschwerdeführer zu 6. ist als freier Autor tätig und Mitglied der „Löwenfans gegen rechts“. Er wohnt in München, besitzt und nutzt seit Jahrzehnten eine Dauerkarte für die Spiele des TSV 1860 München, besucht gerne auch das eine oder andere Auswärtsspiel des Vereins und engagiert sich seit etwa 20 Jahren bei den „Löwenfans gegen Rechts“. In der aktiven „Fanszene“ und im Verein ist er dementsprechend gut vernetzt.

Nach einem Polizeieinsatz im Anschluss an das Derby-Spiel des TSV München 1860 gegen den FC Bayern München im Jahr 2007 setzte sich der Beschwerdeführer zu 6. für eine Kennzeichnungspflicht für Polizisten ein. In

diesem Rahmen äußerte er sich mehrfach öffentlich zu dem aus seiner Sicht grob unverhältnismäßigen Vorgehen der Polizei in diesem Einsatz,

vgl. etwa <https://www.merkur.de/sport/amateur-fussball/landkreis-muenchen-stadt/loewen-bayernfansvereinen-sich-kampf-gegen-polizei-1098568.html>,

und begleitete für die „Löwenfans gegen Rechts“ ein Gerichtsverfahren zweier Fans, das 2017 zu der Feststellung einer Verletzung des Art. 3 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte führte,

vgl. EGMR, *Hentschel and Stark v. Germany*, Urt. v. 9. November 2017, No. 47274/15, §§ 80 ff., 103 (“the Court concludes that there has not been an effective investigation, since the deployment of helmeted police officers without identifying insignia and any difficulties for the investigation resulting from it were not sufficiently counter-balanced by thorough investigative measures”); s. auch <http://www.taz.de/!5464607/>.

7. Beschwerdeführerin zu 7.

Die Beschwerdeführerin zu 7. ist seit 2009 Abgeordnete des Bayerischen Landtags. Bis zum März 2017 war sie Mitglied der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, seither ist sie fraktionslose Abgeordnete. Im Landtag war sie haushalts- und queerpolitische Sprecherin der Grünen, daneben engagierte sie sich insbesondere für sozialpolitische Themen.

Seit 2013 engagiert sie sich maßgeblich auch in der Hilfe für Geflüchtete, organisierte eigene Hilfsaktionen mit anderen Organisationen und brachte zum Beispiel selbst Hilfsgüter nach Kroatien. Die unterschiedlichen Auffassungen über die Migrationspolitik führten maßgeblich auch zu ihrem Bruch mit der Partei Bündnis 90/Die Grünen. Sie setzte sich öffentlichkeitswirksam gegen die letzten Änderungen des bayerischen Polizeirechts, einschließlich der mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffenen Regelungen, ein.

Insbesondere in der Geflüchtetenhilfe hat die Beschwerdeführerin zu 7. Kontakt zu vielen Organisationen und Personen mit ganz unterschiedlichem Hintergrund. Dazu gehören etwa politische Aktivisten aus Ländern wie Afghanistan, dem Irak und Afrika, aber auch Mitglieder von Organisationen (etwa von Kurden), die von deutschen Verfassungsschutzämtern beobachtet werden. Darunter befinden sich teilweise auch Personen mit politisch radikalem Hintergrund.

8. Beschwerdeführerin zu 8.

Die Beschwerdeführerin zu 8. ist Strafverteidigerin. Sie vertritt etliche Personen, denen vorgeworfen wird, ausländischen terroristischen Vereinigungen anzugehören oder sie zu unterstützen, darunter unter anderem auch Sami A., dessen Fall bundesweit Aufsehen erregte, weil er im Juli 2018 trotz einer entgegenstehenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen abgeschoben wurde.

In München ist die Beschwerdeführerin zu 8. Verteidigerin eines der Angeklagten im Prozess gegen behauptete Mitglieder bzw. Unterstützer der Organisation Ahrar al-Sham. Einen anderen Mandanten, dem ebenfalls die Unterstützung dieser nach den §§ 129a, 129b StGB verfolgten Organisation vorgeworfen wird, hat sie vor dem Bundesverfassungsgericht vertreten, um seine Abschiebung nach Tunesien zu verhindern. Das Strafverfahren wird vor dem 9. Strafsenat des Oberlandesgerichts München wegen §§ 129a, 129b StGB geführt. Bedingt durch die lange Dauer dieses Verfahrens hält sich die Beschwerdeführerin zu 8. regelmäßig in München auf und erledigt von hier aus ihre Anwaltsgeschäfte per Telefon und Computer.

9. Beschwerdeführerin zu 9.

Die Beschwerdeführerin zu 9. ist ebenfalls Strafverteidigerin. Sie war im Prozess gegen den „Nationalsozialistischen Untergrund“ (NSU) vor dem Oberlandesgericht München vom Februar 2013 an Vertreterin einer Nebenklägerin. Das Mandat dauert noch an. Ebenfalls nimmt sie ein Mandat in dem seit April 2015 vor dem 7. Strafsenat des Oberlandesgericht München geführten Prozess gegen gemutmaßte Angehörige der TKP/ML wahr, einer türkischen Organisation, die von den Behörden als ausländische terroristische Vereinigung eingeschätzt wird. Daneben verteidigt sie noch Mandanten in Verfahren vor dem Amtsgericht und Landgericht München wegen Schleusungen und ausländischer Vorwürfe. Wegen dieser Verfahren hält sich die Beschwerdeführerin zu 9. seit Jahren regelmäßig, teils auch für mehrere Tage in der Woche, in München auf und erledigt von hier aus ihre anwaltlichen Geschäfte per Telefon und elektronischen Medien.

10. Beschwerdeführer zu 10.

Der Beschwerdeführer zu 10. ist Rechtsanwalt. Seit Jahren hat er auch Personen vertreten, die von den Behörden als islamistische Gefährder eingeschätzt wurden, und zwar auf dem Gebiet des Ausländer- und Asylrechts und

teilweise auch in ihren Strafsachen. Das gleiche gilt für Personen, die von den Behörden als islamistische Terroristen eingeschätzt wurden.

Er betreute auch Mandate von Organisationen, die als terroristisch oder extremistisch bezeichnet wurden (Vereins- und Steuerrecht), und von Personen, die als Unterstützer dieser Organisationen angesehen wurden, weil sie sich entweder in ihrem Umfeld aufhielten oder Kontakt zu Unterstützern hatten. Zu seinen Mandanten gehörten ferner auch Personen, die diesen genannten Gruppen zugerechnet wurden und deshalb vom Verfassungsschutz angeworben wurden oder mit ihm kooperieren sollten und dies auch taten – und die dann teils Probleme mit ihren Gruppen hatten.

Schließlich vertrat der Beschwerdeführer zu 10. auch Personen, die sich im Rahmen ihrer Anhörungen, z.B. im Asylverfahren, selbst bezichtigten, Mitglieder derartiger Organisationen (z.B. Taliban, Al Shabab) oder Mitglieder ausländischer Geheimdienste gewesen zu sein und in diesen Funktionen selbst Straftaten begangen zu haben.

B. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere sind die Beschwerdeführer beschwerdebefugt (I.) und der Grundsatz der Subsidiarität (II.) sowie die Beschwerdefrist (III.) sind gewahrt.

I. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführer sind beschwerdebefugt.

1. Grundrechtsrügen

Die Beschwerdeführer rügen folgende Grundrechtsverletzungen: Die angegriffenen Überwachungsermächtigungen verletzen sie in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) (in seinen Ausprägungen als Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, als Recht am eigenen Wort und als Recht am eigenen Bild), ihrem Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) und ihrem Wohnungsgrundrecht (Art. 13 Abs. 1 GG), soweit sie Eingriffe schon bei einer drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ermöglichen.

Die angegriffene Ermächtigung zum Einsatz von Explosivmitteln verletzt die Beschwerdeführer in dem Menschenwürdekern ihres Lebensgrundrechts (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V. Art. 1 Abs. 1 GG), indem sie den Einsatz von Explosivmitteln außerhalb von Menschenmengen auch dann zulassen soll, wenn dadurch unbeteiligte Personen mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden (Art. 86 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 i.V. mit Art. 83 Abs. 4 BayPAG).

2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer

Die Beschwerdeführer sind durch die angegriffenen Regelungen selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

a) Unmittelbare Beschwer

Die Beschwerdeführer sind durch die angegriffenen Vorschriften unmittelbar beschwert. Zwar bedürfen die Ermächtigungen der behördlichen Umsetzung durch Vollzugsakte. Die Beschwerdeführer sind jedoch nicht darauf zu verweisen, erst diese Vollzugsakte abzuwarten und dagegen vorzugehen.

Die unmittelbare Betroffenheit durch eine gesetzliche Vorschrift ist auch dann anzunehmen, wenn der Beschwerdeführer gegen einen denkbaren Vollzugsakt nicht oder nicht in zumutbarer Weise vorgehen kann;

vgl. BVerfGE 115, 118 (137).

So liegt es hier.

aa) Verdeckter Charakter der angegriffenen Überwachungsermächtigungen

Bei den angegriffenen Überwachungsregelungen ergibt sich dies aus dem verdeckten Charakter der Maßnahmen, zu denen sie ermächtigen. Denn von einer unmittelbaren Betroffenheit durch ein Gesetz ist auch dann auszugehen, wenn Beschwerdeführer den Rechtsweg gegen eine erforderliche Vollziehungsmaßnahme nicht beschreiten können, weil sie von dieser Maßnahme keine Kenntnis erhalten;

stRspr, vgl. nur BVerfGE 133, 277 (311 f.); 141, 220 (261 f.).

Die durch die angegriffenen Überwachungsermächtigungen ermöglichten Grundrechtseingriffe werden grundsätzlich heimlich durchgeführt. Das gilt nicht nur für die Maßnahmen, bei denen schon die Ermittlungsmaßnahme als solche heimlich erfolgt, sondern auch für den Einsatz Verdeckter Ermittler und von Vertrauenspersonen nach Art. 37 und Art. 38 BayPAG, da dieser Einsatz (was mit Blick auf die Möglichkeit, dagegen den Rechtsweg zu beschreiten maßgeblich sein muss) gerade voraussetzt, dass die Tatsache der hoheitlichen Beauftragung der ermittelnden Person (also ihrer Eigenschaft, als Vertrauensperson oder als Verdeckter Ermittler zu handeln) verdeckt bleibt;

vgl. insoweit die Bejahung der Beschwerdebefugnis auch mit Blick auf die angegriffenen entsprechenden Befugnisse des BKA-Gesetzes zum Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen (§ 20g Abs. 2 Nr. 4 und 5 BKAG a.F.) in: BVerfGE 141, 220 (261 f.; s. auch 224, 228 f., 243, 286 ff.).

Die im Gesetz vorgesehenen Benachrichtigungspflichten fangen den verdeckten Charakter der Eingriffe nur unzureichend auf, weil sie (gemäß Art. 50 Abs. 1 bis 4 BayPAG) möglicherweise erst spät greifen und so weitreichende Ausnahmen kennen, dass die unmittelbare Betroffenheit gleichwohl zu bejahen ist,

vgl. zu dem entsprechenden Maßstab für die unmittelbare Betroffenheit nur BVerfGE 109, 279 (307); 141, 220 (261 f.).

So hat eine Benachrichtigung nach Art. 50 Abs. 1 Satz 1 BayPAG nur und erst zu erfolgen, „sobald dies ohne Gefährdung des Zwecks der Maßnahme, der eingesetzten Polizeibeamten oder Vertrauenspersonen oder der in der jeweiligen Befugnisnorm genannten Rechtsgüter geschehen kann“. In den Fällen des Art. 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BayPAG (also dem Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach Art. 36 Abs. 2, dem Einsatz Verdeckter Ermittler nach Art. 37 Abs. 1 oder dem Einsatz von Vertrauenspersonen nach Art. 38 Abs. 1 BayPAG) ist gemäß Art. 50 Abs. 1 Satz 2 BayPAG „auch eine Gefährdung der weiteren Verwendung von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern als bedeutender Belang zu berücksichtigen“.

Zwar bedarf eine weitere Zurückstellung der Benachrichtigung, wenn diese nicht innerhalb eines Zeitraumes von einem halben bzw. von einem Jahr erfolgt ist, der regelmäßigen richterlichen Zustimmung (vgl. Art. 50 Abs. 4 Satz 1 und 3 BayPAG). Jedoch kann eine Unterrichtung mit richterlicher Zustimmung „frühestens nach dem Ablauf von fünf Jahren auf Dauer unterbleiben“, wenn „überwiegende Interessen eines Betroffenen entgegenstehen“ oder „die Voraussetzungen für eine Benachrichtigung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft nicht eintreten werden“ (Art. 50 Abs. 4 Satz 4 BayPAG).

Die aufgrund der verdeckten Durchführung der Maßnahmen gegebene Unmittelbarkeit der Betroffenheit wird durch die gesetzlichen Benachrichtigungspflichten angesichts dieser weitreichenden Verzögerungsmöglichkeiten und Ausnahmeregelungen nicht aufgehoben.

bb) Unzumutbarkeit des Vorgehens erst gegen den erfolgten Einsatz von Explosivmitteln

Die Beschwerdeführer sind auch von der gesetzlichen Ermächtigung zum Einsatz von Explosivmitteln unmittelbar betroffen. Es kann ihnen nicht zugemutet werden abzuwarten, bis sie selbst Opfer einer lebensbedrohlichen Maßnahme nach Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG werden,

vgl. für den insoweit parallelen Fall der Ermächtigung zum Flugzeugabschuss BVerfGE 115, 118 (139).

b) Eigene und gegenwärtige Beschwer

Die Beschwerdeführer sind auch selbst und gegenwärtig beschwert. Sie werden mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Vorschriften beruhenden Maßnahmen in ihren Grundrechten berührt,

vgl. zu diesem Erfordernis BVerfGE 109, 279 (307 f.); s. auch BVerfGE 141, 220 (262) („mit hinreichender Wahrscheinlichkeit“).

aa) Weiter Adressatenkreis der Überwachungsermächtigungen

Bei den angegriffenen Überwachungsermächtigungen ergibt sich die eigene und gegenwärtige Betroffenheit der Beschwerdeführer aus der Weite des Adressatenkreises der Ermächtigungen.

Für den geforderten Grad der Wahrscheinlichkeit ist bedeutsam, ob die angegriffene Maßnahme auf einen tatbestandlich eng umgrenzten Personenkreis zielt oder eine große Streubreite hat und Dritte auch zufällig erfassen kann,

vgl. BVerfGE 109, 279 (307 f.).

Dies ist aufgrund der unbestimmten Weite, die der Gesetzgeber dem Begriff der drohenden Gefahr in Art. 11 Abs. 3 BayPAG gegeben hat, bei den angegriffenen Ermächtigungen der Fall, soweit sie die Überwachungsmaßnahmen schon bei einer solchen drohenden Gefahr zulassen sollen.

Nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG kann die Polizei „die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall“ (1.) „das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder“ (2.) „Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr)“.

Der bayerische Gesetzgeber orientiert sich mit diesen Formulierungen zwar teilweise an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Er verzichtet aber in Art. 11 Abs. 3 Nr. 2 BayPAG auf entscheidende Einschränkungen, insbesondere auf das Erfordernis, dass bestimmte Tatsachen zugleich auch den Schluss darauf zulassen müssen,

„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“, vgl. BVerfGE 141, 220 (272; s. auch 305: „und“). Siehe dazu im Einzelnen noch unten C.I.1. und 2.

Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG lässt es ohne diese Einschränkung schon ausreichen, dass Vorbereitungshandlungen lediglich den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe auf bedeutende Rechtsgüter zu erwarten sind. Als bedeutende Rechtsgüter werden dabei in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 BayPAG auch „erhebliche Eigentumspositionen“ (Nr. 4) und „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (Nr. 5) definiert.

Die angegriffenen Ermächtigungen, die an den so gefassten Begriff der drohenden Gefahr anknüpfen, weiten den potentiellen Adressatenkreis der Grundrechtseingriffe damit schon für die eigentlichen Zielpersonen der Überwachung maßgeblich über die vom Bundesverfassungsgericht anerkannten äußersten Grenzen für Vorfeldbefugnisse hinaus aus.

Der Kreis der potentiell betroffenen Personen erhöht sich zudem noch dadurch maßgeblich, dass die Überwachungsermächtigungen entweder Eingriffe auch gegen Dritte zulassen, die von den Maßnahmen „unvermeidbar betroffen“ sind (Art. 36 Abs. 3, Art. 37 Abs. 1 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 Satz 3, Art. 45 Abs. 1 Satz 4) oder wenn es sich um mit der eigentlichen Zielperson im Zusammenhang stehende Personen handelt (vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a i.V. mit Art. 40 Abs. 1 Nr. 3, Art. 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Art. 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayPAG).

Wie weit bei einer derart weit gefassten Befugnis eine derartige Wahrscheinlichkeit reichen kann, zeigt sich etwa mit Blick auf den Einsatz von Verdeckten Ermittlern an einem Heidelberger Fall, in dem das Verwaltungsgericht Karlsruhe 2015 den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen für rechtswidrig erklärte,

vgl. dazu die folgenden Parallelentscheidungen des VG Karlsruhe (jeweils Ur. v. 26.8.2015): 4 K 2807/11, BeckRS 2015, 54093; 4 K 2807/11, BeckRS 2015, 54212; 4 K 2113/11, juris; 4 K 2108/11, juris.

In dem zugrundeliegenden Fall hatte sich, wie Ende 2010 bekannt wurde, ein als Student getarnter Verdeckter Ermittler der Polizei unter die linke „Szene“ gemischt und monatelang Studierendengruppen in Heidelberg ausgeforscht,

vgl. Hohnerlein, NVwZ 2016, 511 (511).

Die Überwachung der eigentlichen Zielperson wurde dabei darauf gestützt, dass sie auf einer Demonstration mit jemandem zusammengestanden hatte, in dessen Wohnung bei einer Durchsuchung Molotow-Cocktails gefunden worden waren,

vgl. VG Karlsruhe, Urt. v. 26.8.2015 – 4 K 2113/11, juris, Rn. 73.

Das Verwaltungsgericht sah in diesem Umstand jedoch keine hinreichende Begründung für eine polizeirechtliche Verantwortlichkeit nach der baden-württembergischen Ermächtigungsnorm (§ 22 Abs. 3 PolG), die entweder die Verantwortlichkeit für eine (konkrete) Gefahr für bestimmte Rechtsgüter oder aber Anhaltspunkte dafür verlangt, dass die Zielperson künftig Straftaten begehen wird,

vgl. näher VG Karlsruhe, Urt. v. 26.8.2015 – 4 K 2113/11, juris, Rn. 73 und 89.

Die Beobachtung der weiteren Kläger wurde darauf gestützt, dass sie von der Beobachtung dieser Zielperson als Dritte unvermeidbar betroffen gewesen seien, was das Verwaltungsgericht schon wegen der Rechtswidrigkeit der Beobachtung der Zielperson nicht als tragfähig ansah,

vgl. Hohnerlein, NVwZ 2016, 511 (513) (wonach die Beobachtung „von sechs der sieben Heidelberger Kläger“ damit gerechtfertigt wurde).

Bei der Umsetzung der angegriffenen Überwachungsermächtigungen steht eine vergleichbare Reichweite der betroffenen Adressatenkreise zu erwarten.

Denn diese Bestimmungen lassen schon hinsichtlich der Zielpersonen eine drohende Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG ausreichen, setzen also weder die Verantwortlichkeit für eine konkrete Gefahr noch Anhaltspunkte für ein künftiges strafbares Verhalten des Betroffenen voraus. Vielmehr lassen sie es genügen, wenn Vorbereitungshandlungen lediglich den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe auf die „bedeutenden“ Rechtsgüter (im Sinne des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 BayPAG) zu erwarten sind.

Indem zu diesen Rechtsgütern nach Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 und 5 auch erhebliche Eigentumspositionen und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, gezählt werden, erstrecken sich diese Vorfeldermächtigungen potentiell auf die Vorbereitung von Großdemonstrationen, bei denen es zu erheblichen Sachbeschädigungen kommen kann. Nimmt man die Ermächtigungen zur Überwachung auch unvermeidlich betroffener Dritter oder im Zusammenhang mit der Zielperson stehender Personen hinzu, ergibt sich eine so hohe Streubreite der Eingriffe, dass alle Beschwerdeführer deutlich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von diesen Maßnahmen betroffen sein können.

Mit Blick auf die Beschwerdebefugnis ergibt sich aus dieser Weite der Befugnisse, dass die Beschwerdeführer aufgrund ihrer „politischen, beruflichen und privaten Verbindungen zu potenziellen Zielpersonen“ von den angegriffenen Maßnahmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit betroffen sein können, ohne (mit hinreichender Sicherheit) davon zu erfahren,

vgl. BVerfGE 141, 220 (262). Siehe auch BVerfGE 109, 279 (307 f.); 113, 348 (363 f.); 133, 277 (312 f.).

Die Polizei kann die herabgesetzten Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG für eine drohende Gefahr beispielsweise schon deshalb als gegeben ansehen, weil die Zielperson einer islamistischen oder links- oder rechtsextremistischen „Szene“ zugerechnet wird, in der nach polizeilicher Einschätzung Vorbereitungshandlungen allgemein den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, bei dem in absehbarer Zeit Angriffe zu erwarten sind.

Alle Beschwerdeführer können aufgrund ihres beschriebenen beruflichen oder privaten Engagements,

vgl. zum Nachfolgenden auch jeweils die näheren Angaben zu den Beschwerdeführern oben unter A.II.1.-10,

leicht auch mit Personen in Kontakt geraten, die möglicherweise solchen extremistischen politischen Kreisen zugerechnet werden und deshalb – aufgrund der weiten Definition der drohenden Gefahr – als Zielperson oder Kontakt- oder Begleitperson von der Nutzung der angegriffenen Überwachungsermächtigungen betroffen werden.

bb) Zur Überwachungswahrscheinlichkeit mit Blick auf die einzelnen Beschwerdeführer

Für die Beschwerdeführerin zu 1. folgt dies insbesondere aus ihrer journalistischen Tätigkeit, aber auch aus ihren privaten politischen Aktivitäten,

s. oben unter A.II.1.

Wie erläutert berichtet sie häufig über politisch „links“ ausgerichtete Gruppierungen und über polizeiliche Maßnahmen gegen diese, ist aber auch selbst politisch aktiv, etwa als Mitglied der feministischen Gruppe „Slutwalk München“. Sowohl im Rahmen ihrer journalistischen Arbeit als auch privat beteiligt sie sich regelmäßig an Demonstrationen, bei denen es teilweise auch zu gewaltsamen Zusammenstößen zwischen der Polizei und (anderen) Demonstranten kam. Zu ihren zahlreichen Kontakten zu „linken“ Aktivisten gehören auch solche vor Hausdurchsuchungen, bei denen die elektronischen Geräte dieser Aktivisten beschlagnahmt wurden.

Bei der Beschwerdeführerin zu 2. ergibt sich die Betroffenheit insbesondere auch daraus, dass sie Mitglied der Linkspartei ist und lange Zeit im Sozialistischen Deutschen Studentenbund (SDS) aktiv war.

Bei dem Beschwerdeführer zu 3. folgt sie aus seinen beschriebenen, zahlreichen Aktivitäten als Mitglied des Vorstands des ärztlichen Berufsverbands „Verein demokratischer Ärztinnen und Ärzte“, im Engagement für die Seenotrettung von Geflüchteten, etwa als Teilnehmer und Redner bei (Groß-)Demonstrationen, besonders aber auch aus seiner Tätigkeit in dem Projekt „open.med“ in München sowie im Klinikum Schwabing auf der Drogenentzugstation „Villa“. Wenn er etwa mit einem Arztmobil zu den Aufenthaltsschwerpunkten von Menschen ohne Krankenversicherung in München fährt, die zugleich Schwerpunkte der Münchner Drogenszene sind (z.B. am Hauptbahnhof und am Nußbaumpark), kann der Beschwerdeführer zu 3. von der Polizei leicht irrtümlich für ein Mitglied der Szene (z. B. auch für einen Konsumenten oder Käufer) gehalten werden. Hinzu kommt noch, dass er außerdem in seiner Freizeit wie beschrieben regelmäßig an Großdemonstrationen in München teilnimmt.

Die Betroffenheit des Beschwerdeführers zu 4. ergibt sich aus seinen beschriebenen politischen Aktivitäten sowie aus dem schon gegen ihn laufenden Ermittlungsverfahren. Nicht nur besucht er regelmäßig politische Versammlungen in München, bei denen es teils auch zu Aktionen des zivilen Ungehorsams, wie etwa Sitzblockaden, kommt, sondern er kommt als einer der

Sprecherinnen und Sprecher des Bündnisses „noPAG“ auch häufig mit Vertretern von Organisationen in Kontakt, die vom Bayerischen Landesamt für Verfassungsschutz beobachtet werden. Zudem ist er eng mit einigen Personen mit türkischem oder kurdischem Hintergrund befreundet, die aufgrund ihrer politischen Aktivitäten polizeilicher Überwachung ausgesetzt sein können. Schließlich läuft, wie ebenfalls beschrieben, gegen ihn derzeit ein Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen das Vereinsgesetz, weil er auf Facebook einen Nachrichtenbeitrag des Bayerischen Rundfunks teilte.

Bei der Beschwerdeführerin zu 5. ergibt sich eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, von polizeilichen Beobachtungen – insbesondere auch von etwaigen Drohneinsätzen im Stadion des TSV 1860 München – betroffen zu werden, aus ihren beschriebenen vielfältigen ehrenamtlichen Aktivitäten als Fan des TSV 1860 München, sowie aus der Tatsache, dass über sie bei der Münchner Polizei bereits Lichtbilder und weitere Informationen gespeichert sind,

s. **Anlage 2** und näher oben A.II.5.

Als Ehrenrätin für die „Münchner Löwen“ und Mitglied des Vorstands bei Football Supporters Europe e.V. (FSE) sowie in verschiedenen Faninitiativen besucht sie sowohl die Heimspiele als auch Auswärtsspiele des Vereins und unterhält viele persönliche Kontakte zu anderen Fans.

Auch bei dem Beschwerdeführer zu 6. ergibt sich insbesondere aus seinen beschriebenen Aktivitäten als Fan des TSV 1860 München, namentlich als Mitglied der „Löwenfans gegen rechts“ und Nutzer der Dauerkarte für die Spiele des Vereins, eine hinreichend wahrscheinliche Betroffenheit von den angegriffenen Überwachungsermächtigungen, namentlich einer Drohnenüberwachung im Vereinsstadion.

Bei der Beschwerdeführerin zu 7. folgt die Betroffenheit namentlich auch aus ihrem Einsatz für Geflüchtete, der die Organisation eigener Hilfsaktionen umfasst und aus dem sich Kontakte zu politischen Aktivisten etwa aus Ländern wie Afghanistan, dem Irak und Afrika ergeben. Wie beschrieben umfassen die Kontakte der Beschwerdeführerin zu 7. auch Mitglieder von (z.B. kurdischen) Organisationen, die von deutschen Verfassungsschutzämtern beobachtet werden.

Die Betroffenheit der Beschwerdeführerin zu 7. wird insoweit auch nicht durch den Schutz in Frage gestellt, den ihr der Abgeordnetenstatus zumindest noch bis zur anstehenden Wahl verleiht.

Erhebungs- und Verwertungsverbote, die aus Berufsgeheimnissen folgen, können (erstens – und vor allem –) ganz generell eine ansonsten gegebene Betroffenheit von einer Eingriffsermächtigung richtigerweise nicht beseitigen. Sonst würde der privilegierende Schutzzweck der Berufsgeheimnisse konterkariert. Die Berufsgeheimnisse sollen den Berufsträgern einen stärkeren Schutz verleihen, nicht ihren ansonsten bestehenden grundrechtlichen Schutz schwächen.

Die sonstigen Eingriffsvoraussetzungen dienen insoweit (erst Recht) ebenso dem Schutz des Berufsträgers. Wo eine Betroffenheit ansonsten greift und nur vom Berufsgeheimnis als Gegen Ausnahme in Frage gestellt wird, kann die Betroffenheit und das daraus folgende prozessuale Recht, auch die Einhaltung der sonstigen Eingriffsvoraussetzungen gerichtlich zur Prüfung zu stellen, nicht ausgerechnet wegen des auf Privilegierung zielenden Berufsgeheimnisses entfallen. Wo schon die nicht privilegierte Person klagen kann, muss (erst Recht) auch der Berufsgeheimnisträger klagen können.

Ferner besteht (zweitens) eine Betroffenheit jedenfalls für mögliche Eingriffsmaßnahmen außerhalb der Reichweite des Berufsgeheimnisses. So berechtigt etwa das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO, auf das die Beschwerdeführerin zu 7. sich (i.V. mit Art. 49 Abs. 1 BayPAG) für ein Erhebungsverbot stützen kann, nur zur Verweigerung des Zeugnisses über Personen, die Landtagsabgeordneten „in ihrer Eigenschaft als“ Mitglieder des Landtags (oder denen sie in dieser Eigenschaft) Tatsachen anvertraut haben, sowie über diese Tatsachen selbst. Auch der verfassungsrechtliche Schutz, den der Abgeordnetenstatus (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung des Freistaates Bayern) verleiht, weist Grenzen auf,

vgl. zu Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG: BVerfGE 134, 141 (179 ff.).

Auch außerhalb der Reichweite dieser Schutzbestimmungen bleibt es also bei der persönlichen Betroffenheit.

Schließlich kann (drittens) auch dann, wenn etwa die Geltung des Erhebungsverbotes erst im Laufe eines Telefonats festgestellt wird, der Beobachtende schon aus den bis dahin erlangten Informationen, etwa den ersten Sätzen eines Gesprächs, gegebenenfalls weiterführende Schlüsse ziehen.

Hinreichend betroffen sind auch die Beschwerdeführerinnen zu 8. und 9. sowie der Beschwerdeführer zu 10. Soweit auch für sie als Rechtsanwälte Erhebungs- und Verwertungsverbote nach Art. 49 BayPAG als Berufsgeheimnisträger gelten (vgl. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 StPO), gelten für sie die (für

die Beschwerdeführerin zu 7. genannten) drei allgemeinen Gründe dafür, dass ein solches Berufsgeheimnis eine ansonsten gegebene Betroffenheit nicht ausschließen kann, entsprechend.

Die nach allgemeinen Maßstäben bestehende Betroffenheit der Beschwerdeführerin zu 8. ergibt sich daraus, dass sie wie beschrieben, als Strafverteidigerin etliche Personen vertritt, denen vorgeworfen wird, ausländischen terroristischen Vereinigungen anzugehören oder sie zu unterstützen (darunter auch Sami A.), und entsprechend mit diesen Personen in Kontakt steht. Angesichts der vielen Verfahren, die in München geführt werden, ist auch eine Überwachung ihrer Person gerade durch die bayerische Polizei, etwa aus Anlass der Überwachung eines ihrer Mandanten, hinreichend wahrscheinlich.

Für die Beschwerdeführerin zu 9. ergibt sich die Betroffenheit ebenfalls aus ihrer beschriebenen Tätigkeit als Strafverteidigerin, etwa im NSU-Prozess, dessen Mandat noch andauert. Auch sie ist für ihre Mandanten wie beschrieben regelmäßig in München tätig.

Der Beschwerdeführer zu 10., dessen Kanzlei sich ohnehin in München befindet, ist ebenfalls aufgrund der Kontakte im Rahmen seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit betroffen. Wie beschrieben gehören zu seiner Mandantschaft seit Jahren auch Personen, die als islamistische Gefährder eingeschätzt wurden, sowie Organisationen, die als terroristisch oder extremistisch bezeichnet wurden.

cc) Hinreichende Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Explosivmitteleinsatzes zu werden

Die Beschwerdeführer können auch mit einiger Wahrscheinlichkeit als unbeteiligte Personen Opfer eines Explosivmitteleinsatzes nach Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG werden.

Mit Blick auf die gesetzliche Befugnis zum Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeugs hat das Bundesverfassungsgericht es für die eigene und gegenwärtige Betroffenheit der Beschwerdeführer zu Recht ausreichen lassen, dass sie glaubhaft dargelegt hatten, aus privaten und beruflichen Gründen häufig zivile Luftfahrzeuge zu benutzen,

vgl. BVerfGE 115, 118 (137 f.).

Auch wenn für derartige terroristische Anschläge selbst glücklicherweise eine nur geringe Wahrscheinlichkeit besteht, kann es für die notwendige eigene und gegenwärtige Betroffenheit von gesetzlichen Ermächtigungen zu

hoheitlichen Eingriffsmaßnahmen, die ihrer Bekämpfung dienen, nur darauf ankommen, ob die jeweiligen Beschwerdeführer dann, wenn es zu einem derartigen Anschlag kommt, mit einiger Wahrscheinlichkeit zu den davon betroffenen Personen gehören und deshalb auch Opfer eines entsprechenden hoheitlichen Eingriffs werden können.

Nach dem Willen des bayerischen Gesetzgebers sollten mit der angegriffenen Ermächtigung zum Explosivmitteleinsatz gegen Personen gerade auch Fälle erfasst werden, „in denen etwa Lastkraftwagen oder schwere Personenkraftwagen [...] mit hoher Geschwindigkeit und brachialer Gewalt gegen eine Menschenmenge gerichtet werden“ wie etwa bei den „terroristischen Anschläge auf einen Weihnachtsmarkt 2016 in Berlin“ oder „im August 2017 in Spanien“,

vgl. Gesetzentwurf der Staatsregierung, LT-Drs. 17/20425, S. 19.

Die Beschwerdeführer können sich im Falle eines derartigen Anschlags mit einiger Wahrscheinlichkeit im Umfeld aufhalten und deshalb, etwa als Passanten, die sich zufällig entlang der Fahrtroute eines solchen Wagens aufhalten, Opfer eines hoheitlichen Explosivmitteleinsatzes werden, der dazu dient, den Wagen rechtzeitig aufzuhalten, bevor er die Menschenmenge erreicht, die das Ziel des Anschlags werden soll.

Die Beschwerdeführer haben entweder ihren Wohnsitz in Bayern oder halten sich beruflich regelmäßig dort auf und bewegen sich auch regelmäßig in der Öffentlichkeit in Situationen, die potentiell zum Ziel eines derartigen Anschlags werden können, etwa abends in einem Biergarten, bei einem Einkaufsbummel, auf einem Konzert oder auf dem Weihnachtsmarkt.

Falls es an einem solchen Ort zu einem Anschlagsversuch kommt, den die Polizei mit Explosivmitteln abzuwenden versucht, können sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Opfer eines solchen Einsatzes werden, etwa als Passanten oder als Geisel.

Wie bereits beschrieben,

s. zum Nachfolgenden auch die Angaben zu den Beschwerdeführern oben A.II.1.-10.,

hält sich etwa die Beschwerdeführerin zu 1. einen Großteil des Jahres in ihrem Wohn- und Studienort München auf, besucht mehrmals jährlich dort Demonstrationen und hat dort etliche politisch aktive Freunde und Bekannte. Sie besucht außerdem regelmäßig Weihnachtsmärkte, die Universität, den Englischen Garten, Biergärten und das Oktoberfest.

Die Beschwerdeführerin zu 2. lebt wie ausgeführt in Nürnberg, trinkt als geselliger Mensch gerne mit Freunden ein paar Bier auf öffentlichen Plätzen in Bayern und liebt es allgemein, die Stadt draußen zu erleben, sowohl in ihrem Wohnort Nürnberg als auch in ihrer Wahlheimat München. Der Beschwerdeführer zu 3. nimmt wie beschrieben häufig an Großveranstaltungen und Demonstrationen in der Stadt München teil. Der Beschwerdeführer zu 4. wohnt und arbeitet in München und ist schon wegen seiner Tätigkeit als Cellist für die Münchner Philharmoniker regelmäßig im Stadtzentrum unterwegs; er tritt dabei unter anderem auch bei Freiluftkonzerten, wie z.B. Klassik am Odeonsplatz, in München auf. Daneben besucht er in seiner Freizeit etwa auch die Biergärten der Stadt.

Die Beschwerdeführerin zu 5. besucht regelmäßig die Heimspiele des TSV 1860 München, hält sich als Stadtführerin viel in der Münchner Altstadt auf und sucht zudem privat gerne die Münchner Biergärten und Weihnachtsmärkte auf. Auch der Beschwerdeführer 6. wohnt in München und besucht mit seiner Dauerkarte regelmäßig die Spiele des TSV 1860 München.

Die Beschwerdeführerin zu 7. ist als Landtagsabgeordnete ebenfalls viel in der Münchner Öffentlichkeit unterwegs, ebenso wie, im Rahmen ihrer regelmäßig in München aufzusuchenden Prozesse, die Beschwerdeführerinnen zu 8. und zu 9. und der Beschwerdeführer zu 10. Auch die Beschwerdeführer zu 7. bis 10. unternehmen zudem, wenn sie sich in München aufhalten, regelmäßig auch Freizeitaktivitäten wie etwa einen abendlichen Einkaufsbummel oder den Besuch eines Konzerts, einer Theateraufführung oder eines Restaurants.

II. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Ein Rechtsweg unmittelbar gegen die angegriffenen Regelungen (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) ist nicht eröffnet. Aber auch die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde steht der Zulässigkeit nicht entgegen. Den Beschwerdeführern ist es nicht möglich oder jedenfalls nicht zumutbar, zunächst gegen den Vollzug der angegriffenen Normen vorzugehen. Insoweit ist auf die Ausführungen zur Beschwerdebefugnis mit Blick auf die Unmittelbarkeit der Beschwerde zu verweisen.

III. Beschwerdefrist

Die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt. Die angegriffenen Regelungen sind gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 PAG-Neuordnungsgesetz am 25. Mai 2018 in Kraft getreten.

C. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I. Grundrechtswidrigkeit der angegriffenen Überwachungsermächtigungen

1. Die Eingriffsschwelle der konkretisierten Gefahr

Wann ein Eingriff außer Verhältnis zu dem mit ihm verfolgten Zweck steht, hat das Grundgesetz teils in grundrechtlichen Eingriffsschwellen näher konkretisiert, wie sie etwa Art. 13 GG ausdrücklich vorsieht. Schrifttum und Rechtsprechung leiten vergleichbare Eingriffsschwellen daneben zu Recht auch aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne ab.

Dieser führt danach dazu, dass der Gesetzgeber intensive Grundrechtseingriffe erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorsehen darf,

vgl. nur BVerfGE 100, 313 (383 f.); 109, 279 (350 ff.); 115, 320 (361); 120, 274 (327 ff.); 125, 260 (327 ff.); 141, 220 (268 ff.).

So ist etwa eine gesetzliche Befugnis zum Verbot oder zur Auflösung von Versammlungen nur dann verhältnismäßig, wenn sie eine unmittelbare Gefährdung wichtiger, im Wesentlichen nur elementarer Rechtsgüter voraussetzt,

stRspr des BVerfG; vgl. nur BVerfGE 69, 315 (353 f.); 115, 320 (361).

Die Verfassung hindert den Gesetzgeber danach zwar „nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen im Bereich des Polizeirechts auf der Grundlage einer seiner Prärogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln“:

„Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.“,

BVerfGE 115, 320 (360).

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Grundsätze einer Eingriffsschwelendogmatik in seinem Grundsatzurteil zum BKA-Gesetz zugleich konsolidiert und weiterentwickelt.

Das Gericht hat daran festgehalten, dass die „Erhebung von Daten durch heimliche Überwachungsmaßnahmen mit hoher Eingriffsintensität“ im Bereich

der Gefahrenabwehr nur zum Schutz „besonders gewichtiger Rechtsgüter“ zulässig und auch insoweit

„grundsätzlich nur verhältnismäßig ist, wenn eine Gefährdung dieser Rechtsgüter im Einzelfall hinreichend konkret absehbar ist und der Adressat der Maßnahmen aus Sicht eines verständigen Dritten den objektiven Umständen nach in sie verfangen ist“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (271); zum erforderlichen besonderen Gewicht der Rechtsgüter: S. 270 f.,

so dass „[f]ür tief in die Privatsphäre eingreifende Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse“ aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne „übergreifende Anforderungen“ an die gebotenen gesetzlichen Eingriffsschwellen folgen,

vgl. BVerfGE 141, 220 (268); s. auch S. 269: „Die Verfassung setzt so der Absenkung der Eingriffsschwellen für Maßnahmen der Straftatenverhütung, die heimlich durchgeführt werden und tief in die Privatsphäre hineinreichen können, deutliche Grenzen [...]. Je tiefer Überwachungsmaßnahmen in das Privatleben hineinreichen und berechtigte Vertraulichkeitserwartungen überwinden, desto strenger sind die Anforderungen.“

Den grundrechtlichen Schutzpflichten, vor allem auch gegenüber der terroristischen Bedrohung, hat das Gericht jedoch dadurch Rechnung getragen, dass es, insoweit an vorangehende Entscheidungen anknüpfend, das auf heimliche Überwachungsmaßnahmen zugeschnittene Konzept einer im Vorfeld des tradierten Gefahrenbegriffs angesiedelten „hinreichend konkretisierte[n] Gefahr“ entwickelt hat,

vgl. BVerfGE 141, 220 (272),

die es teils auch als eine im Einzelfall drohende Gefahr bezeichnet,

s. etwa BVerfGE 141, 220 (305, 326, 340, 352); s. ferner auch S. 349 f.: „im Einzelfall hinreichend konkretisiert drohende Gefahr“.

Die konkretisierte Gefahr als solche hat zwei kumulative Voraussetzungen, die durch eine terrorismusbezogene Ausnahme ersetzt werden können (dazu a) und b)). Die konkretisierte Gefahr muss außerdem, um schwerwiegende Überwachungseingriffe rechtfertigen zu können, für besonders gewichtige Rechtsgüter bestehen (dazu c)). Sie ist außerdem auf Überwachungseingriffe beschränkt (dazu d)).

a) Die beiden Voraussetzungen und die terrorismusbezogene Ausnahme

Für die konkretisierte Gefahr im Sinne des Urteils zum BKA-Gesetz müssen zwei Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sein: Bestimmte Tatsachen müssen (1.) „zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen“, (2.) „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“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (272).

Auf die erste Voraussetzung (also darauf, dass bestimmte Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen) kann nach dem Urteil (nur) „[i]n Bezug auf terroristische Straftaten“ verzichtet werden – und zwar nur dann, wenn „das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird“ (terrorismusbezogene Ausnahme von der ersten Voraussetzung):

„Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann [...]. In Bezug auf terroristische Straftaten [...] können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (272 f.); Hervorh. hinzugef.

Siehe zudem deutlich auch BVerfGE 141, 220 (305): „Einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung bedarf allerdings § 20k Abs. 1 Satz 2 BKAG. Die in dieser Vorschrift eröffnete Möglichkeit, auch schon

im Vorfeld einer konkreten Gefahr Maßnahmen durchzuführen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst drohende Gefahr einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen, ist dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und wenn erkennbar ist, 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 [...]. Ausreichend ist insoweit auch, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten eines Betroffenen eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass er solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“ (Hervorh. hinzugef.).

Siehe ferner auch BVerfGE 141, 220 (291) („Grundsätzlich gehört hierzu, dass insoweit ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist [...]. In Bezug auf terroristische Straftaten kann der Gesetzgeber stattdessen aber auch darauf abstellen, ob das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie in überschaubarer Zukunft terroristische Straftaten begeht [...].“; Hervorh. hinzugef.).

Zwar lässt sich argumentieren, dass dann, wenn diese terrorismusbezogene Ausnahme von der *ersten* Voraussetzung greift (also das individuelle Verhalten des Betroffenen eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass er solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird), die *zweite* Voraussetzung dadurch letztlich obsolet wird (also dass bestimmte Tatsachen den Schluss darauf zulassen, 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), weil diese zweite Voraussetzung dann stets für die Person erfüllt ist, deren individuelles Verhalten diese konkrete Wahrscheinlichkeit eigener terroristischer Straftaten begründet.

Keinesfalls kann es danach aber ausreichen, wenn *nur die erste* der beiden Voraussetzungen gegeben ist (bestimmte Tatsachen, die den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen) und auf die *zweite* Voraussetzung ersatzlos verzichtet wird (also nicht nur unter der Bedingung der terrorismusbezogenen Ausnahme, dass das

individuelle Verhalten einer Person eine konkrete Wahrscheinlichkeit eigener terroristischer Straftaten begründet).

Das erschließt sich eindeutig schon aus den bereits genannten Urteilspassagen. Zusätzlich folgt es aber auch daraus, dass das Urteil zu Recht unmissverständlich die gesetzliche Einschränkung der Telekommunikationsüberwachung

„auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten“,

(in § 20I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG a.F.) als zu unbestimmt und unverhältnismäßig beurteilt hat:

„Mit der Verfassung nicht zu vereinbaren ist demgegenüber die nicht näher eingeschränkte Erstreckung der Telekommunikationsüberwachung nach § 20I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten.

Die Vorschrift, die über die Abwehr einer konkreten Gefahr hinaus die Eingriffsmöglichkeiten mit dem Ziel der Straftatenverhütung vorverlagert, verstößt in ihrer konturenarmen offenen Fassung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und ist unverhältnismäßig weit.“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (310).

Das bekräftigt, dass es nach den Maßstäben des Urteils zum BKA-Gesetz für eine konkretisierte Gefahr gerade nicht etwa ausreichen kann, dass bestimmte Tatsachen etwa lediglich ‚die Annahme rechtfertigen‘, dass Personen terroristische Straftaten vorbereiten.

So dürfte es danach beispielsweise keinesfalls ausreichen, dass Personen ein „passendes“ Alter aufweisen und etwa einen von der Polizei als potentiell gefährlich beurteilten muslimischen Gebetskreis besuchen oder in von der Polizei als potentiell bedrohlich eingeschätzten studentischen Kreisen verkehren.

Schwerwiegende Überwachungsmaßnahmen können aufgrund einer solchen personenbezogenen Prognose vielmehr erst dann verhältnismäßig sein, wenn *entweder* die drei Anforderungen der terrorismusbezogenen Ausnahme erfüllt sind, dass (1.) „das individuelle Verhalten“ dieser Person (2.) „die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet“, dass sie solche Straftaten (3.) „in überschaubarer Zukunft“ selbst begehen wird

vgl. BVerfGE 141, 220 (272 f., 291 und 305),

oder aber die *beiden* regulären Voraussetzungen der konkretisierten Gefahr (kumulativ) greifen, also bestimmte Tatsachen (1.) den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und (zugleich) (2.) 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.

b) Begrenzung der situationsunabhängigen personenbezogenen Prognose auf die Besonderheiten terroristischer Straftaten

Eine Person schon gewissermaßen selbst als eine wandelnde, konkretisierte Gefahr einzustufen und damit intensive Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen, ist ein weitreichender Schritt.

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Schritt im Urteil zum BKA-Gesetz nur unter engen Voraussetzungen als mit den Grundrechten vereinbar beurteilt. Die Möglichkeit, einen Vorfeldeingriff auf eine personenbezogene, statt auf eine situationsbezogene Gefährlichkeitsprognose zu stützen,

vgl. zu dieser Unterscheidung Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 116-118, 118-121; ders., in: Lisken/Denninger/ders./Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Kap. B Rn. 249 mit Fn. 474,

hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Urteil sorgfältig mit der Besonderheit gerade terroristischer Anschläge begründet, die „oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden“:

„In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“,

BVerfGE 141, 220 (272 f.); Hervorh. hinzugef.

Ausschließlich in Bezug auf terroristische Straftaten hat es dort eine derartige, personenbezogen begründete konkretisierte Gefahr als eine verhältnismäßige Eingriffsschwelle für schwerwiegende Überwachungsmaßnahmen anerkannt.

Als Beispiel für eine solche Situation, in der eine derartige terrorismusbezogene konkretisierte Gefahr zu bejahen sein kann, hat es den Fall der Rückkehr aus einem terroristischen Ausbildungslager genannt:

„Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“,

BVerfGE 141, 220 (273).

Eine Besonderheit terroristischer Straftaten liegt etwa auch darin, dass „terroristische Zellen typischerweise auf einen konkreten Handlungsablauf hinarbeiten, der möglichst schwere Schäden verursachen soll“

vgl. (mit Blick auf Grenzfälle der konkreten Gefahr) Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 118-121.

Personenbezogene, etwa auf das Vorverhalten einer Person bezogene Tatsachen können deshalb bei terroristischen Straftaten eine stärkere Konkretisierung der Bedrohungslage begründen als etwa im Bereich der organisierten Kriminalität, in dem „typischerweise laufend Straftaten“ begangen werden, so dass vergleichbare Tatsachen dort womöglich lediglich zeigen können, dass „die Betroffenen in eine Struktur der organisierten Kriminalität eingebunden sind“, aber nicht ausreichen, „um eine konkrete drohende Straftat herauszuheben, die mit Hilfe der Überwachung abgewehrt werden“ soll,

vgl. Bäcker, a.a.O.

Die Voraussetzungen einer derartigen personenbezogenen konkretisierten Gefahr können danach jedenfalls nicht pauschal auf alle polizeilichen Einsatzfelder übertragen werden.

c) Begrenzung auf besonders wichtige Rechtsgüter

Die konkretisierte Gefahr muss zudem für besonders gewichtige Rechtsgüter bestehen,

vgl. BVerfGE 141, 220 (270 f.).

Für Maßnahmen, die der Gefahrenabwehr dienen, gilt:

„Heimliche Überwachungsmaßnahmen, die tief in das Privatleben hineinreichen, sind nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zulässig“,

BVerfGE 141, 220 (270).

Hierzu gehören „Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“, aber auch eine „gemeine[] Gefahr“ oder eine „Gefahr für Güter der Allgemeinheit, die die Existenz der Menschen berühren“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (270 f.).

Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht „[e]inen uneingeschränkten Sachwertschutz“ insoweit „nicht als ausreichend gewichtig [...] angesehen“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (270).

So hat es im Urteil zur Wohnraumüberwachung bei Informationen, die durch eine Wohnraumüberwachung zu strafprozessualen Zwecken erhoben wurden, eine Verwendung zu Gefahrenabwehrzwecken nur bei solchen Gefahren für Sach- und Vermögenswerte ausreichen lassen, „bei denen das für eine gemeine Gefahr typische Gefahrenpotential gegeben ist“:

„Soweit § 100 f Abs. 1 StPO für die polizeiliche Verwendung der Erkenntnisse eine Gefahr für erhebliche Sach- und Vermögenswerte genügen lässt, ist unter Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 13 Abs. 4 GG Voraussetzung, dass das für eine gemeine Gefahr typische Gefahrenpotential gegeben ist. Nur dann hat die Gefährdung von Sach- und Vermögenswerten ein Gewicht, das der vom verfassungsändernden Gesetzgeber angestrebten Wertigkeit der bedrohten Rechtsgüter in Art. 13 Abs. 4 GG entspricht.“,

BVerfGE 109, 279 (379) (Hervorh. hinzugef.).

Im Urteil zur Online-Durchsuchung hat das Bundesverfassungsgericht die grundrechtlich gebotene Eingriffsschwelle für diese Maßnahme mit Blick auf Sachwerte vergleichbar eng gezogen, indem es neben Gefahren für Leib, Leben und Freiheit der Person, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes nur den Schutz „solche[r] Güter der Allgemeinheit“ als ausreichend ansah, „deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“:

„Ferner sind überragend wichtig solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Hierzu zählt etwa auch die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.“,

BVerfGE 120, 274 (328) (Hervorh. hinzugef.).

Im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung verlangte eines der Sondervoten ausdrücklich, „bedeutende Sachwerte“ einzubeziehen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist, auch wenn ihre Gefährdung nicht zugleich eine gemeine Gefahr bedeutet,

vgl. abw. Meinung Schluckebier zu BVerfGE 125, 260; S. 364 (377 f.), die das Urteil dafür kritisierte, dass es die „Abwehr einer nicht zugleich gemeinen Gefahr für Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“ nicht einbezog und es als „nicht nachvollziehbar“ kritisierte, „bedeutende Sachwerte [...] in diesem Sinne auszunehmen“ (Hervorh. hinzugef.).

Das Gericht sah gleichwohl den Abruf der betroffenen Daten nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr als zulässig an,

vgl. BVerfGE 125, 260 (330) („nur zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr einer gemeinen Gefahr“; s. auch S. 261 [Ls. 5]).

Im Urteil zum BKA-Gesetz hat das Gericht diese Rechtsprechungslinie fortgesetzt, indem es festgehalten hat, dass mit Blick auf den Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach § 20g Abs. 1 BKAG a.F. das dortige Merkmal des Schutzes von „Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (228),

bei „verständiger Auslegung“ eng zu verstehen sei und – (nur) so verstanden – die Überwachungsmaßnahmen auf den Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenze:

„Bei verständiger Auslegung kann hierunter nicht schon allein der Schutz von bedeutsamen Sachwerten verstanden werden. Gemeint sind hier im gesetzlichen Zusammenhang mit der Terrorismusabwehr vielmehr etwa

wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen [...].“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (287 f.) (Hervorh. hinzugef.). Siehe entsprechend auch BVerfGE 141, 220 (296).

d) Begrenzung auf verdeckte Überwachungsmaßnahmen

Die Aussagen des Urteils zum BKA-Gesetz zur konkretisierten Gefahr sind zudem auch auf verdeckte Überwachungsmaßnahmen zugeschnitten, die nicht mit darüber hinausreichenden Grundrechtseingriffen (etwa einem Platzverweis oder einem Aufenthaltsverbot) verbunden sind,

vgl. BVerfGE 141, 220 (264, 268 f.).

Da die Verfassungsbeschwerde, soweit sie Eingriffsermächtigungen bei drohender Gefahr angreift, ausschließlich solche verdeckten Überwachungsmaßnahmen betrifft, bedarf diese Voraussetzung jedoch hier keiner näheren Erörterung.

2. Art. 11 Abs. 3 BayPAG genügt den Anforderungen an eine konkretisierte Gefahr nicht

Die angegriffenen Überwachungsermächtigungen unterschreiten die beschriebenen Anforderungen an die Eingriffsschwelle einer konkretisierten Gefahr, indem sie schon eine drohende Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ausreichen lassen. Weil so schwerwiegende Grundrechtseingriffe, wie sie dort vorgesehen sind, nach den zustimmungswürdigen Maßstäben des Urteils zum BKA-Gesetz allenfalls bei einer konkretisierten Gefahr zulässig sein können, führt dies zur Grundrechtswidrigkeit dieser Ermächtigungen.

Für den Begriff der drohenden Gefahr in Art. 11 Abs. 3 BayPAG, auf den die angegriffenen Überwachungsermächtigungen verweisen, kann sich der bayerische Gesetzgeber auf das Konzept der hinreichend konkretisierten Gefahr aus dem BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts,

vgl. BVerfGE 141, 220 (272 f.) (s. auch S. 270 f., 305, 326, 340, 349 f., 352),

ersichtlich nicht berufen.

Die drohende Gefahr entspricht den Anforderungen an eine konkretisierte Gefahr nach dem Urteil zum BKA-Gesetz aus drei Gründen nicht: Art. 11 Abs. 3 BayPAG lässt (erstens) (in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG) eine

schwächere Prognosegrundlage ausreichen (dazu a)). Der Vorschrift fehlt es (zweitens) (in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BayPAG) an der gebotenen Begrenzung auf die Besonderheiten der Abwehr terroristischer Straftaten (dazu b)). Die Vorschrift beschränkt sich (drittens) nicht auf die Bedrohung besonders gewichtiger Rechtsgüter (dazu c)).

Weil die drohende Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG damit deutlich hinter den vom Urteil zum BKA-Gesetz zu Recht gestellten Mindestanforderungen einer konkretisierten Gefahr zurückbleibt, verletzt es das jeweilige Grundrecht, schon bei einer solchen drohenden Gefahr zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen zu ermächtigen. Das Merkmal der drohenden Gefahr führt insoweit angesichts seiner Weite zu Verstößen sowohl gegen das Bestimmtheitsgebot,

vgl. zu den Bestimmtheitsanforderungen im Gefahrenvorfeld BVerfGE 113, 348 (377 f.),

als auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

a) Fehlende Begrenzung (des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG) auf bestimmte Personen

Für die konkretisierte Gefahr im Sinne des Urteils zum BKA-Gesetz müssen wie beschrieben (s. oben C.I.1.a)) entweder die drei Anforderungen der terrorismusbezogenen Ausnahme erfüllt sein, dass (1.) „das individuelle Verhalten“ dieser Person (2.) „die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet“, dass sie solche Straftaten (3.) „in überschaubarer Zukunft“ selbst begehen wird

vgl. BVerfGE 141, 220 (272 f., 291 und 305),

oder aber die *beiden* regulären Voraussetzungen der konkretisierten Gefahr greifen, also bestimmte Tatsachen (1.) den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen und (zugleich) (2.) 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,

vgl. BVerfGE 141, 220 (272).

Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BayPAG, der an die terrorismusbezogene Ausnahme anknüpft, wäre insoweit, würde man (zu Unrecht) von der fehlenden Begrenzung auf terroristische Straftaten absehen (dazu näher unter 3.), von dem Konzept der konkretisierten Gefahr nach dem Urteil zum BKA-Gesetz abgedeckt.

Keinesfalls kann es danach aber ausreichen, wenn *nur die erste* der beiden regulären Voraussetzungen gegeben ist (bestimmte Tatsachen, die den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen) und auf die *zweite* Voraussetzung ersatzlos (also nicht nur unter der Bedingung, dass das individuelle Verhalten einer Person eine konkrete Wahrscheinlichkeit eigener terroristischer Straftaten begründet) verzichtet wird.

Genau darauf läuft aber Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG hinaus, indem diese Vorschrift es ausreichen lässt, dass „Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen“, ohne gleichzeitig auch zu verlangen, 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‘.

Das zusätzliche Merkmal, dass „Vorbereitungshandlungen“ gegeben sein müssen, reicht allein gerade nicht aus, um eine hinreichende adressatenbezogene Eingrenzung herbeizuführen. Auch insoweit kann sich der bayerische Gesetzgeber nicht nur nicht auf das Urteil zum BKA-Gesetz stützen, sondern ergibt sich umgekehrt aus den Maßstäben dieses Urteils gerade die Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit dieser Regelung.

Eine Eingrenzung des Adressatenkreises für die Wohnraumüberwachung in § 20h Abs. 1 Nr. 1b BKAG a.F. auf Personen, „bei denen konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme der Begehung terroristischer Straftaten rechtfertigen“, wurde dort (zum einen) nur *zusätzlich* zu dem gesetzlichen Erfordernis einer dringenden Gefahr für qualifizierte Rechtsgüter für ausreichend erklärt

„Anders als in § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG wird hier kein besonders weit ins Gefahrvorfeld vorverlagerter eigener Eingriffstatbestand geschaffen, sondern setzt die Vorschrift – im Einklang mit Art. 13 Abs. 4 GG – eine dringende Gefahr für qualifizierte Rechtsgüter voraus, für deren Abwehr die Überwachung erforderlich sein muss. Darüber hinaus ist auch der Kreis der Adressaten der Maßnahme in dieser Bestimmung hinreichend eingegrenzt: Indem die Vorschrift die Kenntnis von konkreten Vorbereitungshandlungen für – näher qualifizierte – terroristische Straftaten verlangt, setzt sie ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen voraus. Sie stellt damit auf einen den

verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Anlass für die Durchführung solcher Maßnahmen ab [...]“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (298).

Zum anderen kann das bloße Erfordernis nicht näher definierter „Vorbereitungshandlungen“ danach auch deshalb keine hinreichende Eingrenzung herbeiführen, weil Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BayPAG gerade nicht vorsieht, dass die drohende Gefahr nur gegeben sei, wenn konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme rechtfertigen, dass eine bestimmte Person Angriffe auf bedeutende Rechtsgüter unternimmt – sondern das Merkmal der Vorbereitungshandlungen gewissermaßen freischwebend enthält, ohne einen Zusammenhang zu bestimmten Personen zu verlangen.

Damit könnte die Polizei womöglich unverhältnismäßiger Weise allgemeine Informationen über Vorbereitungshandlungen, etwa über die Lieferung einer gefährlichen Chemikalie in den Raum München, ausreichen lassen, um massenhaft Personen eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen nach den angegriffenen Vorschriften (wie einer Telefonüberwachung oder einer Online-Durchsuchung) zu unterwerfen, nur weil sie etwa einem bestimmten Profil (Alter, Geschlecht, Kontakte zur extremismusverdächtigen Studentenszene oder zu islamistischen Kreisen) entsprechen.

Das Urteil zum BKA-Gesetz hat zudem, wie bereits dargelegt, zu Recht die gesetzliche Einschränkung der Telekommunikationsüberwachung

„auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten“,

(in § 20I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG a.F.) als zu unbestimmt und unverhältnismäßig beurteilt,

vgl. BVerfGE 141, 220 (310) (s. näher dazu bereits oben C.I.1.a)),

und damit unmissverständlich gezeigt, dass es nach seinen Maßstäben für eine konkretisierte Gefahr gerade nicht ausreichen kann, dass bestimmte Tatsachen lediglich ‚die Annahme rechtfertigen‘, dass eine Person terroristische Straftaten vorbereitet, ohne dass entweder die Anforderungen der terrorismusbezogenen Ausnahme greifen (zu denen die konkrete Wahrscheinlichkeit der Begehung solcher Straftaten gehört) oder aber die beiden regulären Voraussetzungen der konkretisierten Gefahr (und nicht nur die erste dieser beiden Voraussetzungen).

b) Fehlende Begrenzung der personenbezogen konkretisierten Gefahr (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BayPAG) auf die Besonderheiten terroristischer Straftaten

Wie bereits näher dargelegt hat das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum BKA-Gesetz die Möglichkeit einer situationsunabhängigen personenbezogenen konkretisierten Gefahr eng auf die terrorismusbezogene Ausnahme begrenzt, die sich auf die Besonderheiten terroristischer Straftaten stützt (s. oben C.I.1.b)),

vgl. BVerfGE 141, 220 (272 f.),

die sich auf andere Bereiche, etwa auf den Bereich der organisierten Kriminalität, nicht übertragen lassen.

So kann etwa die Rückkehr aus einem terroristischen Ausbildungslager,

vgl. BVerfGE 141, 220 (273),

einen starken Indizwert für einen drohenden konkreten Handlungsablauf mit Schäden für besonders wichtige Rechtsgüter haben (weil terroristische Zellen typischerweise gerade auf einen solchen Handlungsablauf hinarbeiten), während eine ‚Ausbildung‘ im Bereich der organisierten Kriminalität womöglich lediglich darauf hinweist, dass die Betroffenen in deren Struktur eingebunden sind, ohne zugleich eine konkret drohende vergleichbar schwere Straftat herauszuheben, die mit Hilfe der Überwachung abgewehrt werden soll, weil im Bereich der organisierten Kriminalität „typischerweise laufend“ Straftaten begangen werden, die zudem ein höchst unterschiedliches Gewicht aufweisen,

vgl. insoweit nochmals Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 118-121, sowie oben C.I.1.b).

Die Voraussetzungen einer solchen personenbezogenen konkretisierten Gefahr können danach, wie bereits betont, jedenfalls nicht pauschal auf alle polizeilichen Einsatzfelder übertragen werden, in denen eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen geboten werden können.

Genau dies unternimmt aber Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BayPAG. Die drohende Gefahr unterschreitet deshalb auch in dieser zweiten Hinsicht die Mindestanforderungen einer konkretisierten Gefahr im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz.

c) Unzureichende Begrenzung (des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG) auf besonders gewichtige Rechtsgüter

Die Bestimmung der „bedeutenden Rechtsgüter“ in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 BayPAG genügt zudem den Anforderungen, die an das besondere Gewicht der bedrohten Rechtsgüter zu stellen sind (s. oben C.I.1.c)) teilweise allenfalls bei einengender grundrechtskonformer Auslegung.

Das gilt zum einen, soweit die Vorschrift in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BayPAG allgemein von der „Freiheit“ spricht, statt sich wie geboten auf die Freiheit der Person (im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) oder vergleichbare Freiheits Eingriffe von besonderem Gewicht zu beschränken.

Aus der oben näher wiedergegebenen Rechtsprechung (s. oben C.I.1.c)) folgt außerdem, dass auch der Schutz „erhebliche[r] Eigentumspositionen“ (Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 BayPAG) und der Schutz von „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 BayPAG) allenfalls bei einer einengenden Auslegung dieser Merkmale den Anforderungen an die Eingriffsschwelle der konkretisierten Gefahr genügen kann.

Darunter darf danach jedenfalls nicht schon der Schutz bedeutsamer Sachwerte verstanden werden, sondern kann nur der Schutz so besonders gewichtiger Sachwerte wie etwa wesentlicher Infrastruktureinrichtungen oder sonstiger Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen fallen,

vgl. BVerfGE 141, 220 (287 f.); s. auch BVerfGE 141, 220 (270, 296); 109, 279 (379) („das für eine gemeine Gefahr typische Gefahrenpotential“); 120, 274 (328) (Berührung der „Grundlagen der Existenz der Menschen“, etwa der „Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen“).

Verfassungskonformer Auslegung bedürfen insoweit schon diese Definitionen der „bedeutende[n] Rechtsgüter“. Es genügt insoweit nicht, erst an das davon unterscheidende Merkmal des Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG anzuknüpfen, dass auf die bedeutenden Rechtsgüter (im konkreten Fall) auch „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten“ sein müssen. Denn die vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebotene Begrenzung auf besonders gewichtige Rechtsgüter setzt gerade voraus, dass schon das bedrohte Rechtsgut als solches hinreichend gewichtig sein muss.

3. Die angegriffenen Überwachungsermächtigungen verletzen die betroffenen Grundrechte, soweit sie eine drohende Gefahr ausreichen lassen

Die angegriffenen Überwachungsregelungen ermächtigen sämtlich zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen, die nach den Maßstäben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz nur bei einer hinreichend konkretisierten Gefahr im Sinne dieses Urteils grundrechtsgemäß sein können.

Weil und soweit die angegriffenen Regelungen diese eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen schon bei einer drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ermöglichen sollen, die den Anforderungen an eine konkretisierte Gefahr, wie gesehen, nicht entspricht (dazu oben, C.I.2.)), verstoßen sie deshalb gegen die jeweils betroffenen Grundrechte.

a) Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung (Art. 36 Abs. 1 bis 3 BayPAG): Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Rechts am eigenen Wort und Bild

Besondere Mittel der Datenerhebung nach Art. 36 Abs. 1 BayPAG sind die längerfristige Observation („die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person, die durchgehend länger als 24 Stunden oder an mehr als zwei Tagen durchgeführt werden soll“) (Nr. 1), sowie „der verdeckte Einsatz technischer Mittel“ (Nr. 2) in den folgenden drei Unterfällen (Buchst. a bis c): zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen außerhalb von Wohnungen (Nr. 2 Buchst. a)), zur Feststellung des Standortes oder der Bewegungen einer Person oder einer beweglichen Sache (Nr. 2 Buchst. b)) sowie zum Abhören oder zur Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes (Nr. 2 Buchst. c)).

Diese Maßnahmen entsprechen entweder den besonderen Mitteln der Datenerhebung nach § 20g Abs. 2 BKA-Gesetz a.F.,

vgl. BVerfGE 141, 220 (228),

bei denen das Bundesverfassungsgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass sie so schwerwiegende Eingriffe umfassen können, dass die gesetzliche Ermächtigung zu ihnen allenfalls bei einer konkretisierten Gefahr zulässig sein kann,

vgl. BVerfGE 141, 220 (290 f.),

oder gehen in ihrer Intensität darüber hinaus.

Die Maßnahmen entsprechen sich im Falle der längerfristigen Observation, der Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen außerhalb von Wohnungen und des Abhörens oder Aufzeichnens des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes.

Sogar eingriffsintensiver ist Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b BayPAG insoweit, als die Vorschrift sich nicht auf „für Observationszwecke bestimmte technische Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Bestimmung des Aufenthaltsortes“ beschränkt (wie § 20g Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b BKA-Gesetz a.F.), sondern pauschal „zur Feststellung des Standortes oder der Bewegungen einer Person oder einer beweglichen Sache“ ermächtigt.

Das Bundesverfassungsgericht hat für die Ermächtigung zu derartigen Maßnahmen insgesamt die Eingriffsschwelle einer konkretisierten Gefahr als maßgeblich angesehen,

vgl. nochmals BVerfGE 141, 220 (290 f.).

Zwar kann das Eingriffsgewicht je nach Einzelfall „unterschiedlich sein“ und „von eher geringeren bis mittleren Eingriffen, wie dem Erstellen einzelner Fotos oder der zeitlich begrenzten schlichten Beobachtung, bis zu schweren Eingriffen wie dem langfristig-dauerhaften heimlichen Aufzeichnen von Wort und Bild einer Person“ reichen,

vgl. BVerfGE 141, 220 (287); s. auch S. 264 f. (wonach „bei einzelnen Maßnahmen“ das Eingriffsgewicht geringer sein kann).

Auch wenn die Ermächtigung insofern hinsichtlich des Eingriffsgewichts „ein weites Spektrum“ abdeckt, „umfasst“ sie aber „hierbei auch gravierende Eingriffe“, weshalb für sie die Eingriffsschwelle der konkretisierten Gefahr maßgeblich sein muss,

vgl. BVerfGE 141, 220 (286); s. auch (mit Blick auf die insoweit teils sogar gegebene Kernbereichsrelevanz) S. 295 („Indem die Vorschrift dabei aber auch die Erlaubnis zu längerfristigen Bildaufzeichnungen und einem auf eine lange Zeit angelegten Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes umfasst, ermöglicht sie Überwachungsmaßnahmen, die typischerweise tief in die Privatsphäre eindringen können.“).

Der Eingriff kann dabei „[i]nsbesondere“ auch bei einem gebündelten Einsatz der verschiedenen Maßnahmen „ein besonders schweres Eingriffsgewicht erlangen“:

„Insbesondere wenn diese Maßnahmen gebündelt durchgeführt werden und dabei unter Nutzung moderner Technik darauf zielen, möglichst alle Äußerungen und Bewegungen zu erfassen und bildlich wie akustisch festzuhalten, können sie tief in die Privatsphäre eindringen und ein besonders schweres Eingriffsgewicht erlangen.“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (287).

Die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG ist danach für eine Eingriffsermächtigung wie sie Art. 36 Abs. 1 bis 3 BayPAG vorsieht, unzureichend.

b) Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 BayPAG): Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Wohnungsgrundrechts

Art. 37 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 und Art. 38 Abs. 1 lassen den Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern schon zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut (im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG) zu, indem sie zu diesen Maßnahmen „unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des Art. 36 Abs. 2“ BayPAG ermächtigen (Art. 37 Abs. 1 Satz 1 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayPAG).

Diese Ermächtigungen verletzen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) und das Wohnungsgrundrecht (Art. 13 Abs. 1 GG).

Das Bundesverfassungsgericht hat den Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittlern im Urteil zum BKA-Gesetz zu Recht als einen sehr schwerwiegenden Grundrechtseingriff eingestuft, der allenfalls bei einer konkretisierten Gefahr im Sinne des Urteils zulässig sein kann (dazu aa)). Die angegriffenen Ermächtigungen zu diesen Maßnahmen verletzen deshalb das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Wohnungsgrundrecht (dazu bb)).

Die Einstufung dieser Maßnahmen als Grundrechtseingriff stimmt auch mit der allgemeinen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum funktionalen Eingriffsäquivalent überein (dazu cc)). Einer Einwilligung der Betroffenen in die Informationserhebung durch Vertrauenspersonen oder Verdeckte Ermittler kann mangels Kenntnis einer für die Willensbildung insoweit

maßgeblichen Tatsache – der staatlichen Beauftragung der jeweiligen Person – keine eingriffsausschließende Wirkung zukommen (dazu dd)).

aa) Einstufung als sehr schwerwiegender Grundrechtseingriff im Urteil zum BKA-Gesetz

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum BKA-Gesetz ausdrücklich festgehalten, dass die Ausforschung durch V-Leute und verdeckte Ermittler (die in § 20g Abs. 2 Nr. 4 und 5 BKAG a.F. als weiterer Unterfall der besonderen Mittel der Datenerhebung vorgesehen war) einen „sehr schwerwiegende[n]“ Grundrechtseingriff bedeutet,

vgl. BVerfGE 141, 220 (290) (wonach die in § 20g Abs. 2 BKAG a.F. geregelten Überwachungsmittel „auch sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe“ umfassen, „wie etwa [...] das Ausnutzen von Vertrauen durch Verdeckte Ermittler oder Vertrauenspersonen“; Hervorh. hinzugef.).

Aus dem Schrifttum s. gleichgerichtet etwa Dietrich, in: ders./Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI, § 2 Rn. 94 (der deren Einsatz „zu den eingriffintensivsten nachrichtendienstlichen Mitteln überhaupt“ zählt).

Aus dieser Einstufung hat es nicht nur zu Recht die grundrechtsdogmatische Konsequenz gezogen, dass für diese Eingriffe die verfahrensrechtliche Eingriffsschwelle des Richtervorbehalts greift, und es deshalb als nicht ausreichend angesehen, diesen nur für den Einsatz Verdeckter Ermittler vorzusehen, weil auch der Einsatz von Vertrauenspersonen „unter Umständen so tief in die Privatsphäre“ eingreife, dass seine Anordnung „einer unabhängigen Instanz, etwa einem Gericht, vorbehalten bleiben“ müsse,

vgl. BVerfGE 141, 220 (293 f.).

Sondern das Gericht hat, wie generell für schwerwiegend in Grundrechte eingreifende Überwachungsmaßnahmen, auch für diese Maßnahmen die materielle Eingriffsschwelle der hinreichend konkretisierten Gefahr als unabdingbar angesehen, um die Verhältnismäßigkeit der Eingriffe zu gewährleisten,

vgl. BVerfGE 141, 220 (290 f.).

Es erachtete deshalb (auch insoweit, wie für die anderen besonderen Mittel der Datenerhebung) die Vorfeldbefugnis in § 20g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BKAG für zu unbestimmt und unverhältnismäßig. Danach sollte das Bundeskriminalamt

personenbezogene Daten mit den besonderen Mitteln nach § 20g Abs. 2 BKAG auch erheben können über „die Person, bei der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie“ terroristische Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG „begehen wird“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (228).

Das Bundesverfassungsgericht erklärte dies für zu weitgehend und sah den Einsatz von Vertrauensleuten und Verdeckten Ermittlern nur unter den erwähnten engeren Voraussetzungen einer konkretisierten Gefahr als verhältnismäßig an,

vgl. nochmals BVerfGE 141, 220 (290 f.).

bb) Verstoß gegen allgemeines Persönlichkeitsrecht und Wohnungsgrundrecht

Da die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG diese Anforderungen unterschreitet, verstoßen Art. 37 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 (Einsatz verdeckter Ermittler) und Art. 38 Abs. 1 (Einsatz von Vertrauenspersonen) gegen die betroffenen Grundrechte.

Die Vorschriften verstoßen insoweit sowohl gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als auch gegen andere gegebenenfalls betroffene Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG wie das Recht am eigenen Bild oder am eigenen Wort.

Ferner ist das Wohnungsgrundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG verletzt, soweit Art. 37 Abs. 4 Satz 2 und Art. 38 Abs. 2 Satz 1 BayPAG auch zum Betreten von Wohnungen ermächtigt.

Das Bundesverfassungsgericht ist, indem es „das Ausnutzen von Vertrauen“ durch die Vertrauensperson oder den verdeckten Ermittler als einen sehr schwerwiegenden Grundrechtseingriff eingeordnet hat,

vgl. erneut BVerfGE 141, 220 (290),

zu Recht ohne weiteres davon ausgegangen, dass darin ein Grundrechtseingriff liegt, das Ausnutzen des durch die Nichtoffenlegung der hoheitlichen Beauftragung erlangten Vertrauens seine Eingriffsqualität also nicht etwa aufgrund eines in diesem Vertrauen (und angesichts der fehlenden Kenntnis dieser hoheitlichen Beauftragung) erteilten Einverständnisses mit der Informationserhebung verliert,

s. auch bereits BVerfGE 120, 274 (345 f.) (Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, „wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begibt“ und „dabei ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausnutzt, um persönliche Daten zu erheben, die sie ansonsten nicht erhalten würde“).

Ein sehr schwerwiegender Grundrechtseingriff liegt nach diesen Maßstäben (erst Recht) auch vor, wenn zudem noch die Wohnung des Betroffenen betreten wird,

vgl. als einen Eingriff in das Wohnungsgrundrecht bejahende Stimmen im Schrifttum etwa: Dietrich, in: ders./Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI, § 2 Rn. 99 (m.w.Nw. auch zur Gegenauffassung); Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 13 Rn. 10 (für den verdeckten Ermittler, der „unter Täuschung über seine Identität eine Wohnung ausspäht“); Merten, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 73 Rn. 22 („Täuschen verdeckte Ermittler über ihre Identität, so werden sie nicht in amtlicher Eigenschaft in die Wohnung gelassen.“); Roggan/Hammer NJW 2016, 3063, 3066 (m.Nw. zur strafprozessualen Debatte); s. ferner (auch zum Folgenden) näher und m.w.Nw.: Hong, in: Dietrich/Gärditz (Hrsg.), Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung (im Erscheinen), unter II.2.

Für die Rechtfertigung maßgeblich sind insoweit Art. 13 Abs. 2 und 7 GG,

vgl. (mit Blick auf die Reichweite des Art. 13 Abs. 5) insoweit ebenso Zieckow/Guckelberger, in: (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Bd. 2, Stand Lfg. 2/2018, Art. 13 Rn. 109 („Weil es dem verfassungsändernden Gesetzgeber [...] nur darum ging, den Einsatz technischer Hilfsmittel zu regeln, müssen die Voraussetzungen für verdeckt ermittelnde Personen weiterhin Art. 13 Abs. 2 und Abs. 7 GG entnommen werden.“); Wolff, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, 12. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 24 (erfasst wird „nur das Einbringen“ der technischen Mittel; „das Eindringen der zu schützenden Personen in die Wohnung bestimmt sich nach Abs. 2 oder 7“).

Deren Voraussetzungen an die maßgebliche Eingriffsschwelle,

vgl. zu den Anforderungen an eine dringende Gefahr (dort zu Art. 13 Abs. 4 GG) BVerfGE 141, 220 (271, 296: „An das Vorliegen einer dringenden Gefahr, deren Anforderungen über die einer konkreten Gefahr noch hinausgehen, sind strenge Anforderungen zu stellen [...]“),

sind durch eine drohende Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG jedoch ersichtlich nicht gewahrt.

cc) Funktionales Äquivalent eines Eingriffs

Der Staat kann sich seiner Bindung an die Grundrechte ebenso wenig wie durch eine Flucht ins *Privatrecht*,

vgl. BVerfGE 128, 226 (245),

dadurch entziehen, dass er eine Flucht in ein nach außen *scheinbar rein privates Handeln* antritt. Er kann die grundrechtlichen Anforderungen nicht umgehen, indem er, statt heimlich mit technischen Mitteln zu überwachen, die Unkenntnis über die staatliche Beauftragung einer Person ausnutzt, um genauso effektiv – oder sogar noch effektiver – ermitteln zu können.

Die Eingriffsqualität des Einsatzes von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern aufgrund dessen zu bejahen, entspricht zudem auch der allgemeinen Eingriffsdefinition, die das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung zugrunde legt.

Mit der Kategorie des so genannten funktionalen Eingriffsäquivalents hat das Gericht eine gewisse Ausweitung des herkömmlichen Eingriffsbegriffs anerkannt. Der traditionelle Eingriff verlangt ein aktives hoheitliches Handeln, das den Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts gezielt, unmittelbar und imperativ (also durch zwangsbewehrten Rechtsbefehl) beeinträchtigt,

vgl. BVerfGE 105, 279, 299 f. („rechtsförmiger Vorgang [...], der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt“).

Ein funktionales Äquivalent eines Eingriffs (oder eine eingriffsgleiche Maßnahme) liegt dagegen schon bei solchen aktiven hoheitlichen Maßnahmen vor, die in Zielrichtung und Wirkung einem herkömmlichen Eingriff gleichkommen,

vgl. BVerfGE 105, 252, 273; 105, 279, 303; 110, 177, 191; 113, 63, 76; 116, 135, 153; 116, 202, 222; 134, 242, 334 f. Rn. 277; BVerfG,

Beschluss v. 18.03.2018 – 1 BvF 1/13, Rn. 28. Siehe etwa auch Sodan, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2018, Art. 1 Vorb. Rn. 49.

Der Einsatz von V-Leuten oder Verdeckten Ermittlern ist gerade darauf ausgerichtet, unter Ausnutzung der Unkenntnis der observierten Person von der staatlichen Beauftragung an Informationen zu gelangen, so dass er nach Zielrichtung und Wirkung einem traditionellen Eingriff gleichkommt und deshalb Eingriffsqualität hat.

dd) Keine eingriffsausschließende Wirkung einer Einwilligung in Unkenntnis der staatlichen Beauftragung

Aus der Bejahung der Eingriffsqualität des Einsatzes von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern durch das Bundesverfassungsgericht folgt, dass das Gericht sich zu Recht nicht den Argumenten von Gegenstimmen im Schrifttum anschließt, nach denen ein Einverständnis des Betroffenen mit den jeweiligen Informationserhebungen, welches in Unkenntnis der staatlichen Beauftragung erteilt wurde, die Eingriffsqualität ausschließen könnte.

Soweit einer Einwilligung eine eingriffsausschließende Wirkung beigemessen werden soll, setzt dies jedenfalls zumindest eine bewusste und freiwillige Entscheidung voraus, die in Einsichtsfähigkeit und in Kenntnis aller maßgeblichen Tatsachen getroffen wird

vgl. etwa Merten, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 73 Rn. 21 (der Grundrechtsträger muss sich „der Folgen oder Risiken seines Handelns sowie der Tragweite und Bedeutung des Verzichts“ bewusst sein); (zu Art. 13 GG) Kunig, in: v. Münch/ders., Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 13 Rn. 19 (das „Einverständnis ist rechtlich nur erheblich, wenn es persönlich und frei, in Kenntnis der für eine solche Entscheidung relevanten Umstände gebildet worden ist“).

„An die alles entscheidende Freiwilligkeit des Verzichts einschließlich der Kenntnis von der Tragweite der eigenen Entscheidung“ sind dabei „im Zweifel strenge Anforderungen zu stellen“,

Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1, Rn. 131.

Zu den maßgeblichen Tatsachen, deren Kenntnis danach gegeben sein muss, gehört auch die Informationen, ob die Person, der eine Information anvertraut wird, im staatlichen Auftrag handelt oder nicht, weil diese Information für die

Tragweite einer solchen Einwilligungentscheidung ersichtlich von erheblicher Bedeutung ist.

Wenn und solange die überwachte Person nicht weiß, dass die informationserhebende Person staatlich beauftragt ist, kommt deshalb mangels Kenntnis dieser maßgeblichen Tatsache eine eingriffsausschließende Einwilligung von vornherein nicht in Betracht.

Eine eingriffsausschließende Einwilligung ist deshalb bereits dann ausgeschlossen, wenn die beobachtete Person in Unkenntnis über die staatliche Beauftragung belassen wird (etwa indem eine Aufklärung darüber schlicht unterlassen wird) – und nicht erst dann, wenn darüber hinausgehende, aktive Täuschungshandlungen unternommen werden, etwa indem die ermittelnde Person sich als Handwerker oder als Gasableserin ausgibt,

so aber (für Art. 13 GG) zu Unrecht Herdegen, in: Kahl/Waldhoff/Walter Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Lohsebl. (Stand Juni 2018), Art. 13 Rn. 45 (Stand Oktober 1993); Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 45 f.

Der Eingriffscharakter einer Ausforschung durch V-Leute oder Verdeckte Ermittler ergibt sich (soweit nicht schon ohnehin geringere abschließende spezialgrundrechtliche Anforderungen an den Eingriff erfüllt sind) jedenfalls daraus, dass eine solche Ausforschung gerade wegen der Ausnutzung dieses Unkenntnis nach Zielrichtung und Wirkung einem Eingriff im herkömmlichen Sinne (etwa durch die Anordnung einer heimlichen Überwachung) gleichkommt (s. oben).

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, die Grundrechte gewährleisteten keinen Schutz vor der Enttäuschung eines gegenüber V-Leuten oder Verdeckten Ermittlern gefassten Vertrauens, dass sie Informationen nicht weitergeben werden.

Die Grundrechte schützen zwar nicht unser Vertrauen in die Redlichkeit unserer Mitmenschen im Allgemeinen. Sie schützen jedoch sehr wohl unser Vertrauen darauf, dass unsere Mitmenschen uns nicht in staatlichem Auftrag ausforschen. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, so liegt darin ein Grundrechtseingriff, der zwar gerechtfertigt sein kann – aber auch gerechtfertigt werden muss.

Anderes kann allenfalls gelten, wenn sich die Kommunikationsbeziehung (anders als in den Fällen der angegriffenen Vorschriften) auf eine reine Internet-Kommunikation beschränkt,

vgl. zu dieser besonderen Konstellation einer „reine[n] Internetaufklärung“ BVerfGE 120, 274 (345 f.) (wonach es dort an einem Grundrechtseingriff fehlen kann, weil die Kommunikationsdienste des Netzes „in weitem Umfang den Aufbau von Kommunikationsbeziehungen“ ermöglichen, „in deren Rahmen das Vertrauen eines Kommunikationsteilnehmers in die Identität und Wahrhaftigkeit seiner Kommunikationspartner nicht schutzwürdig“ sei, „da hierfür keinerlei Überprüfungsmechanismen“ bereitstünden).

Es liegt deshalb keineswegs ein unbeachtlicher „Motivirrtum“ vor, wenn sich die überwachte Person über die staatliche Beauftragung einer Person irrt, der sie private Informationen anvertraut oder zugänglich macht;

so aber (für Art. 13 GG) etwa Ziekow/Guckelberger, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Bd. 2, Stand Lfg. 2/2018, Art. 13 (Lfg. 5/2005) Rn. 52 (m.w.Nw.) (die allerdings einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG offenbar bejahen).

Wenn man insoweit auf zivilrechtliche Begrifflichkeiten zurückgreifen will, handelt es sich vielmehr um einen von Verfassungs wegen beachtlichen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft dieser Person (vgl. § 119 Abs. 2 BGB).³

Eine staatlich veranlasste Ausforschung unterscheidet sich insofern maßgeblich von Fällen, in denen der Vertrauensbruch nicht staatlich mitveranlasst wurde. Wenn sich etwa jemand nachträglich und ohne Einwirkung des Staates dazu entschließt, einen Freund bei der Polizei anzuzeigen (oder als Zeuge gegen ihn auszusagen) und dafür den Inhalt eines Gesprächs mit ihm zu offenbaren, das in seiner Wohnung geführt wurde, so liegt darin kein Eingriff in das Wohnungsgrundrecht. Wenn eine staatliche Behörde diesen Freund jedoch daraufhin als Vertrauensperson anwirbt, um den Verdächtigen weiter auszuforschen, so greifen dessen künftige Ermittlungen nunmehr in die

³ § 119 Abs. 2 BGB lautet: „Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.“

Grundrechte der überwachten Person ein – und können sich auf eine freiwillige Einwilligung nicht (mehr) stützen.

Nach alledem hat das Bundesverfassungsgericht im Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern zu Recht einen (sehr schwerwiegenden) Eingriff in die betroffenen Grundrechte gesehen. Dieser Eingriff bedarf (soweit er nicht sogar weitergehenden spezialgrundrechtlichen Anforderungen wie denen aus Art. 13 Abs. 2 und 7 GG unterliegt), um verhältnismäßig zu sein mindestens einer hinreichend konkretisierten Gefahr im Sinne des Urteils zum BKA-Gesetz. Deren Anforderungen werden jedoch durch Art. 37 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 und Art. 38 Abs. 1 BayPAG unterschritten, soweit diese Vorschriften (i.V. mit Art. 36 Abs. 2 BayPAG) schon eine drohende Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG ausreichen lassen, so dass die genannten Grundrechte verletzt sind.

c) Erstellung von Bewegungsbildern durch Ausschreibung, Kennzeichenerfassung und Datenabgleich (Art. 39 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 i.V. mit Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BayPAG): Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung

Art. 39 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 verletzen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG), soweit dadurch zur Erstellung von Bewegungsbildern durch automatisierte Kennzeichenerfassung und den Abgleich der dadurch erlangten Daten solcher Personen ermächtigt werden soll, die nach Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG als verantwortlich für eine drohende Gefahr (im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG) oder nach Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 BayPAG als Kontaktperson einer Person nach Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG zur polizeilichen Beobachtung oder gezielten Kontrolle ausgeschrieben sind.

Nach Art. 39 Abs. 1 Satz 1 BayPAG kann die Polizei

„durch den verdeckten Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme bei Vorliegen entsprechender Lageerkenntnisse in den Fällen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bis 5⁴ Kennzeichen von Kraftfahrzeugen sowie Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung erfassen.“

⁴ Art. 13 (Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen) Abs. 1 Nr. 1 bis 5 lauten:

(1) Die Polizei kann die Identität einer Person feststellen

1. zur Abwehr

a) einer Gefahr oder

b) einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut,

Nach Art. 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a ist „der Abgleich der Kennzeichen mit polizeilichen Fahndungsbeständen“ zulässig, „die erstellt wurden [...] über Personen, die ausgeschrieben sind [...] zur polizeilichen Beobachtung, gezielter Kontrolle oder verdeckten Registrierung“.

Die Kennzeichenerfassung darf nach Art. 39 Abs. 1 „nicht flächendeckend eingesetzt werden“.

Art. 39 Abs. 3 Satz 3 BayPAG bestimmt:

„Außer in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a dürfen Einzelerfassungen nicht zu einem Bewegungsbild verbunden werden.“

Die Regelung schließt also die Verbindung von Einzelerfassungen zu einem Bewegungsbild in den Fällen des Art. 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a BayPAG gerade nicht aus.

Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BayPAG (Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung) bestimmen, soweit hier angegriffen:

„(1) Die Polizei kann personenbezogene Daten, insbesondere die Personalien einer Person sowie Kennzeichen eines von ihr benutzten Fahrzeugs, zur polizeilichen Beobachtung oder gezielten Kontrolle ausschreiben, wenn

2. sie für eine drohende Gefahr für bedeutende Rechtsgüter verantwortlich ist oder

2. wenn die Person sich an einem Ort aufhält,

a)

von dem auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, daß dort

aa) Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben,

bb) sich Personen ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis treffen, oder

cc) sich Straftäter verbergen, oder

b) an dem Personen der Prostitution nachgehen, oder

c) der als Unterkunft oder dem sonstigen, auch vorübergehenden Aufenthalt von Asylbewerbern und unerlaubt Aufhältigen dient,

3. wenn sie sich in einer Verkehrs- oder Versorgungsanlage oder -einrichtung, einem öffentlichen Verkehrsmittel, Amtsgebäude oder einem anderen besonders gefährdeten Objekt oder in unmittelbarer Nähe hiervon aufhält und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß in oder an Objekten dieser Art Straftaten begangen werden sollen, durch die in oder an diesen Objekten befindliche Personen oder diese Objekte selbst unmittelbar gefährdet sind,

4. an einer Kontrollstelle, die von der Polizei eingerichtet worden ist, um Straftaten im Sinn von § 100a der Strafprozeßordnung (StPO) oder Art. 20 Abs. 1 Nrn. 1 und 3, Abs. 2 Nrn. 5 bis 7 des Bayerischen Versammlungsgesetzes (BayVersG) zu verhindern,

5. im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km sowie auf Durchgangsstraßen (Bundesautobahnen, Europastraßen und andere Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr) und in öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze oder des unerlaubten Aufenthalts und zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität [...].

3. tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass es sich um eine mutmaßlich mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehende Kontaktperson einer Person nach [...] Nr. 2 handelt.“

Es ist bereits fraglich, ob in dem beschriebenen Regelungskomplex überhaupt eine hinreichend bestimmte Ermächtigung zur Erstellung eines Bewegungsbildes durch Kombination der verschiedenen Maßnahmen (Ausschreibung, Kennzeichenerfassung, Abgleich, Verbindung der Einzelerfassungen) gesehen werden kann.

Jedenfalls kann aber eine solche Erstellung von Bewegungsbildern oder Bewegungsprofilen nach den Maßstäben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung begründen, so dass es an der Verhältnismäßigkeit der entsprechenden Ermächtigung mangelt.

In dem insoweit maßgeblichen Beschluss zur automatischen Kennzeichenerfassung hat das Gericht dazu ausgeführt, dass die Ermächtigung zur Kennzeichenerfassung, wenn diese danach als Observationsmittel, insbesondere auch zur Erstellung von Bewegungsprofilen, eingesetzt werden kann, „potentiell hohe Persönlichkeitsrelevanz“ haben kann:

„Ermöglicht es die Ermächtigung, persönlichkeitsrelevante Informationen über einzelne Fahrten zu gewinnen, oder sollen Informationen über mehrere Einzelfahrten zu einem Bewegungsprofil zusammengestellt werden, so kann die Kennzeichenerfassung als ein Mittel der technischen Observation eingesetzt werden. Sie bietet dann nicht mehr lediglich einen Schlüssel zu Folgemaßnahmen, indem sie den Adressaten für diese weiteren Maßnahmen greifbar macht. Vielmehr liefert sie selbst dann schon diejenigen Informationen, auf deren Sammlung es der Polizei ankommt. Die Maßnahme effektiviert in diesem Fall nicht lediglich das bisherige Eingriffsinstrumentarium der Polizei, sondern stellt sich selbst als eine neuartige Eingriffsmöglichkeit mit potentiell hoher Persönlichkeitsrelevanz dar.“,

BVerfGE 120, 378 (406) (Hervorh. hinzugef.).

Das Gericht hat in dieser Entscheidung insbesondere die Kombination der Kennzeichenerfassung mit einer Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung in den Blick genommen,

vgl. BVerfGE 120, 378 (416-419),

und betont, dass der Eingriff dadurch seine Qualität wandelt und eine gesteigerte Intensität gewinnt:

„Die gesetzlichen Ermächtigungen sind so unbestimmt gefasst, dass sie es nicht ausschließen, auch Ausschreibungen zur polizeilichen Beobachtung als Bestandteil des Fahndungsbestands anzusehen mit der Folge, dass mit Hilfe der automatisierten Kennzeichenerfassung auch die polizeiliche Beobachtung durchgeführt werden kann. Damit ändert sich die Qualität der Kennzeichenerfassung, die nunmehr über die Erlangung von Informationen über die Person des Halters oder Fahrers hinausgeht. Der Eingriff erhält dadurch eine veränderte Qualität mit gesteigerter Intensität und bedarf einer darauf abgestimmten Eingriffsermächtigung.“,

BVerfGE 120, 378 (416) (Hervorh. hinzugef.).

Nach diesen Maßstäben kann der Eingriff insbesondere bei längerfristigen oder weiträumig vorgenommenen Kennzeichenerfassungen, aus denen ein Bewegungsprofil zusammengestellt werden soll, eine „besondere Schlagkraft und Eingriffsintensität“ erlangen:

„Die besondere Schlagkraft und Eingriffsintensität eines derartigen Observationsmittels entsteht sowohl aus der Vervielfachung der Zahl der möglichen Erfassungsvorgänge [...] gegenüber den bisherigen technischen und personellen Möglichkeiten der Polizei als auch aus den durch die Automatisierung und Vernetzung ermöglichten verbesserten Bedingungen für eine effektive und zudem heimliche Datenerfassung und -verarbeitung.

Insbesondere durch längerfristige oder weiträumig vorgenommene Kennzeichenerfassungen, die nicht notwendig im Sinne von § 184 Abs. 5 LVwG ‚flächendeckend‘ sein müssen, sind Eingriffe von erheblichem Gewicht möglich, wenn etwa gezielt aus dem Aufenthaltsort auf das weitere Verhalten des Betroffenen geschlossen werden soll oder wenn mehrere Treffermeldungen heimlich gesammelt und zu einem Bewegungsprofil zusammengestellt werden. Werden detaillierte Informationen über das Bewegungsverhalten einer Person gewonnen und mit weiteren Informationen verknüpft, aus denen sich etwa erschließen lässt, zu welchem Zweck eine Person sich über einen längeren Zeitraum zu den jeweiligen Orten begibt, mit wem sie sich getroffen und was sie dort unternommen hat, so kann sich die Intensität des Eingriffs sogar derjenigen der

Erstellung eines Persönlichkeitsbilds annähern (dazu vgl. BVerfGE 65, 1 [42]).“,

BVerfGE 120, 378 (407) (Hervorh. hinzugef.).

Auch wenn die Eingriffe im Einzelfall auch ein weniger hohes Gewicht aufweisen können, etwa bei einem lediglich kurzfristigen Einsatz, bei dem das gewonnene Bewegungsprofil nur aus wenigen Verbindungspunkten besteht, ist insoweit, wie im Falle der besonderen Mittel der Datenerhebung, entscheidend, dass die Ermächtigung jedenfalls auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe umfassen soll,

vgl. (zu den besonderen Mitteln der Datenerhebung nach § 20g BKAG a.F.) BVerfGE 141, 220 (286), sowie näher oben unter C.I.2.a).

Jedenfalls eine Ermächtigung zur Kennzeichenerfassung und zum Datenabgleich auch zur Erstellung von Bewegungsbildern bei einer polizeilichen Ausschreibung, wie sie Art. 39 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 i.V. mit Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BayPAG vorsieht, kann daher, weil sie auch zu schwerwiegenden Eingriffen in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ermächtigt, nach den Maßstäben des Urteils zum BKA-Gesetz allenfalls bei einer konkretisierten Gefahr im Sinne dieses Urteils, nicht aber schon bei einer dahinter zurückbleibenden drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG zulässig sein. Art. 39 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 i.V. mit Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BayPAG genügt den Anforderungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung daher deshalb ersichtlich nicht.

d) Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (Art. 42 Abs. 1 und 2 BayPAG): Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses

Art. 42 Abs. 1 und 2 BayPAG ermächtigt zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation und begründet damit Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG.

Das soll nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch für die sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung gelten, wie sie Art. 42 Abs. 2 BayPAG zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation ermöglichen soll, sofern durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation erfasst wird,

vgl. BVerfGE 141, 220 (309 f.).

Die grundrechtliche Eingriffsschwelle der konkretisierten Gefahr greift aber (erst Recht) auch dann, wenn in der Quellen-Telekommunikationsüberwachung sogar ein Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zu sehen ist, wofür der stets erforderliche Eingriff in die Integrität eines solchen Systems ebenso spricht wie (noch wichtiger) die Tatsache, dass sich die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Bedingung praktisch nicht erfüllen lässt, weil sich die eingesetzten Mittel technisch nicht so gestalten lassen (oder dies verfahrenstechnisch nicht gewährleistet ist), dass sie tatsächlich nur laufende Kommunikation erfassen.

Unabhängig davon begründet eine Überwachung der Telekommunikation jedenfalls Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG, „die schwer wiegen“ und „eine besondere Kernbereichsnähe“ aufweisen,

vgl. BVerfGE 141, 220 (310, 312) (zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nach § 20I Abs. 1 BKAG a.F.; zu dessen Wortlaut vgl. näher BVerfGE 141, 220 [234]).

Im Urteil zum BKA-Gesetz hat das Bundesverfassungsgericht dementsprechend eine Regelung als verfassungsgemäß beurteilt, die für solche Eingriffe die Eingriffsschwelle einer dringenden Gefahr vorsah, nämlich „die auf den Schutz qualifizierter Rechtsgüter gerichtete und allein auf die Abwehr dringender Gefahren beschränkte Befugnis zur Überwachung gegenüber den polizeirechtlich Verantwortlichen“ nach § 20I Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BKAG a.F.,

vgl. BVerfGE 141, 220 (310).

„Mit der Verfassung nicht zu vereinbaren“ war danach „demgegenüber die nicht näher eingeschränkte Erstreckung der Telekommunikationsüberwachung nach § 20I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG“ a.F.

„auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten“,

BVerfGE 141, 220 (310).

Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit, wie bereits beschrieben (s. oben C.I.2.a)), ausgeführt, dass die Vorschrift „in ihrer konturenarmen offenen Fassung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz“ verstieß und „unverhältnismäßig weit“ war,

BVerfGE 141, 220 (310).

Daraus ergibt sich deutlich, dass nach den „übergreifende[n] Anforderungen“, die nach dem Urteil für alle schwerwiegenden Überwachungseingriffe gelten, die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation als schwerwiegender Grundrechtseingriff erst bei einer konkretisierten Gefahr im Sinne des Urteils verhältnismäßig sein kann,

vgl. BVerfGE 141, 220 (268, 272 f.).

Soweit Art. 42 Abs. 1 und 2 BayPAG die Telekommunikationsüberwachung auch schon bei drohenden Gefahren nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG zulassen soll, verletzt die Vorschrift deshalb das Telekommunikationsgeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG.

e) Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme (Art. 45 Abs. 1 und 2 BayPAG): Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

Der verdeckte Zugriff auf informationstechnische Systeme, einschließlich der sog. Online-Durchsuchung, soll nach Art. 45 Abs. 1 und 2 BayPAG schon bei einer drohenden Gefahr ermöglicht werden.

Der Zugriff auf informationstechnische Systeme dringt jedoch „besonders tief“ in die Privatsphäre ein,

vgl. BVerfGE 141, 220 (269).

Gerade um der besonderen Intensität dieses Eingriffs Rechnung zu tragen, hat das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als eine eigenständige Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet,

vgl. BVerfGE 120, 274 (303 ff.).

„Wegen der oft höchstpersönlichen Natur“ der von einem Eingriff in dieses Grundrecht betroffenen Daten, „die sich insbesondere auch aus deren Verknüpfung ergibt, ist ein Eingriff in dieses Grundrecht von besonderer Intensität“ und „seinem Gewicht nach mit dem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung vergleichbar“

BVerfGE 141, 220 (304).

Er kann unter heutigen Bedingungen sogar einen noch deutlich tiefergehenden Eingriff in die Privatheit bedeuten als die Wohnraumüberwachung.

Der Eingriff in dieses Grundrecht durch den verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme unterliegt deshalb den beschriebenen Erfordernissen der Eingriffsschwelle einer konkretisierten Gefahr (s. oben C.I.1.), die sich aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ergibt,

vgl. BVerfGE 141, 220 (305) (zum verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme nach § 20k Abs. 1 und 2 BKAG a.F.; zu deren Wortlaut s. BVerfGE 141, 220 [232]).

Weil das Erfordernis einer drohenden Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG wie gezeigt (s. oben C.I.1 und 2) hinter den Anforderungen an eine konkretisierte Gefahr zurückbleibt, verletzt die Ermächtigung des Art. 45 Abs. 1 und 2 BayPAG, soweit sie schon eine drohende Gefahr genügen lässt, das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

f) Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme (sog. Drohnen) (Art. 47 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5): Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (in seinen betroffenen Ausprägungen) und des Telekommunikationsgeheimnisses

Die Ermächtigung zum Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme (sog. Drohnen) wird angegriffen, soweit sie die ebenfalls angegriffenen Ermächtigungen zum Einsatz der besonderen Mittel der Datenerhebung, der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation und des verdeckten Zugriffs auf informationstechnische Systeme ergänzen soll.

Art. 47 Abs. 1 Nr. 2, 4 (i.V. mit Art. 42 Abs. 1 und 2) und 5 BayPAG soll es ermöglichen, bei den nachfolgenden Maßnahmen Daten „unter den dort genannten Voraussetzungen auch durch den Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme“ zu erheben: dem Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach Art. 36 Abs. 1 BayPAG (Art. 47 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG), der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (Art. 47 Abs. 1 Nr. 4 i.V. mit Art. 42 Abs. 1 und 2 BayPAG) und dem verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme nach Art. 45 Abs. 1 und 2 BayPAG (Art. 47 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG).

Die Grundrechtswidrigkeit der entsprechenden Eingriffsermächtigungen erstreckt sich auch auf den Drohneneinsatz als Überwachungsmittel. Das ergibt sich, insofern der Drohneneinsatz einen Unterfall dieser Eingriffe bildet, schon aus den zu diesen Eingriffen dargelegten Gründen (s. oben C.I.3 a), d) und e)).

Es folgt aber zusätzlich auch aus dem neuartigen Gefährdungspotential für die Privatheit, das sich aus dem hoheitlichen Einsatz solcher unbemannten Luftfahrtsysteme ergibt und das zur Folge hat, dass der grundrechtliche Parlamentsvorbehalt für sie eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage verlangt. Die durch solche Flugdrohnen ermöglichte Überwachung weist auch deshalb neuartige Dimensionen auf, weil etwa eine Videoüberwachung durch ein solches Flugsystem heute aus einer Flughöhe möglich ist, in der die jeweilige Drohne vom Boden aus mit dem bloßen Auge nicht mehr sichtbar ist.

Weil die Grenzen zwischen offener und verdeckter Überwachung dadurch weitgehend verschwimmen können, entsteht die Gefahr einer zunehmenden Umgehung und Aushebelung der grundrechtlichen Anforderungen.

Das Bundesverfassungsgericht sollte insoweit insbesondere klarstellen, dass die Grundrechtswidrigkeit der angegriffenen Ermächtigungen zum verdeckten Einsatz der Drohnenüberwachung nicht etwa dadurch umgangen werden kann, dass ein solcher Einsatz aufgrund einer pauschalen Offenlegung, etwa im Rahmen einer Großveranstaltung, als ein nicht verdeckter Einsatz eingestuft würde. Denn auch dann würde weiterhin die Eingriffsschwelle der konkretisierten Gefahr greifen.

Das gilt etwa für einen Einsatz nach dem (hier als solches nicht angegriffenen) Art. 47 Abs. 1 Nr. 1 BayPAG, der die Datenerhebung durch Luftfahrtsysteme bei „offene[n] Bild- und Tonaufnahmen oder -aufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 1 bis 3“ BayPAG ermöglichen soll. Bei einem solchen Einsatz muss die Polizei, wie es Art. 47 Abs. 2 Satz 2 BayPAG ausdrücklich verlangt, „gesondert“ auf die Verwendung unbemannter Luftfahrtsysteme hinweisen. Gleichwohl wäre eine Nutzung der dadurch gewonnenen Bild- und Tonaufnahmen zu solchen Maßnahmen der Individualüberwachung wie sie hier die angegriffenen Überwachungsvorschriften (als verdeckte Maßnahmen) ermöglichen sollen, bei einer lediglich drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 BayPAG in jedem Falle grundrechtswidrig.

Das gilt ganz unabhängig davon, wie der polizeiliche Hinweis im Einzelnen gefasst wird (ob er etwa eingrenzende Hinweise auf die Voraussetzungen des Art. 47 Abs. 1 Nr. 1 BayPAG enthält oder nicht) und ob man diese Maßnahmen wegen des Hinweises (einfachgesetzlich) als „offene“ oder „verdeckte“ Maßnahmen einstufen wollte.

Als verdeckte Maßnahmen verstanden unterfielen sie ohnehin den angegriffenen Vorschriften und damit der Grundrechtswidrigkeit. Aber auch wenn man

sie im Sinne des Gesetzes als offene Maßnahmen deuten wollte, würde das nichts an ihrer Grundrechtswidrigkeit in Fällen einer lediglich drohenden Gefahr ändern.

Denn auch eine solche pauschale Offenlegung würde jedenfalls nichts daran ändern, dass es sich um so schwerwiegende Eingriffe handelt, dass sie allenfalls bei einer konkretisierten Gefahr im Sinne des Urteils zum BKA-Gesetz verhältnismäßig sein können.

Wenn die Polizei etwa bei einer öffentlichen Massenveranstaltung (z.B. in einem Fußballstadion oder auf einem Konzertfestival) nach Art. 47 Abs. 1 Nr. 1 BayPAG „offen“ Drohnen über einem Fußballstadion einsetzt, und darauf nach Art. 47 Abs. 2 Satz 2 BayPAG gesondert hinweist, dann darf sie nicht im Schatten dieses Einsatzes eine individuelle Dauerobservation wegen drohender Gefahr vornehmen, wie sie Art. 47 Abs. 2 Nr. 1 i.V. mit Art. 36 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BayPAG (als verdeckte Maßnahme) gegenüber dem für eine drohende Gefahr Verantwortlichen (Art. 36 Abs. 2 Nr. 1 BayPAG) sowie gegenüber Kontakt- und Begleitpersonen (Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 BayPAG) vorsieht.

Zum einen relativiert die potentiell fehlende Ortbarkeit der Drohnen das Ausmaß der „Offenheit“ der Überwachung selbst dann, wenn die Polizei darauf (abstrakt) ausdrücklich hinweist. Wenn bei einer solchen Massenveranstaltung eine solche „offene“ Bild- und Tonaufzeichnung stattfindet, entsteht mangels konkreter Erkennbarkeit der Kameras eine der verdeckten Überwachung im Ergebnis gleichkommende Situation. Die Teilnehmer werden sich trotz eines solchen Hinweises im Laufe der Veranstaltung häufig der Tatsache der Beobachtung alsbald nicht mehr bewusst sein.

Zum anderen kann sich durch solche Drohnen angesichts der Zahl der potentiell von der Überwachung betroffenen Personen die Streubreite der Überwachungsmaßnahme derart steigern, dass trotz (abstrakter) Offenlegung die Eingriffsintensität derjenigen eines verdeckten Eingriffs gleichkommt. So könnte die Polizei, wenn sie etwa in einem Fußballstadion zehntausende Fans per unsichtbarer Drohne überwacht, in diesem Zuge ‚auf einen Streich‘ auch etliche Individualüberwachungen (etwa Dauerobservationen oder Telefonüberwachungen) aufgrund einer drohenden Gefahr durchführen wollen.

Diese Individualüberwachungen bleiben jedoch auch dann grundrechtswidrig, wenn man sie als ‚offen‘ deklarieren wollte. Das Bundesverfassungsgericht sollte ausdrücklich feststellen, dass eine Einstufung als ‚offen‘ an der Grundrechtswidrigkeit dieser Eingriffe nichts ändern würde, weil die

Grundrechtswidrigkeit der angegriffenen Vorschriften in Fällen lediglich drohender Gefahren in jedem Fall impliziert, dass auch eine solche Umgehung der grundrechtlichen Anforderungen durch eine pauschale Offenlegung von Überwachungen, die eine große Zahl von Menschen betreffen, ausscheidet.

Die Offenlegung staatlicher Überwachung senkt für sich genommen zwar deren Eingriffsintensität. Diese Minderung kann jedoch durch eine Erhöhung der Streubreite der offengelegten Eingriffe aufgewogen werden,

vgl. zu Heimlichkeit und Streubreite als jeweils intensitätssteigernden Merkmalen von Überwachungsmaßnahmen nur BVerfGE 115, 320 (353-355).

Der grundrechtliche Privatheitsschutz sichert die Schutzwürdigkeit unseres Vertrauens darauf, nicht jederzeit und überall hoheitlich überwacht zu werden. Ein unaufhebbares Mindestmaß dieses Vertrauens gewährleistet Art. 1 Abs. 1 GG:

„Mit der Menschenwürde unvereinbar ist es, wenn eine hoheitliche Überwachung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil werden können [...]“,

vgl. BVerfGE 141, 220 (280); s. auch bereits BVerfGE 65, 1 (53) (wonach nicht nur „eine umfassende Registrierung und Katalogisierung der Persönlichkeit durch die Zusammenführung einzelner Lebensdaten und Personaldaten zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen“ (Totalabbilder) unzulässig ist, sondern schon hoheitliche „Teilabbilder der Persönlichkeit [...] mit der Würde des Menschen nicht vereinbar“ sind).

Aber auch weniger intensive Überwachungen müssen sich stets im Rahmen der grundrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeit halten.

Nur weil die Polizei etwa auf einer Großveranstaltung offenlegt, dass jederzeit jeder von staatlichen Drohnen mit Bild- und Tonaufzeichnungen überwacht werden könne, die für das bloße Auge unsichtbar sind, kann deshalb die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die grundrechtlichen Grenzen derartiger Überwachungen nicht entfallen.

Der Staat darf das verfassungsrechtlich gesicherte Vertrauen in die Privatheit genauso wenig dadurch untergraben, dass er bei scheinbarer Überwachungsfreiheit zu schrankenlosen heimlichen Überwachungsmaßnahmen ermächtigt,

wie dadurch, dass er den Anschein beseitigt und eine ebenso schrankenlose Überwachung nunmehr offen vornimmt.

II. Einsatz von Explosivmitteln (Art. 86 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4 BayPAG)

Die Verfassungsbeschwerde ist ferner auch begründet, soweit sie sich gegen die Ermächtigung zum Einsatz von Explosivmitteln nach Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG richtet.

1. Ermächtigung zum Einsatz auch unter hochwahrscheinlicher Gefährdung Unbeteiligter

a) Wortlaut und systematische Auslegung des Art. 83 Abs. 4 BayPAG

Wie bereits dargelegt spricht die Auslegung der angegriffenen Ermächtigung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG deutlich dafür, dass sie auch zur hochwahrscheinlichen Gefährdung Unbeteiligter ermächtigen soll,

s. oben A.I.2.b).

Die Ermächtigung in Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG sieht selbst keine Begrenzung der möglichen Gefährdung Unbeteiligter vor. Art. 86 Abs. 4 BayPAG verweist auf die entsprechende Anwendung der Schusswaffenvorschriften. Für den Schusswaffengebrauch ergibt sich jedoch aus dem Wortlaut des Art. 83 Abs. 4 BayPAG selbst, aber auch aus seinem systematischen Verhältnis zu Art. 83 Abs. 2 BayPAG deutlich, dass der Gesetzgeber insoweit eine Gefährdung Unbeteiligter unter den Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 4 BayPAG zulassen wollte, also auch dann, wenn für den Polizeibeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden, sofern dies das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben einer Person ist.

Soweit der Schusswaffengebrauch eine solche hochwahrscheinliche Gefährdung Unbeteiligter herbeiführt, soll darin also entweder schon kein Gebrauch von Schusswaffen „gegen“ eine Person liegen – oder aber der Gebrauch soll insoweit durch die Spezialregelung des Art. 83 Abs. 4 Satz 2 BayPAG gleichwohl unter der Voraussetzung zugelassen sein, dass er sich im Sinne des Art. 83 Abs. 2 BayPAG zugleich „gegen“ den Hauptadressaten richtet und (mit Blick auf diesen) die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 2 BayPAG erfüllt sind.

Indem Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG in vergleichbarer Weise zwar den Einsatz von Explosivmitteln „gegen Personen“ an die Voraussetzung bindet, dass „diese selbst“ erkennbar den unmittelbaren Gebrauch im Einzelfall

vergleichbar gefährlicher Mittel beabsichtigen (und der vorherige Gebrauch anderer Waffen durch die Polizei ersichtlich aussichtslos oder unzureichend ist), jedoch „im übrigen“ die Vorschriften für den Schusswaffengebrauch für entsprechend anwendbar erklärt, erklärt er – nach dem Sinnzusammenhang mit Art. 83 BayPAG ausgelegt – auch die Ermächtigung zur Gefährdung Unbeteiligter in Art. 83 Abs. 4 Satz 2 BayPAG für entsprechend anwendbar.

b) Entstehungsgeschichte

Für dieses schon vom Gesetzeszusammenhang nahegelegte Verständnis des im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck gekommenen Gesetzgeberwillens spricht zudem auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

Die Begründung des Gesetzentwurfs geht auf die Gefährdung Unbeteiligter (soweit ersichtlich) nur mit Blick darauf ein, dass sie eine solche Gefährdung bei Explosivmitteln für unwahrscheinlicher erklärt als bei Maschinengewehren, um damit zu rechtfertigen, dass die Voraussetzungen für einen Explosivmitteleinsatz im Vergleich zu Maschinengewehren abgesenkt wurden:

„Diese moderate Absenkung der Einschreitschwelle erfolgt, um einer polizeipraktischen Forderung der polizeilichen Spezialeinheiten Rechnung zu tragen. Die an dieser Stelle vorgenommene Unterscheidung zwischen Maschinengewehren einerseits und Explosivmitteln andererseits ist in Anbetracht der mit dem Einsatz verbundenen Auswirkungen gerechtfertigt: Während beim Einsatz eines Maschinengewehrs eine hohe Streubreite zu erwarten steht, ermöglicht der Einsatz von Explosivmitteln, insbesondere wenn diese gezielt aus Schusswaffen oder besonderen Abschussvorrichtungen verschossen werden, ein eher punktuelles Tätigwerden, bei dem die Gefährdung oder gar Schädigung Unbeteiligter eher ausgeschlossen oder vermieden werden kann.“,

Gesetzentwurf der Staatsregierung, LT-Drs. 20425 v. 30.1.2018, S. 90 (Hervorh. hinzugef.).

Indem die Begründung der Staatsregierung demnach – zu Unrecht – annimmt, dass „die Gefährdung oder gar Schädigung Unbeteiligter“ bei Explosivmitteln im Vergleich zu Maschinengewehren „eher ausgeschlossen oder vermieden werden“ könne, geht sie davon aus, dass es zu einer solchen Gefährdung gleichwohl durchaus kommen kann.

Noch deutlichere Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber auch zur hochwahrscheinlichen Gefährdung Unbeteiligter ermächtigen wollte, ergeben sich

aus der Sachverständigenanhörung, in der auf den möglichen Konflikt mit den Maßstäben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz ausdrücklich hingewiesen wurde.

Der Sachverständige Kurt Graulich führte dort zunächst aus, dass ihn die Regelung zu den Sprengmitteln „entsetzt“ habe, die als „Kriegswaffen“ mit Polizeieinsätzen „überhaupt nichts zu tun“ hätten:

„Am meisten entsetzt hat mich zugegebenermaßen die Regelung zu den Sprengmitteln. Das hat mein Kollege Ruthig schon in der Kommentierung zum Bundesgesetz zum unmittelbaren Zwang kritisiert. Sprengmittel haben mit gefahrenabwehrenden Polizeieinsätzen überhaupt nichts zu tun. Sie sind Kriegswaffen; da mögen sie ihren Platz haben. Aber in zivilen Polizeieinsätzen haben sie überhaupt keinen Platz. Den Breitscheidplatz als Referenz für einen terroristischen Angriff zu nehmen, geht völlig daneben. Also, wenn man tatsächlich eine Ahnung gehabt hätte, dass so ein Anschlag ansteht, hätte man den bestimmt nicht mithilfe eines Maschinengewehrs oder einer Handgranate abgewehrt. Da hätte es viel effizientere Mittel gegeben ohne Sprengmittel. Ich würde Ihnen empfehlen, darauf zu verzichten. Bayern wird sich anders seiner Haut erwehren können als mithilfe von Handgranaten und Maschinengewehren.“,

vgl. Bayerischer Landtag, Gemeinschaftliche informatorische Sitzung gem. § 137 der Geschäftsordnung für den Bayerischen Landtag, Ausschuss für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport, 90. Sitzung, Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen, 86. Sitzung, 21. März 2018, Anhörung, zum Thema: „Gesetzentwürfe der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763)“, Wortprotokoll, S. 15 (Hervorh. hinzugef.).

Der Sachverständige Markus Löffelmann knüpfte in seinen mündlichen Ausführungen an diese Kritik an und pflichtete ihr bei. Dabei wies er ausdrücklich auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz hin, wonach „ein Treffen unverantwortlicher, unbeteiligter Personen“ nicht hinnehmbar sei und – bezogen auf die beabsichtigte Regelung – „natürlich eine hohe Gefahr gegeben“ sei, „dass Unbeteiligte getroffen werden“.

„Dass der Einsatz von Sprengmitteln hoch problematisch ist, zeigt sich schon daran, dass dieser Einsatz im Strafgesetzbuch mit sehr hohen Strafandrohungen versehen ist. Meines Wissens gibt es hierzu noch

keine verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, was den Einsatz durch Gefahrenabwehrbehörden anbelangt, aber ich möchte an die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz erinnern: Hier hat sich das Bundesverfassungsgericht ganz klar dahingehend positioniert, dass ein Treffen unverantwortlicher, unbeteiligter Personen verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar ist. Da ist natürlich eine hohe Gefahr gegeben, dass Unbeteiligte getroffen werden.“,

vgl. Bayerischer Landtag, a.a.O., Wortprotokoll, S. 28.

c) Keine „Heilung“ der Ermächtigung durch verfassungskonforme Auslegung

Eine verfassungskonforme Auslegung der Regelung, etwa durch eine Auslegung, nach der Art. 86 Abs. 4 BayPAG entgegen Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte keine entsprechende Anwendung des Art. 83 Abs. 4 BayPAG eröffne, kann bei einer Ermächtigung zu Eingriffen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit für Leib und Leben gefährlich sind, nicht in Betracht kommen.

Die verfassungskonforme Auslegung mag zwar grundsätzlich solange geboten sein, wie der Wille des Gesetzgebers dadurch nicht geradezu in sein Gegenteil verkehrt wird. Das kann jedoch bei derart intensiven Grundrechtseingriffen wie dem Explosivmitteleinsatz nicht gelten, weil dem die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts an eine hinreichend klare gesetzgeberische Entscheidung über die Zulässigkeit solcher Eingriffe entgegenstehen.

Der grundrechtliche Parlamentsvorbehalt soll sicherstellen, dass Entscheidungen über für die Verwirklichung der Grundrechte wesentliche Fragen „aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären“,

vgl. BVerfGE 120, 378 (408).

Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber soll nach vorheriger öffentlicher Befassung entschieden haben, ob ein Grundrechtseingriff geboten ist oder nicht. Die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit dieser Entscheidung wachsen mit der Intensität des Grundrechtseingriffs: Sie sind umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist,

stRspr; vgl. nur BVerfGE 86, 288 (311); 93, 213 (238); 109, 133 (188); 128, 282 (318); 131, 268 (306). Vgl. auch BVerfGE 110, 33 (55); 120, 378 (408).

Ebenso wie eine gezielte hoheitliche Tötung ist auch eine hoch wahrscheinliche Gefährdung für Leib und Leben einer Person durch den hoheitlichen Einsatz von Explosivmitteln zu den schwersten überhaupt denkbaren Grundrechtseingriffen zu zählen, so dass die Anforderungen an die Klarheit der gesetzgeberischen Entscheidung insofern besonders hoch sein müssen,

vgl. auch im Hinblick auf den Lebensschutz die Aussage in: BVerfGE 88, 203 (301 f.): „Bei dem Rang des hier zu schützenden Rechtsguts und dem hohen Grad seiner Gefährdung [...] muß der Gesetzgeber Aufgabe und Durchführung der Beratung so eindeutig und allgemein verständlich regeln, daß das Gesetz auch ohne Zuhilfenahme von Erläuterungen angewandt werden kann.“

Unabhängig von der Frage, ob die Ermächtigung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 GG nicht insofern auch deshalb gegen den Menschenwürdekern des Lebensgrundrechts verstößt, weil sie zwar eine deutlich ermittelbare, aber gleichwohl auslegungsbedürftige Entscheidung trifft, auch die Gefährdung Unbeteiligter zuzulassen, wäre es mit diesen Anforderungen jedenfalls unvereinbar, eine gegenläufige, die hochwahrscheinliche Gefährdung Unbeteiligter *ausschließende* Auslegung erst aus einer verfassungskonformen Korrektur der deutlich in die Gegenrichtung weisenden Ergebnisse der Anwendung der üblichen Auslegungsmethoden herzuleiten.

Es kann insoweit nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, eine Vorschrift, der nach herkömmlichen Auslegungsmethoden eine Entscheidung des Gesetzgebers für eine Ermächtigung zu lebensgefährdenden Eingriffen zu entnehmen ist, erst aufgrund einer einengenden verfassungskonformen Auslegung eine gegenläufige Bedeutung zu verleihen,

vgl. dazu mit Blick auf das Luftsicherheitsgesetz (im Kontext der hinreichend wahrscheinlichen Betroffenheit der Beschwerdeführer) die Ausführungen in BVerfGE 115, 118 (138), zur Anwendbarkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG auch auf die Tötung Unschuldiger, die unter Verweis unter anderem auf den Wortlaut und die Gesetzesbegründung von der entsprechenden Auslegung der Vorschrift ausgehen, ohne eine verfassungskonforme Auslegung in Betracht zu ziehen (obwohl im

Verfassungsbeschwerdeverfahren und im Gesetzgebungsverfahren teils die gegenläufige Auffassung vertreten worden war).

S. ferner auch dazu, dass es auch mit Blick auf das grundrechtliche Gebot einer hinreichenden Bestimmung des Verwendungszwecks einer Datenerhebung „nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein“ kann, „die vom Gesetzgeber weit gefasste Eingriffsnorm auf das verfassungsgemäße Maß zurückzuschneiden“, sofern „eine methodengerechte Auslegung“ nicht „zumindest Anhaltspunkte dafür“ ergibt, „dass der enger gefasste Zweck der maßgebliche sein sollte“, BVerfGE 120, 274 (423 f.).

Der Gesetzgeber hat bei Grundrechtseingriffen von derart herausragendem Gewicht die Entscheidung für die grundrechtskonforme Unterlassung des Eingriffs vielmehr mit hinreichender Deutlichkeit selbst zu treffen. Eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 (i.V. mit Art. 83 Abs. 4) BayPAG muss deshalb von vornherein ausscheiden.

d) Gezielte Tötung Unbeteiligter als Unterfall der hochwahrscheinlichen Gefährdung

Die Ermächtigung zur hochwahrscheinlichen Gefährdung Unbeteiligter, die Art. 86 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 i.V. mit Art. 83 Abs. 4 BayPAG demnach zu entnehmen ist, erfasst bei weiter Auslegung auch einen Einsatz des Explosivmittels, der Unbeteiligten nicht nur mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährden, sondern sie sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit töten wird.

Anders als Art. 83 Abs. 2 Satz 2 BayPAG erwähnt Art. 83 Abs. 4 Satz 2 BayPAG diesen Unterfall zwar nicht ausdrücklich. Eine mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödliche Wirkung ist jedoch ein Unterfall einer hochwahrscheinlichen Gefährdung, nämlich der Fall einer besonders gewichtigen (nämlich tödlichen) Gefahr, die mit der höchsten denkbaren Wahrscheinlichkeit droht. Die angegriffene Ermächtigung schließt jedenfalls ihrem Wortlaut nach auch diese Möglichkeit ein – ähnlich wie schon die Ermächtigung zur „unmittelbare[n] Einwirkung mit Waffengewalt“ nach § 14 Abs. 3 LuftSiG a.F. auch eine mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödliche ‚Einwirkung‘ einschloss,

vgl. BVerfGE 115, 118 (125, 138 f.).

Eine verfassungskonform einengende Auslegung scheidet auch insoweit angesichts der bereits erörterten besonderen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts an derart intensive Eingriffe aus,

s. dazu bereits oben C.II.1.c).

Hoheitliche Tötungsbefugnisse muss der Gesetzgeber selbst in denkbar eindeutiger Weise regeln und eingrenzen. Die Maßstäbe für Entscheidungen über Leben und Tod, die aufgrund solcher Ermächtigungen zu treffen sind, dürfen nicht erst durch eine verfassungskonforme Auslegung auf ein grundrechtskonformes Maß reduziert werden – zumal diese Maßstäbe nicht am Schreibtisch, sondern unter großem Zeitdruck und, im wahrsten Sinne des Wortes, „im Eifer des Gefechts“ angewendet werden müssen.

e) Ergebnis zur Auslegung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 (i.V. mit Art. 83 Abs. 4) BayPAG – Beispielsfälle

Die angegriffene Ermächtigung zum Einsatz von Explosivmitteln des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG ist demnach so auszulegen, dass sie (i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4 BayPAG) dann, wenn mit Blick auf den Hauptadressaten des Einsatzes die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG gegeben sind, zum Einsatz von Explosivmitteln auch dann ermächtigen soll, wenn dadurch erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden. Aufgrund der weiten Fassung der Ermächtigung schließt dies auch die Ermächtigung zur gezielten Tötung der Unbeteiligten ein, also den Fall, dass der Einsatz sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit töten wird.

Durch die Ermächtigung soll der Einsatz nicht nur von Handgranaten, sondern auch weiterer „Explosivmittel“ zugelassen werden, worunter nach Art. 78 Abs. 5 Satz 1 BayPAG außer Handgranaten auch „Sprenggeschosse, die aus Schusswaffen verschossen werden können“ und „sonstige explosionsfähige Stoffe“ zu verstehen sind, „die vor Umsetzung von einem festen Mantel umgeben sind“. Demnach sind neben dem Handgranatenwurf etwa auch der Einsatz einer Panzerfaust oder einer Bombe von der Ermächtigung erfasst.

Es soll danach also beispielsweise möglich sein, einen Anschlag mit einem Lastwagen zu verhindern, der Kurs auf eine Menschenmenge genommen hat, indem mit einer Panzerfaust darauf gefeuert wird, solange der Wagen sich zwar noch nicht in selbst in der Menschenmenge befindet, aber dadurch beispielsweise drei oder vier umstehende Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet würden.

Weil die Ermächtigung keine Grenze für das Ausmaß der Wahrscheinlichkeit und der Gefährdung setzt, erfasst sie in ihrer Weite außerdem aber auch den

Fall, dass die Unbeteiligten durch einen solchen Schuss mit einer Panzerfaust sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet würden.

Die angegriffene Ermächtigung lässt es deshalb ebenso auch zu, eine Panzerfaust gegen einen entführten Lastwagen einzusetzen, in dem sich auch eine unbeteiligte Person befindet, etwa der bewusstlose Fahrer oder eine mit einer Waffe bedrohte Geisel auf dem Beifahrersitz.

2. Verstoß gegen den Menschenwürdekern des Lebensgrundrechts

Die angegriffene Regelung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 (i.V. mit Art. 83 Abs. 4) BayPAG verstößt gegen den Menschenwürdekern des Lebensgrundrechts (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG).

a) Unvereinbarkeit mit den Maßstäben des Luftsicherheitsgesetz-Urteils

Nach dem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz verstößt der gezielte hoheitliche Abschuss unschuldiger Insassen eines Flugzeugs, das als Tatwaffe für einen nichtkriegerischen Angriff auf das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, gegen das Lebensgrundrecht in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie (Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG),

vgl. BVerfGE 115, 118 (118 [Ls. 3], 119 [Entscheidungsformel, 1.], 153, 157); zur Begrenzung auf nichtkriegerische Angriffe: S. 153, 157 und 159. Näher zum Ganzen auch Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte (im Erscheinen), 3. Kap., V., und 4. Kap., VII. (m.w.Nw.).

Das gezielte hoheitliche Töten unschuldiger Menschen darf jedenfalls unter diesen Bedingungen nicht als ein „Mittel zur Rettung anderer“ eingesetzt werden, weil die Getöteten dadurch „verdinglicht“ würden,

vgl. BVerfGE 115, 118 (154).

Der Staat darf in einem solchen Fall nicht zu dem Zweck töten, dass am Ende mehr Menschen überleben als in dem Fall, dass er untätig bleibt. Eine Abwägung von Leben gegen Leben ist insoweit von Verfassungs wegen ausgeschlossen und lässt sich auch nicht mit Blick auf die höchstwahrscheinlich nur kurze ‚Restlebensdauer‘ der Getöteten rechtfertigen.

Das Urteil betont zu Recht, dass die Maßgaben der Menschenwürde „unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens“ gelten,

vgl. BVerfGE 115, 118 (152),

und hebt hervor, dass menschliches Leben „und menschliche Würde ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz“ genießen,

vgl. BVerfGE 115, 118 (158).

Die Einschätzung, die unschuldigen Flugzeuginsassen „seien ohnehin dem Tode geweiht“, vermag deshalb der „Tötung unschuldiger Menschen in einer für sie ausweglosen Lage“ dem Urteil zufolge „nicht den Charakter eines Verstoßes gegen den Würdeanspruch dieser Menschen zu nehmen“,

vgl. BVerfGE 115, 118 (158).

Mit der gezielten Tötung ist in dem Urteil ersichtlich auch eine Tötung gemeint, die (wie die Tötung der unschuldigen Passagiere bei einem Flugzeugabschuss) zwar nicht als solches gewollt ist, aber als ungewollte Nebenfolge mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten wird,

vgl. dazu insbesondere BVerfGE 115, 118 (154) („gezielt abgeschossen und infolgedessen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet“).

Strafrechtlich gesprochen ist hoheitliches Töten in dieser Situation also nicht nur mit direktem Vorsatz ersten Grades, sondern auch mit direktem Vorsatz zweiten Grades unzulässig.

Die angegriffene Ermächtigung verstößt nach diesen Maßstäben (zum einen) ersichtlich gegen den Menschenwürdekern des Lebensgrundrechts, soweit sie sogar zu einer derartigen gezielten Tötung Unschuldiger ermächtigt. Die Vergleichbarkeit mit der Situation des Flugzeugabschlusses ist schon handgreiflich, soweit die angegriffene Ermächtigung etwa den Schuss mit einer Panzerfaust auf einen Lastwagen auch dann zulässt, wenn erkennbar ist, dass zwei unbeteiligte Passanten sich im Moment des Einschlags unmittelbar bei dem Lastwagen befinden werden und deshalb, wie für den Polizisten erkennbar, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet werden. Der Konstellation des Luftsicherheitsgesetzes sogar noch näher kommt der Fall, dass eine unbeteiligte Person, etwa der Fahrer oder eine Geisel, sich mit in dem Lastwagen befindet, auf den der Schuss mit der Panzerfaust abgegeben oder die Handgranate geworfen wird.

Nach den Maßstäben des Urteils zum Luftsicherheitsgesetz kann aber (zum anderen) auch für eine „nur“ hochwahrscheinliche Gefährdung Unbeteiligter

jedenfalls bei dem Einsatz von Explosivmitteln (etwa einer Panzerfaust oder einer Handgranate) nichts anderes gelten.

Jedenfalls bei Waffen mit einem derart hohen Gefährdungspotenzial kommt auch eine lediglich hochwahrscheinliche Gefährdung einer gezielten Tötung jedenfalls so nahe, dass auch sie nach den Maßstäben des Urteils zum Luftsicherheitsgesetz unzulässig ist.

Der Einsatz von Explosivmitteln unterscheidet sich insoweit maßgeblich zum Beispiel von einem Scharfschützen-Einsatz gegen einen Geiselnnehmer, wie er mit der Schusswaffenregelung des Art. 83 Abs. 4 BayPAG erfasst werden soll. Der Schuss eines Scharfschützen etwa auf einen Geiselnnehmer, der seiner Geisel die Pistole an die Schläfe hält, setzt die Geisel zwar ebenfalls einer hochwahrscheinlichen Gefährdung aus. Diese Gefährdung ist aber zum einen bei einem Präzisionsgewehr, wegen der ungleich größeren Zielgenauigkeit, wesentlich beherrschbarer als etwa bei einem Handgranaten-Wurf, dem Schuss mit einer Panzerfaust oder gar dem Einsatz einer Bombe.

Zum anderen dient der Schuss auf den Geiselnnehmer gerade dazu, die Geisel zu retten, während durch den Einsatz der Explosivmittel in den fraglichen Fällen *andere* Menschen als diejenigen Unbeteiligten gerettet werden sollen, die dadurch gefährdet werden. Es geht also, anders als beim Scharfschützen-Einsatz nicht darum, eine Gefährdung der betroffenen Personen selbst in Kauf zu nehmen, um ihr Leben zu retten, sondern darum, sie nötigenfalls aufzuopfern, um das Leben anderer Menschen zu retten.

Auch soweit die hochwahrscheinliche Gefährdung durch einen Explosivmitteleinsatz sich noch unterhalb der Schwelle einer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlichen Wirkung bewegt, bedeutet sie angesichts der Durchschlagskraft derartiger Waffen zugleich eine so hohe und so unkontrollierbare Tötungswahrscheinlichkeit, dass der Menschenwürdekern des Lebensgrundrechts berührt wird, der eine derartige Aufopferung ausschließt.

Wegen der Durchschlagskraft und Unkontrollierbarkeit von Explosivmitteln ist das Gefährdungspotential solcher militärischen Waffen derart hoch, dass schon die Ermächtigung, durch den aktiven hoheitlichen Einsatz derartiger Waffen Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit zu gefährden, wie beim Flugzeugabschuss, eine „Verrechnung“ von Leben gegen Leben ermöglicht, die den Menschenwürdegehalt des Lebensgrundrechts (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt.

b) Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR

Diese Auslegung des Grundgesetzes wird auch dadurch bekräftigt, dass sie im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Lebensgrundrecht aus Art. 2 EMRK steht, nach der Unbeteiligte nicht durch den hoheitlichen Einsatz schwerer militärischer Waffen gefährdet werden dürfen, die in unkontrollierbarer Weise „unterschiedslos“ („indiscriminate“) wirken, wie Bomben oder Handgranaten.

Denn die Europäische Menschenrechtskonvention ist als Auslegungshilfe für die Grundrechte des Grundgesetzes heranzuziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt;

stRspr seit BVerfGE 74, 358 (370); vgl. nur: BVerfGE 83, 119 (128); 111, 307 (317); 120, 180 (200 f.); 124, 300 (319); 128, 326 (367 f.); 131, 268 (295 f.); 137, 273 (Rn. 128 f.); 138, 296 (Rn. 149),

wofür auch die Auslegung der Konvention durch den Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen ist,

vgl. nur BVerfGE 111, 307 (319); 128, 326 (368 f., 403) (368 f., 403: „besondere Bedeutung“); 138, 296 (Rn. 152) („Rechtsprechung des Gerichtshofs, von der die Bewertung auszugehen hat“).

aa) Isayeva-Urteil (2005) und Finogenov-Urteil (2011) des EGMR

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat wesentliche Maßstäbe für die Gefährdung des Lebens Unbeteiligter in seinem Isayeva-Urteil von 2005 und im Finogenov-Urteil von 2011 entwickelt. Danach verstößt es gegen das Lebensgrundrecht, wenn der Staat gegen Angreifer schwere, unkontrollierbar unterschiedslos wirkende Waffen (wie Bomben oder Granaten) einsetzt und dadurch das Leben Unbeteiligter gefährdet.

Im Isayeva-Urteil ging es um einen Fall, in dem die russische Staatsgewalt Bomben einsetzte, um eine Rebellengruppe zu töten, die sich in einem Dorf voller Zivilisten versteckt hielt.

Der Gerichtshof stellte eine Verletzung des Lebensgrundrechts fest, weil ein solcher massiver Einsatz unterschiedslos wirkender Waffen („massive use of indiscriminate weapons“) „in einem bevölkerten Gebiet, jedenfalls außerhalb von Kriegszeiten und ohne eine vorherige Evakuierung der Zivilisten“ (sowie

ohne Notstandserklärung nach Art. 15 EMRK) mit Art. 2 EMRK unvereinbar sei:

“The Court considers that using this kind of weapon in a populated area, outside wartime and without prior evacuation of the civilians, is impossible to reconcile with the degree of caution expected from a law-enforcement body in a democratic society. No martial law and no state of emergency has been declared in Chechnya, and no derogation has been made under Article 15 of the Convention (see § 133). [...] Even when faced with a situation where, as the Government submit[s], the population of the village had been held hostage by a large group of well-equipped and well-trained fighters, the primary aim of the operation should be to protect lives from unlawful violence. The massive use of indiscriminate weapons stands in flagrant contrast with this aim and cannot be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation of this kind involving the use of lethal force by State agents.”

EGMR, *Isayeva v. Russia*, Urt. v. 24. Februar 2005, No. 57950/00, § 191 (Hervorh. hinzugef.).

Das Finogenov-Urteil von 2011 bekräftigte diese Grundsätze, die den unterschiedslosen Einsatz schwerer Waffen (“the indiscriminate use of heavy weapons”) zur Terrorismus-Bekämpfung verurteilen,

EGMR, *Finogenov and others v. Russia*, Urt. v. 20. Dezember 2011, No. 18299/03 u.a., § 232 (“[t]he general principle stated in the Isayeva case, condemning the indiscriminate use of heavy weapons in anti-terrorist operations, can be reaffirmed [...]”; Hervorh. hinzugef.).

Der Gerichtshof verwies insoweit zudem ausdrücklich auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz, und führte aus, dieses habe dort festgehalten, dass der Abschuss eines von Terroristen gekaperten Flugzeugs gegen das Lebensrecht und die Menschenwürde derjenigen Personen an Bord verstoße, die nicht an dem Verbrechen beteiligt seien,

EGMR, *Finogenov and others v. Russia*, Urt. v. 20. Dezember 2011, No. 18299/03 u.a., § 231 (“The Court observes that the German Constitutional Court [...] found incompatible with the right to life, as guaranteed by the German Constitution, a law authorising the use of force to shoot down a hijacked aircraft believed to be intended for a terrorist attack [...]. It found, inter alia, that the use of lethal force against the persons on board who were not participants in the crime would be incompatible with

their right to life and human dignity, as provided by the German Basic Law and interpreted in the jurisprudence of the Constitutional Court.”).

Der Gerichtshof grenzte von diesen Maßstäben – also seinen eigenen aus dem Isayeva-Urteil und denen des Bundesverfassungsgerichts – jedoch den zu entscheidenden Fall ab, in dem ein Betäubungsgas zur Geiselrettung eingesetzt worden war.

Das Urteil betraf das Vorgehen russischer Sicherheitskräfte gegen die Geiselnahme im Moskauer Dubrowka-Theater im Oktober 2002. Die Sicherheitskräfte leiteten dort ein unbekanntes Betäubungsgas über das Lüftungssystem in das Theater ein, bevor sie das Theater stürmten. Etwa 130 der Geiseln starben, über 730 Geiseln konnten hingegen lebend befreit werden.

Der Gerichtshof verwies darauf, dass das Betäubungsgas im vorliegenden Fall, obwohl es gefährlich gewesen sei, „anders als etwa Bomben oder Lufttraketen“, nicht zum Zweck der Tötung (der Terroristen) eingesetzt worden sei,

vgl. EGMR, *Finogenov and others v. Russia*, Urt. v. 20. Dezember 2011, No. 18299/03 u.a., § 232 (“In the present case, however, the gas used by the Russian security forces, while dangerous, was not supposed to kill, in contrast, for example, to bombs or air missiles.”).

Das Betäubungsgas sei zudem, obgleich potentiell tödlich, nicht „unterschiedslos“ eingesetzt worden, da es den Geiseln „eine hohe Überlebenschance“ gelassen habe, die von der Effektivität der hoheitlichen Rettungsmaßnahmen abgehungen habe,

vgl. EGMR, *Finogenov and others v. Russia*, Urt. v. 20. Dezember 2011, No. 18299/03 u.a., § 232 (“although the gas was dangerous and even potentially lethal, it was not used ‘indiscriminately’ as it left the hostages a high chance of survival, which depended on the efficiency of the authorities’ rescue effort”; Hervorh. hinzugef.).

Die Geiseln seien „nicht in derselben verzweifelten Situation“ gewesen „wie alle Passagiere eines entführten Flugzeugs“,

vgl. EGMR, *Finogenov and others v. Russia*, Urt. v. 20. Dezember 2011, No. 18299/03 u.a., § 232 (“The hostages in the present case were not in the same desperate situation as all the passengers of a hijacked airplane.”).

Das Finogenov-Urteil macht sich damit zwar die Ausführungen aus dem Luftsicherheitsgesetz-Urteil nicht ausdrücklich zu eigen. Es legt jedoch eine enge Verwandtschaft der Maßstäbe von Konvention und Grundgesetz gleichwohl denkbar nahe.

Indem es betont, dass das Betäubungsgas zwar potentiell tödlich war, aber – anders als etwa der Einsatz von Bomben und Lufraketen – (erstens) schon nicht zur Tötung der Angreifer eingesetzt wurde und (zweitens) nicht unkontrollierbar „unterschiedslos“ wirkte, weil es den Geiseln „eine hohe Überlebenschance“ beließ, behandelt es das Luftsicherheitsgesetz-Urteil der Sache nach kaum anders als ein eigenes Präjudiz, von dessen Sachlage es den neuen Fall durch ein sorgfältiges Distinguishing abgrenzt. Ergänzen ließe sich noch, dass ein Unterschied zudem darin lag, dass das Ziel des Einsatzes (drittens) gerade die Rettung der Geiseln war – ähnlich wie sie es im oben erwähnten Fall einer Geiselrettung durch einen Scharfschützen-Einsatz wäre.

Das Verbot der Tötung Unschuldiger aus dem Luftsicherheitsgesetz-Urteil wird vom Gerichtshof also geradezu wie eine nähere Konkretisierung des in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Verbots des Einsatzes schwerer, unkontrollierbar unterschiedslos wirkender Waffen gegen Unbeteiligte behandelt.

bb) Tagayeva-Urteil (2017) des EGMR

In seinem Tagayeva-Urteil von 2017 hat der Gerichtshof nochmals bekräftigt, dass es mit den Sorgfaltsmaßstäben der Konvention unvereinbar ist, schwere Waffen wie Handgranaten oder Sprengmittel unterschiedslos gegen terroristische Geiselnnehmer und Geiseln einzusetzen,

EGMR, *Tagayeva and others v. Russia*, Urt. v. 13. April 2017, No. 26562/07 u.a., § 602.

Er ist dort davon ausgegangen, dass Art. 2 EMRK, dem gewissermaßen vorgelagert, strenge Anforderungen auch an die rechtliche Regulierung, die Planung und Überwachung und an die konkrete Notwendigkeit des Einsatzes tödlich wirkender Waffen stellt, um die Risiken für Unbeteiligte zu minimieren,

vgl. EGMR, *Tagayeva and others v. Russia*, Urt. v. 13. April 2017, No. 26562/07 u.a., §§ 592-599, 603-607, 608-610.

Mit Blick auf den Einsatz (unter anderem) von Flammenwerfern, Granaten und weiteren Sprengkörpern bei dem Sturm russischer Sicherheitskräfte auf eine Schule in Beslan (2004), in der über 1000 Geiseln, darunter hunderte von

Kindern, festgehalten wurden, sah der Gerichtshof diese Anforderungen als verletzt.

cc) Ergebnis zur Rechtsprechung des EGMR

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist demnach (jedenfalls in Friedenszeiten und ohne Notstandserklärung nach Art. 15 EMRK) nicht nur die gezielte Tötung Unbeteiligter, sondern auch ihre Gefährdung durch unkontrollierbar unterschiedslos wirkende Waffen wie Handgranaten, Bomben oder sonstige Sprengmittel mit dem Lebensgrundrecht aus Art. 2 EMRK unvereinbar.

Der Einklang dieser Rechtsprechung mit dem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz, auf das sie sogar ausdrücklich Bezug nimmt, stärkt zusätzlich das aus diesem Urteil folgende Ergebnis der Verfassungswidrigkeit des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 (i.V. mit Art. 86 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 4) BayPAG.

c) Verfassungssystematische und entstehungsgeschichtliche Fundierung des Urteils zum Luftsicherheitsgesetz

Das Bundesverfassungsgericht sollte an den Maßstäben des Urteils zum Luftsicherheitsgesetz trotz der dagegen im Schrifttum teilweise erhobenen Kritik auch deshalb festhalten, weil diese Maßstäbe sich auch aus verfassungssystematischen und entstehungsgeschichtlichen Gründen als nach wie vor zutreffend erweisen.

aa) Irrtumsargument und Vorrang der Achtungspflicht vor grundrechtlichen Schutzpflichten

Das Luftsicherheitsgesetz-Urteil hat zu Recht die bei einem Flugzeugabschuss stets unvermeidlich verbleibenden Prognoseunsicherheiten als ein zusätzlich verstärkendes Argument herangezogen, um die Menschenwürdewidrigkeit des Abschusses zu begründen,

vgl. den Verweis auf die „zudem“ oder „gegebenenfalls sogar“ bestehenden Ungewissheiten in BVerfGE 115, 118 (154 f., 157).

Eine derartige Prognoseunsicherheit besteht auch bei dem Einsatz von Explosivmitteln nach Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG, bei dem ein „Fehlalarm“ sich ebenso wenig wie beim Abschuss eines (vermeintlich) entführten Flugzeuges mit letzter Gewissheit ausschließen lässt.

Hinter diesem Irrtumsargument steht letztlich eine verfassungssystematische Wertung zum Verhältnis zwischen abwehrrechtlichen Unterlassungspflichten

und staatlichen Handlungspflichten, die sich auch entstehungsgeschichtlich stützen lässt.

Weil der Staat nach dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt die Menschenwürde in erster Linie selbst zu achten und nur unter Wahrung dieses „absolut geschützten Achtungsanspruchs“ auch zu schützen hat,

vgl. zum absoluten Schutz des Achtungsanspruchs BVerfGE 115, 320 (358); 109, 279 (313); s. auch BVerfGE 115, 320 (358) (Erfüllung einer Schutzpflicht ist „auf diejenigen Mittel beschränkt, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steht“); 115, 118 (160); zur Entstehungsgeschichte s. nur Dt. Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat, Bd. 5, 1993, S. 589, 912 f.; Bd. 7, 1995, S. 134 (Anm. zu Art. 1),

können die unvermeidlichen Tatsachenzweifel bei besonders schweren Eingriffen in ein Abwehrrecht das Ergebnis – wie hier – zusätzlich stärken. Das stets bestehende Restrisiko, den Falschen zu treffen, kann dann dazu führen, dass sich die Sicherheit eines Urteils der Menschenwürdewidrigkeit erhöht. Die Menschenwürde kann es, mit anderen Worten, gebieten, sich im Zweifel zugunsten des Achtungsanspruchs und zulasten der Schutzpflicht zu irren.

bb) Systematische Folgewirkungen einer hoheitlichen Tötung Unschuldiger

Ein wesentliches verfassungssystematisches Argument, das das Urteil zum Luftsicherheitsgesetz stützt, liegt zudem darin, dass eine Vereinbarkeit des Flugzeugabschusses mit der Menschenwürde im Luftsicherheitsgesetz-Fall weitreichende Folgen für andere Fälle nach sich ziehen müsste. Danach müsste eine hoheitliche Tötung Unschuldiger auch in anderen Fällen für zulässig gehalten werden, in denen sie heute jedoch zu Recht einhellig als grundrechtswidrig beurteilt wird – und in denen sie auch nach dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt mit der Menschenwürde unvereinbar bleiben soll.

Denn den Flugzeugabschuss für zulässig zu erklären, würde heißen, dass der Staat in nichtkriegerischen Lagen gezielt unschuldige Menschen ohne Einwilligung töten darf, wenn sie voraussichtlich in kurzer Zeit ohnehin sterben müssten und nur so andere unmittelbar gefährdete Menschenleben gerettet werden können.

Wer den Abschuss für verfassungsgemäß hält, muss also eine gezielte einwilligungslose Tötung Unschuldiger für gerechtfertigt erklären. Er muss es für diese Tötungserlaubnis dann entweder schon ausreichen lassen, wenn die

Getöteten voraussichtlich ohnehin nur noch kurze Zeit leben werden, oder aber jedenfalls, wenn zusätzlich das Zahlenverhältnis zwischen ihnen und den am Boden gefährdeten in einer vergleichbaren Größenordnung liegt wie bei den Anschlägen vom 11. September 2001.

Das stellt jedoch das Abwehrrecht auf Leben unter einen „Quantifizierungsvorbehalt“,

vgl. Baumann, DÖV 2004, S. 853 ff. (bes. 858-860).

Wer schon die Kürze der verbleibenden Lebensspanne ausreichen lässt, stuft das Gewicht des Lebensrechts nach der Lebensdauer ab, quantifiziert also den Wert des Lebens nach seiner vermuteten restlichen Dauer,

vgl. Höfling/Augsberg, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, in: JZ 2005, S. 1080 (1083 f.).

Wer außerdem fordert, dass die Zahl der Geretteten deutlich überwiegt, quantifiziert damit mengenmäßig danach, wie viele Menschenleben sich gegenüberstehen. Letztlich lässt sich auch darin ein Lebenszeitvergleich sehen: Die vermutlich ohnehin nur noch wenigen Lebensminuten der Getöteten sollen jedenfalls durch die längere voraussichtliche Lebenszeit der vielen Geretteten aufgewogen werden.

Danach müsste es jedoch, um ein Standardbeispiel aus der medizinethischen Diskussion heranzuziehen, auch zulässig sein, einen Patienten in einem Krankenhaus zu töten, um ihm zwangsweise Organe zu entnehmen – sofern er denn in wenigen Minuten ohnehin sterben würde und mit den Organen ein andere Patienten vor dem praktisch sicheren, unmittelbar bevorstehenden Tod gerettet werden könnten,

vgl. Kersten, NVwZ 2005, S. 661 (662); Hirsch, KritV 89 (2006), S. 3 (12) („Mit derselben Betrachtungsweise könnte man einen moribunden Patienten zu Tode bringen, um ein möglichst frisches Organ bei einer Transplantation einsetzen zu können.“).

Zwischen dem Flugzeugabschuss und einem solchen Fall lässt sich kein maßgeblicher Unterschied ausmachen, mit dem sich ein abweichendes Ergebnis begründen ließe. Dass es bei dem Flugzeugabschuss um die Abwehr eines terroristischen Angriffs geht, während die Organtransplantation keinen Angriff Dritter abwehren, sondern „nur“ das Leben erkrankter oder verunglückter Menschen retten soll, kann keinen entscheidenden Unterschied für die

rechtfertigende Wirkung bedeuten, die dem Schutzziel der Lebensbewahrung beigemessen wird.

Geht es letztlich darum, eine möglichst lange Lebenszeit für möglichst viele Menschenleben zu erhalten, dann lässt es sich zudem auch kaum rechtfertigen, eine Tötungsbefugnis nur auf zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu beschränken: Warum soll es nicht auch reichen, wenn die ohnehin sterbende Patientin, deren Organe ein noch junges Leben retten könnten, nur noch wenige Wochen zu leben hat?

„Lässt man sich einmal auf die Methode der vergleichenden Bewertung von Lebensquanten ein, so gibt es keinen zwingenden Grund, sie auf solche Konstellationen zu beschränken, in denen bei einem der Beteiligten die verbleibende Lebensspanne und der ihr korrespondierende Lebenswert nahezu bei Null liegen.“,

Pawlik, JZ 2004, S. 1045 (1050) („innersystematisch nicht verallgemeinerbar“) (begrenzt auf die Dogmatik der Normallage); s. auch Höfling/Augsberg, JZ 2005, S. 1080 (1084 Fn. 57) („Im Sinne einer solchen Logik könnten z. B. generell junge, gesunde Menschen mit voller Leistungskraft gegenüber Alten, Kranken und Gebrechlichen [...] den Vorrang erhalten.“).

Solche Folgen für medizinische Alltagssituationen lassen sich auch dann nicht vermeiden, wenn man nicht schon die Kürze der verbleibenden Lebensdauer allein ausreichen lässt, sondern zusätzlich noch ein deutliches Überwiegen der Zahl der Geretteten verlangt. Wenn man auf Zahlenverhältnisse abstellt wie am 11. September 2001 in New York, sollen hunderte unbeteiligte Flugzeuginsassen getötet werden dürfen, um tausende Opfer am Boden zu retten. Als ausreichend wird es dann also angesehen, wenn auf einen getöteten Unschuldigen in etwa zehn bis zwanzig gerettete Menschenleben kommen. Solche Zahlenverhältnisse lassen sich jedoch auch in der modernen Massenmedizin durchaus erreichen.

Fängt man mit dem Aufrechnen von Lebenszeiten einmal an, wären konsequenterweise schließlich auch die ganz erheblichen finanziellen und personellen „Lebensrettungskapazitäten“ in Rechnung zu stellen, die sich durch eine Tötung ohnehin sterbenskranker Patienten freisetzen ließen. Die „Lebenszeitkosten“ einer vorzeitigen Tötung Moribunder ließen sich dann sicher leicht durch zehn- oder auch zwanzigfache „Lebenszeitgewinne“ amortisieren, wenn

man die Tötungen – einer solchen menschenverachtenden Quantifizierungslogik entsprechend – nur hinreichend effektiv organisiert.

Einmal für nichtkriegerische Lagen freigesetzt, lässt sich die Logik der Abwägung von Lebenszeiten deshalb kaum wieder eingrenzen. Lässt man die „Abwägung von Lebensspannen“ im Luftsicherheits-Fall zu, geriete mithin letztlich etwa auch „der gesamte Lebensschutz im Bereich des Lebensendes ins Wanken“,

vgl. nur Roxin, ZIS 2011, S. 552 (555-557) (der dort zur parallelen strafrechtlichen Frage der Rechtfertigung zeigt, dass keine überzeugende Abgrenzung von der Zwangstransplantation oder der „vorzeitige[n] Tötung Moribunder“ in Sicht ist); s. etwa auch Schenke, NJW 2006, S. 736 (738) (der in einer solchen quantifizierenden Argumentation die „Basis für einen in seinen Folgen nicht übersehbaren Tabubruch“ sieht).

Es geht dabei wohlgerne nicht um ein empirisches Argument der schiefen Ebene, also um die Sorge, dass ungewollte Konsequenzen drohen, weil eine Tötungserlaubnis faktisch missbraucht und über das zugelassene Maß hinaus ausgeweitet werden könnte.

Es handelt sich vielmehr um verfassungssystematische Konsequenzen aus dem tragenden Grundsatz, der für eine grundrechtliche Erlaubnis zum Flugzeugabschuss bejaht werden müsste. Wenn das Lebensgrundrecht als Abwehrrecht gegen hoheitliche Eingriffe nicht zumindest die gezielte oder hochwahrscheinliche hoheitliche Tötung Unschuldiger in nichtkriegerischen Konflikten kategorisch verhindert, dann hat dies notwendigerweise Folgen auch für jene Fragen von Leben und Tod, die sich etwa in unserem Gesundheitssystem alltäglich stellen.

d) Ergebnis

Mit der angegriffenen Ermächtigung zu einem Einsatz von Explosivmitteln unter hochwahrscheinlicher Gefährdung Unbeteiligter macht sich der bayerische Gesetzgeber eine Logik des Kriegszustands und der Verrechnung von Leben gegen Leben zu eigen und unternimmt damit einen unheilvollen Schritt in Richtung auf eine Militarisierung des Polizeirechts.

Das Bundesverfassungsgericht hat zu Recht betont, dass terroristische Angriffe von Grundgesetz wegen „nicht als Krieg oder als Ausnahmezustand

aufzufassen“, sondern „als Straftaten mit den Mitteln des Rechtsstaats zu bekämpfen“ sind,

vgl. BVerfGE 133, 277 (Rn. 133).

Nach den bekräftigungswürdigen Maßstäben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BayPAG nicht mit dem Menschenwürdegehalt des Lebensgrundrechts zu vereinbaren.

PD Dr. Mathias Hong

Rechtsanwalt Hartmut Wächtler