



Ausarbeitung

Einzelfragen zu einem bundesweiten Musterpolizeigesetz

Einzelfragen zu einem bundesweiten Musterpolizeigesetz

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 202/18

Abschluss der Arbeit: 22.06.2018

Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzugeben und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Fragestellung und Vorbemerkung

Die vorliegende Ausarbeitung thematisiert verschiedene Einzelfragen zum möglichen Inhalt eines bundesweiten Musterpolizeigesetzes. Dabei soll geprüft werden, ob verschiedene Regelungen des bayerischen Gesetzgebers auch in ein bundesweites Musterpolizeigesetz Eingang finden könnten. Namentlich betrifft dies die Regelung einer sog. „drohenden Gefahr“ als Eingriffsgrundlage, wie sie in Art. 11 Abs. 3 des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG) Eingang gefunden hat, Regelungen über den Präventivgewahrsam nach Art. 17 ff. BayPAG sowie Befugnisse zur Entnahme und zum Auslesen von DNA nach Art. 14 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 1 S. 2 BayPAG.

Vorab ist anzumerken, dass die nachfolgenden Ausführungen keine Aussage über die Verfassungsmäßigkeit der aufgeführten landesrechtlichen Regelungen beinhalten. Deren Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben ist derzeit teilweise Gegenstand von verfassungsgerichtlichen Verfahren.¹ Eine Klärung der in diesen Verfahren aufgeworfenen Rechtsfragen obliegt ausschließlich den angerufenen Gerichten.

2. Regelung einer sog. „drohenden Gefahr“ als Eingriffsgrundlage

Die sog. „drohende Gefahr“ als Eingriffsgrundlage stellt im polizeirechtlichen Regelungsgefüge in zweifacher Hinsicht eine Neuerung dar. Sie modifiziert, bzw. erweitert einerseits den polizeirechtlichen Gefahrenbegriff und führt andererseits zu einem erweiterten Anwendungsbereich der polizeirechtlichen Generalklausel.²

2.1. Musterregelung

Die hier als Vorbild für ein bundesweites Musterpolizeigesetz dienende Regelung in Art. 11 Abs. 3 BayPAG lautet wie folgt:

„Die 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.

¹ Vgl. Bayerischer Landtag, Drs. 17/18653.

² Vgl. Möstl, BayVBl. 2018, 156 (157).

Bedeutende 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.“³*

2.2. Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im BKA-Urteil

Der bayerische Gesetzgeber stützt die Regelung ausdrücklich auf Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im sog. BKA-Urteil.⁴ In dieser Entscheidung räumte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber hinsichtlich der Bekämpfung des internationalen Terrorismus die Möglichkeit ein, auch Eingriffsbefugnisse jenseits des tradierten polizeirechtlichen Instrumentariums zu schaffen. Hierzu führte es aus:

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen (vgl. BVerfGE 110, 33 <56 f., 61>; 113, 348 <377 f.>). Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (BVerfGE 120, 274 <328 f.>; 125, 260 <330 f.>). In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen

³ Vgl. umfassend zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen: Waechter, NVwZ 2018, 458 ff.

⁴ Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, S. 9.

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. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“⁵

Das Bundesverfassungsgericht hält es in seiner Entscheidung für zulässig, bestimmte „Überwachungsmaßnahmen“ auf das Vorliegen einer drohenden Gefahrenlage zu stützen, wenn die weiteren in den Ausführungen genannten Voraussetzungen vorliegen. Ob die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts vollständig die Aufnahme der oben dargestellten Regelung in ein bundesweites Musterpolizeigesetz tragen könnten, erscheint zweifelhaft. Zwischen einer möglichen zu schaffenden Eingriffsgrundlage und den verfassungsgerichtlichen Ausführungen bestehen neben vielen übereinstimmenden Punkten auch deutliche Unterschiede. So betraf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Regelungen des BKA-Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus.⁶ Eine Aufnahme der „drohenden Gefahr“ in das allgemeine Polizeirecht schafft hingegen eine sachlich deutliche Ausweitung der polizeilichen Befugnisse, die über die Bekämpfung von Terrorismus hinausgehen. Darüber hinaus ist den verfassungsgerichtlichen Ausführungen ausdrücklich nur zu entnehmen, dass „Überwachungsmaßnahmen“ auf eine drohende Gefahr gestützt werden können. Eine Erweiterung der Generalklausel um den Begriff der „drohenden Gefahr“ würde aber nicht ausschließlich neue Überwachungsbefugnisse schaffen, sondern auch die Grundlage für polizeiliche Eingriffe bilden. So ermächtigt die oben genannte Regelung ausdrücklich auch zu Maßnahmen, die die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut verhindern sollen. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Erweiterung der Eingriffsbefugnisse mit höherrangigem Recht in Einklang gebracht werden könnte.

2.3. Ausdehnung polizeilicher Eingriffsbefugnisse auf drohende Gefahrenlagen

Neben einer Ausdehnung des Anwendungsbereiches der oben zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf Maßnahmen der Aufklärung würde eine entsprechende Regelung auch zu einer erheblichen Vorverlagerung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse führen. Die bisherigen polizeirechtlichen Vorgaben erlauben einen Einsatz von Zwangsmitteln nur, wenn eine konkrete Gefahrenlage besteht.⁷ Im Vorfeld einer solchen Gefahrenlage sind zwar auch Befugnisse der Polizei vorgesehen, diese beschränken sich bisher jedoch auf Gefahrerforschungseingriffe bzw. auf Maßnahmen der Sachverhaltsaufklärung.⁸ Erst wenn sich im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung eine konkrete Gefahrenlage zeigt, kann die Polizei Zwangsmaßnahmen ergreifen. Mit dieser Systematik würde die oben dargestellte Regelung brechen, indem sie auch im Vorfeld einer Gefahr bei einer „drohenden Gefahr“ Zwangsmaßnahmen erlauben würde.

5 BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, juris Rn. 112.

6 Möstl, BayVBl. 2018, 156.

7 Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (146).

8 Vgl. Möstl, BayVBl. 2018, 156 (162).

2.4. Meinungsstand in der Literatur

Ob die dargestellte Ausdehnung der polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse auf „drohende Gefahren“ mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang gebracht werden kann, ist in der juristischen Literatur umstritten. Eine vollständige Abbildung sämtlicher Rechtspositionen kann hier nicht erfolgen. Die verfassungsrechtliche Problematik wird deutlich, wenn man den vielfältigen Meinungskanon zu aktuell laufenden Gesetzgebungsverfahren in den Ländern betrachtet.⁹ Auch zur oben dargestellten bayerischen Regelung existiert ein vielstimmiger Meinungsstand.

Der bayerische Gesetzgeber sowie Stimmen der Literatur gehen davon aus, dass es sich bei der Erweiterung des Gefahrenbegriffes um eine „moderate Arrondierung“ desselben handele.¹⁰ Der Gesetzgeber habe eindeutig und abschließend bestimmt, welche Rechtsgüter für ihn so schützenswert seien, dass dafür Abstriche in der Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts hinzunehmen seien. Die erlaubten Maßnahmen bei Vorliegen einer „drohenden Gefahr“ seien zum größten Teil weniger eingriffsintensive Maßnahmen.¹¹

Andere Stimmen sehen den Regelungsansatz hingegen kritisch. Die Regelung breche mit dem im Sicherheits- und Verfassungsrecht verwurzelten Ordnungsprinzip, wonach ein Tatverdacht oder eine konkrete Gefahr für ein polizeiliches Handeln vorliegen müsse. Ferner beinhalte die Regelung eine Vielzahl unbestimmter und neueingeführter Rechtsbegriffe sowie systematische Undurchsichtigkeiten, die zu einer Unbestimmtheit der Regelung führen würden.¹²

Eine eher vermittelnde Position hält die Regelung für grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig, wenn bestimmte Einschränkungen bei deren Anwendung berücksichtigt würden. Demnach seien die oben dargestellten Eingriffe nur zulässig, soweit diese (ausnahmsweise) tatsächlich erforderlich seien, weil reine Gefahraufklärungsmaßnahmen im konkreten Fall unzureichend erscheinen würden.¹³ Diese Ansicht hält folglich den Grundsatz aufrecht, wonach eigentlich nur Aufklärungsmaßnahmen im Vorfeld einer Gefahrenlage zulässig sind. Nur für den Fall, dass diese unzureichend sind, sei auch der Einsatz von polizeilichen Eingriffsbefugnissen als ultima ratio zulässig.

2.5. Stellungnahme

Eine abschließende verfassungsrechtliche Bewertung obliegt den noch ausstehenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Bis zu einer solchen sollten die aufgezeigten verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten einer entsprechenden Regelung in einem bundesweiten Musterpolizeigesetz

⁹ Vgl. hierzu etwa die verschiedenen Gutachten zur Neuregelung des Polizeigesetzes in NRW, die ebenfalls eine Verankerung der „drohenden Gefahr“ vorsieht. Sämtliche Gutachten sind abrufbar unter: https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/Webmaster/GB_1/I.1/aktuelle_drucksachen/aktuelle_Dokumente.jsp?docTyp=ST&wp=15&dokNum=drs+17%2F2351&searchDru=suchen (Stand: 21.06.2018).

¹⁰ Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, S. 9.

¹¹ Müller, BayVBl. 2018, 109 (114).

¹² Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (147 f.).

¹³ Möstl, BayVBl. 2018, 156 (162).

berücksichtigt werden. Hierbei müsste insbesondere beachtet werden, dass das Bundesverfassungsgericht entsprechend der bisherigen polizeirechtlichen Dogmatik auf der Grundlage einer „drohenden Gefahr“ lediglich Überwachungsmaßnahmen für zulässig erachtet hat. Eine verfassungsgerichtliche Aussage darüber, ob im Vorfeld einer Gefahrenlage auch Eingriffsmaßnahmen zulässig sind, steht offenkundig noch aus und würde im bisherigen polizeirechtlichen Regelungsgefüge auch einen Paradigmenwechsel darstellen. Eine verfassungskonforme Ausgestaltung wird daher von einem entsprechend eng eingegrenzten Anwendungsbereich zum Schutze bedeutender Rechtsgüter abhängig sein. Es spricht zudem viel dafür, dem oben dargestellten Stufenverhältnis zwischen Aufklärungsmaßnahmen und Eingriffsbefugnissen zu folgen.¹⁴

3. Einführung eines zeitlich unbefristeten Präventivgewahrsams

Fraglich ist, ob Regelungen des Präventivgewahrsams, wie sie Art. 17 ff. BayPAG vorsehen, Eingang in ein Musterpolizeigesetz finden könnten. Problematisch könnte dabei sein, dass – entgegen der meisten bisherigen Regelungen zum Polizeigewahrsam – in Art. 20 BayPAG keine Höchstfrist mehr vorgesehen ist.¹⁵ In der Vergangenheit führte zudem bereits die Anhebung der relativ kurz bemessenen Höchstfristen zu verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzungen.¹⁶ Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für einen Präventivgewahrsam finden sich in Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 GG.

3.1. Anforderungen aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG

In formeller Hinsicht schreiben Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 GG fest, dass die Freiheit der Person „nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden“ kann. Gem. Art. 104 Abs. 2 und 3 GG hat über Zulässigkeit bzw. Fortdauer einer Freiheitsentziehung ein Richter zu entscheiden.

In materieller Hinsicht lässt das Bundesverfassungsgericht es nur aus „besonders gewichtigen Gründen“ zu, die Freiheit einer Person einzuschränken. Insoweit eine konkrete Gefahr für bedeutende Rechtsgüter besteht, dürfte auch ein „besonders gewichtiger Grund“ vorliegen.¹⁷

Präventivhaft ist weiterhin nur zulässig, wenn es kein milderes und gleich geeignetes Mittel gibt, die Allgemeinheit zu schützen. Dies könnte insbesondere die weitere oder intensivere Beobachtung eines „Gefährders“ sein. Allerdings wird es fallabhängig sein, ob die Beobachtung gleichermaßen geeignet ist, die Gefahr abzuwehren: Es kann das Risiko bestehen, dass sich „Gefährder“ der Beobachtung entziehen.

14 Möstl, BayVBl. 2018, 156 (162).

15 Entsprechende Höchstgrenzen finden sich in den meisten Polizeigesetzen der Länder. Vgl. hierzu etwa: § 33 Abs. 1 ASOG Bln. (4 Tage); § 28 Abs. 3 PolG BW (2 Wochen).

16 Vgl. VGH Sachsen, Urteil vom 14. Mai 1996 – Vf. 44-II-94 –, juris; Bayerischer VGH, Entscheidung vom 02. August 1990 – Vf. 3-VII-89 –, juris LS 6.

17 Vgl. Walther, ZIS 2007, 464 (472 f.).

Ein Freiheitsentzug darf insgesamt zudem nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne sein. Hierzu sind Freiheitsentzug und Schutzbedürfnis der Allgemeinheit unter „strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes [...] gegeneinander abzuwägen“.¹⁸ Im Ergebnis wäre wohl erforderlich, dass etwa eine Terrorstrafat mit deutlich überwiegender Wahrscheinlichkeit begangen werden wird. Das Bundesverfassungsgericht hat etwa im Hinblick auf die Gefahr eines weiteren Tötungsdelikts nach Freilassung des Täters unterstrichen: „[D]er Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen; deren bloße Möglichkeit vermag die weitere Maßregelvollstreckung nicht zu rechtfertigen. [...] Nicht jede Negativprognose kann schematisch in gleicher Weise Berücksichtigung finden. Vorliegend ist nach dem Gutachten vielmehr von einem Grenzfall auszugehen, welcher die Gutachterin gerade noch zu einer negativen Prognose führte.“¹⁹ Für einen „Gefährder“, der noch keine Straftat begangen hat, gelten unter Umständen sogar noch strengere Maßstäbe für die Prognose, da für die Erkenntnisgewinnung unter Umständen nicht auf vergangene Taten abgestellt werden kann.

Für die Dauer der Präventivhaft gilt: Je länger diese andauert, umso strenger sind die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs und einem umso höheren Begründungsaufwand unterliegt die richterliche Entscheidung.²⁰ Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, dass ein Gericht regelmäßig prüft, ob die Voraussetzungen der Freiheitsentziehung noch gegeben sind. In der Praxis dürfte es für die Sicherheitsbehörden oftmals schwierig sein, den Fortbestand der Gefahr zu substantiiieren:²¹ „Gefährder“ werden im Laufe des Freiheitsentzugs Kontakt zu extremistischen Organisationen oftmals verlieren und nach außen hin keinen Tatentschluss mehr erkennen lassen.

Was den Vollzug der Präventivhaft anbelangt, hat das Bundesverfassungsgericht 2011 in seinem Grundsatzurteil detaillierte Vorgaben gemacht: Die Sicherungsverwahrung als besondere Form der Präventivhaft etwa darf nur als letztes Mittel angeordnet werden; es müssen zudem alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um eine Entlassungsperspektive zu eröffnen; die Haftbedingungen sind soweit als möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen anzupassen; die Fortdauer ist in mindestens jährlichen Abständen gerichtlich zu überprüfen.²²

3.3. Art. 5 EMRK – „Freiheit und Sicherheit“

Zusätzlich zu den verfassungsgerichtlichen Vorgaben gelten auch die Anforderungen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aufgestellt hat. Die Rechtsprechung des EGMR zur polizeilichen Präventivhaft hat sich bislang nur mit Fällen von sehr kurzem Freiheitsentzug befasst (vier Stunden im Fall des Fußball-Randalierers; sechs Tage im Fall gewaltbereiter

18 BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 - 2 BvR 2333/08 –, juris LS 3a (Sicherungsverwahrung).

19 BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2012 - 2 BvR 442/12 -, juris Rn. 24 (Einweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus nach einem Mord).

20 BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2012 - 2 BvR 442/12 -, juris Rn. 17.

21 BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2012 - 2 BvR 442/12 -, juris Rn. 17.

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

Demonstranten). Inwieweit der EGMR eine polizeiliche Präventivhaft über längere Zeiträume für grundsätzlich zulässig erachten würde, ist offen.²³

3.4. Stellungnahme

Ob die oben dargestellten Regelungen in Art. 17 ff. BayPAG den dargestellten Anforderungen entsprechen, obliegt einer abschließenden verfassungsgerichtlichen Beurteilung. Im Ergebnis stellt der Verzicht auf eine zeitliche Höchstgrenze eine Abkehr von der bisher üblichen Regelungspraxis dar, die darauf abstellte, dass es sich beim Polizeigewahrsam der Natur nach um eine kurzfristige Maßnahme handelt.²⁴ Dennoch ist eine Freiheitsentziehung außerhalb einer strafrechtlichen Verurteilung ohne eine geregelte Höchstfrist der geltenden Rechtsordnung auch nicht fremd. Beispielhaft können hier etwa die Regelungen der Unterbringungsgesetze wie auch der Psychisch-Kranken-Hilfegesetze genannt werden, sowie auch das Infektionsschutzgesetz, die Regelungen zur Untersuchungshaft wie auch zur Sicherungsverwahrung.²⁵ Alle diese Vorschriften ermöglichen einen Freiheitsentzug, ohne eine zwingende Höchstgrenze vorzuschreiben. Beachtet werden muss jedoch, dass ohne eine geregelte Höchstgrenze die Anforderungen an die sonstige Ausgestaltung der Vorschrift und an die Rechtsanwendung im Einzelfall umso höher sind. Dies betrifft sowohl die Eingriffsschwelle als auch die verfahrensmäßige Ausgestaltung. Bei einer entsprechenden Regelung in einem bundesweiten Musterpolizeigesetz wären diese erhöhten Anforderungen hinreichend zu berücksichtigen.

4. Präventivpolizeiliche DNA-Identifizierung

Ferner ist zu prüfen, ob eine DNA-Identifizierung zu präventivpolizeilichen Zwecken grundsätzlich zulässig wäre. Prüfungsmaßstab ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Zu unterscheiden sind dabei zwei mögliche Regelungen:

4.1. DNA-Identifizierung als erkennungsdienstliche Maßnahme

Zum einen ist in Art. 14 Abs. 3 BayPAG die DNA-Untersuchung als erkennungsdienstliche Maßnahme vorgesehen. Zulässig soll diese zur Abwehr einer konkreten Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut sein, wenn andere Maßnahmen des Erkennungsdienstes nicht ausreichen. Die Anordnung unterliegt einem Richtervorbehalt und ist nach Art. 14 Abs. 4 BayPAG auf das DNA-Identifizierungsmuster begrenzt. Das Bundesverfassungsgericht hat die DNA-Identifizierung für das Strafverfahren grundsätzlich für zulässig erachtet, wenn bestimmte Anforderungen eingehalten werden. Zu diesen zählen insbesondere das Bestehen einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage sowie der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit. Ausdrücklich führt es hierzu aus:

„Der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit ist nicht betroffen, solange sich die Eingriffsermächtigung nur auf den nicht-codierenden Anteil der DNA bezieht (vgl. BVerfG,

23 Vgl. EGMR, Urteil vom 1. Dezember 2011, 8080/08 – „G8-Gipfel“; Urteil vom 7. März 2013, 15598/08 – „Fußball-Randalierer“.

24 M.w.N. Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (153).

25 Müller, BayVBl. 2018, 109 (115 f.).

1996-08-02, 2 BvR 1511/96, NJW 1996, 3071) und ausschließlich die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zum Zweck der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren vorgenommen und das Genmaterial nach der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters vernichtet wird. Entscheidend ist, dass durch die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten des Betroffenen, also ein Persönlichkeitsprofil, nicht ermöglicht werden.“²⁶

Legt man diese Anforderungen vorliegend zugrunde, spricht viel dafür, dass eine entsprechende Regelung auch in ein bundesweites Musterpolizeigesetz aufgenommen werden könnte. Die Regelung erscheint hinreichend bestimmt und wahrt darüber hinaus die Anforderungen hinsichtlich des Schutzes des absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeit. Insbesondere der Richter vorbehalt schafft eine zusätzliche verfahrensmäßige Absicherung, die den Rechtsschutz eines Betroffenen wahrt und damit für die Verhältnismäßigkeit einer entsprechenden Regelung spricht.

4.2. Auslesen von DNA bei unbekannten Spurenlegern

Nach Art. 32 Abs. 3 BayPAG kann zur Gefahrenabwehr die Datenerhebung durch die molekulargenetische Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft zum Zwecke der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters, des Geschlechts, der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeographischen Herkunft des Spurenverursachers erfolgen, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Die Untersuchung ist ausdrücklich auf die genannten Merkmale beschränkt. Ausweislich der Gesetzesbegründung werden Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten des Betroffenen, die zu einem Persönlichkeitsprofil führen würden, nicht ermöglicht.²⁷

Ob eine Aufnahme der dargestellten Regelung in ein Musterpolizeigesetz des Bundes zulässig wäre, dürfte sich vorliegend vor allem danach richten, ob man die verfassungsgerichtlich aufgezeigten Grenzen des absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeit als gewahrt ansieht. Anders als die obigen erkennungsdienstlichen Maßnahmen geht die molekulargenetische Untersuchung hier über einen bloßen Abgleich hinaus und soll auch Informationen über persönliche Merkmale ermöglichen. Diese sind naturgegeben notwendig, da die Identität der Person durch die Maßnahme erst geklärt werden soll. Der bayerische Gesetzgeber lässt es ausdrücklich offen, ob es sich bei fehlender Personenkenntnis überhaupt um einen Rechtseingriff handelt. Inwieweit ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorliegen kann, wenn die Person unbekannt ist, ist zweifelhaft. Ab dem Zeitpunkt der Identifizierung ist dies jedoch anders zu beurteilen. Ist die Person, von der das DNA-Material stammt, bekannt, wiegt der Eingriff aufgrund des Auslesens schwerer als bei den oben dargestellten erkennungsdienstlichen Maßnahmen, die nur eine DNA-Identifizierung zulassen. Für eine Vereinbarkeit der Regelung mit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben könnte jedoch die Beschränkung des Untersuchungskatalogs sprechen. Die zu untersuchenden Merkmale beziehen sich lediglich auf äußere Körpermerkmale und nicht auf solche, die das Bundesverfassungs-

26 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 14. Dezember 2000 – 2 BvR 1741/99 –, juris Orientierungssatz 2a.

27 Bayerischer Landtag, Drs. 17/20425, S. 50.

gericht ausdrücklich als unzulässig betrachtet hat. Insbesondere die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils soll nicht möglich sein. Daher spricht einiges dafür, dass die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in ein bundesweites Musterpolizeigesetz grundsätzlich zulässig wäre.

Geprüft werden sollte jedoch die Erforderlichkeit eines Richtervorbehalts. Die molekulargenetische Untersuchung läuft für eine betroffene Person im Verborgenen ab. Gerade im Falle einer späteren Identifizierung stellt sie für diese aber einen schwereren Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, als dies bei den oben dargestellten Untersuchungen für den Erkennungsdienst der Fall ist. Bei diesem ist wie dargelegt ein Richtervorbehalt vorgesehen. Es spricht daher viel dafür, diesen auch für das Auslesen von DNA bei unbekannten Spurenlegern entsprechend zu regeln.
