Bayerischer Landtag

17. Wahlperiode 21.03.2018

B A Y E R I S C H E R L A N D T A G

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

Mittwoch, 21. März 2018, 09.00 bis 11.30 Uhr

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)“

Den Vorsitz führt Abg. Dr. **Florian Herrmann** (CSU)

Drucksachen, Plenarprotokolle sowie die Tagesordnungen der Vollversammlung und der Ausschüsse sind im Internet unter www.bayern.landtag.de – Dokumente abrufbar. Die aktuelle Sitzungsübersicht steht unter www.bayern.landtag.de – Aktuelles/Sitzungen zur Verfügung.

Inhaltsverzeichnis

Sachverständige 3

Fragenkatalog 4

Anlagenverzeichnis 9

Anhörung
„Gesetzentwürfe der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763)“ 10

Sachverständige

Prof. Dr. Kurt **Graulich**
Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.
Juristische Fakultät
Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Josef Franz **Lindner**
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medizinrecht
und Rechtsphilosophie
Universität Augsburg

Dr. Markus **Löffelmann**
Richter am Landgericht München I

Prof. Dr. Markus **Möstl**
Lehrstuhl für Öffentliches Recht II
Universität Bayreuth

Prof. Dr. Thomas **Petri**
Bayerischer Landesbeauftragter
für den Datenschutz

Prof. Dr. Kyrill-A. **Schwarz**
Professur für Öffentliches Recht
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Rechtsanwalt Hartmut **Wächtler**
München

Fragenkatalog

A. PAG

1. Ist der Gesetzentwurf geeignet, die aus der Richtlinie (EU) 2016/680 erwachsenden Umsetzungserfordernisse abzubilden, insbesondere in den nachfolgend genannten Teilbereichen?

   a) Wurden die Pflichten des Verantwortlichen wie beispielsweise die Hinweis- und Belehrungspflichten ausreichend umgesetzt?

   b) Wurden die Rechte der betroffenen Person wie zum Beispiel das Recht auf Berichtigung Datenlöschung und Auskunft ausreichend umgesetzt?

   c) Wie bewerten Sie die Tatsache, dass neben der neu eingeführten Datenschutzfolgenabschätzung in Art. 64 Gesetzentwurf PAG-Neuordnungsgesetz (nachfolgend: PAG-E) das Instrument der Errichtungsanordnung beibehalten und soweit dies rechtspraktisch möglich war, mit der Folgenabschätzung verbunden wurde?

2. Wie beurteilen Sie gemessen an den Maßgaben des BVerfG, besonders in seinem Urteil vom 20.04.2016 zum BKAG, dass Befugnisse, die tief in die Privatsphäre hineinreichen und zudem noch verdeckt erfolgen, insbesondere

   - auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein müssen,
   - Gefährdungen der gewichtigen Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar sein müssen,
   - die Befugnisse sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte erstrecken dürfen,
   - besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und von Berufsgeheimnisträgern normiert werden müssen,
   - die Befugnisse bestimmten Transparenzanforderungen unterliegen müssen,
   - durch Regelungen zur Erlangung individuellen Rechtsschutzes und aufsichtlicher Kontrolle flankiert sein müssen,
   - mit Löschungspflichten im Hinblick auf die erhobenen Daten ergänzt sein müssen,

   die Ausgestaltung der Befugnisse im III. Abschnitt 2. Unterabschnitt PAG-E nach Art. 33 bis 47 PAG-E und erläutern Sie im Hinblick auf die Maßgaben des BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.04.2016 bitte Folgendes:

   a) Wie ist die Neugestaltung von einzelnen Befugnisnormen in folgender Hinsicht zu bewerten:

      aa) Wurden die geforderten Richtervorbehalte ausreichend umgesetzt?

bb) Wie bewerten Sie die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bislang enthaltenen Straftatenkataloge?

b) Sehen Sie im Hinblick darauf, dass bei einigen polizeilichen Befugnissen – z.B. bei der neu geschaffenen Befugnis der Postsicherstellung (Art. 35 PAG-E), aber auch bei den bereits bisher im PAG bestehenden Befugnissen „Eingriffe in den Telekommunikationsbereich“ (Art. 42 PAG-E) und „Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme (vgl. Art. 45 PAG-E) - der mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen zum 01.08.2018 in das PAG aufgenommene Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr eingeführt wird, eine Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle und wie bewerten Sie dies verfassungsrechtlich?

c) Wie ist die Ausgestaltung der hypothetischen Datenneuerhebung zu bewerten?

d) Wie bewerten Sie die Ausgestaltung der polizeilichen Befugnisse in Art. 33 bis 47 PAG-E im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit?

e) Wurden die Maßgaben des BVerfG zum Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz ausreichend umgesetzt?

f) Ist die Aufhebung der Unterscheidung innerhalb der Berufsgeheimnisträger in Art. 49 PAG-E zwingend erforderlich oder kann der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der Datenschutzgrundverordnung auch dadurch Folge geleistet werden, dass eine Ausgestaltung des Art. 49 PAG-E entsprechend § 160a StPO bzw. § 62 BKAG-neu erfolgt?

g) Halten Sie eine besondere Rechtsgrundlage für die Maßnahme der Funkzellenabfrage für erforderlich?

h) Sind die vom BVerfG statuierten Unterrichtungspflichten ausreichend abgebildet?

i) Wie bewerten Sie allgemein die Einrichtung einer „Zentralen Datenprüfstelle“ als unabhängige Stelle zur Vermeidung von Kernbereichsverletzungen (Art. 41 Abs. 5, 42 Abs. 7, Art. 45 Abs. 4 und Art. 53 Abs. 3 PAG-E; Art. 13 f. POG-E)?

aa) Ist es nach den Vorgaben des BVerfG möglich, die geforderte Sichtung der Daten einer solchen Stelle zu übertragen, die nicht bei der Judikative angesiedelt ist?

bb) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit?

cc) Wie bewerten Sie die vorgesehene Möglichkeit, polizeilichen Sachverstand hinzuziehen zu können (vgl. Art. 13 Abs. 4 POG-E)?

3. Zur Ergänzung polizeilicher Befugnisnormen:

a) Wie bewerten Sie die DNA-Analyse als (neue) erkennungsdienstliche Maßnahme nach Art 14 Abs. 3 PAG-E?

b) Wie bewerten Sie die Befugnis der Meldeanordnung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PAG-E?

c) Stellt die vorgesehene Regelung zur Sicherstellung von unbaren Vermögensrechten (Art. 25 Abs. 2 PAG-E) eine angemessene Reaktion auf die Rechtsprechung des BayVGH dar?

d) Halten Sie Art. 22 Abs. 1 Satz 1 PAG-E für eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Durchsuchung vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennte Speichermedien? Halten Sie in Art. 22 Abs. 2 PAG-E Vorkehrungen zum Schutz von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen oder über deren Inhalt nach §§ 53, 53a StPO das Zeugnis verweigert werden könnte, für erforderlich?

e) Ist Art. 25 Abs. 3 PAG-E eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für diese Befugnis oder halten Sie ist einen Richtervorbehalt für erforderlich?

f) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Regelung zur molekulargenetischen Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft (Art. 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 PAG-E) im Hinblick auf den Rechtseingriff?

g) Wie bewerten Sie die Regelungen der Bildaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E?

h) Stellt Art. 33 Abs. 4 PAG-E eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz von Bodycams dar? Ergibt sich aus den am 28.02.2018 vorgestellten Ergebnissen der AG Bodycam Änderungsbedarf für die vorgesehene Regelung?

i) Stellen die vorgesehenen Regelungen zur Erhebung und Auswertung von Bild- und Videomaterial (Art. 33 Abs. 5 und 61 Abs. 1 und 2 PAG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz sog. intelligenter Videoüberwachung durch Muster- und Gesichtserkennung dar?

j) Sind bezüglich der Durchführung verdeckter polizeilicher Maßnahmen Annexkompetenzen anzuerkennen, wenn die Maßnahme ohne Überwindung besonderer (Zutritts-)Sicherungen etwa an Türen andernfalls nicht durchführbar wäre, oder bedürfte es hierzu einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage?

k) Halten Sie die Regelung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E, wonach besondere Sprengmittel, wie z.B. Handgranaten, gegen Personen in bestimmten Sachlagen zulässig ist, für verhältnismäßig und - gemessen an den rechtsstaatlichen Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit - auch für bestimmt genug?

l) Wird durch die neue Kostenpflicht des Art. 93 PAG-E die bislang unzureichende Kostenerhebungsmöglichkeit bei doppelfunktionalen Maßnahmen einer praktikablen Lösung zugeführt?

m) Wie bewerten sie die in Art. 94 PAG-E vorgesehene Möglichkeit, präventivpolizeiliche Opferschutzmaßnahmen treffen zu können?

4. Zur Ergänzung des BayDSG:

Stellt die im allgemeinen Datenschutzrecht vorgesehene Regelung zur Erhebung und Verarbeitung von DNA-Material (Art. 29 Abs. 5 bis 6 BayDSG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Errichtung einer DNA-Referenzdatenbank zum Ausschluss von Trugspuren dar?

B. BayVSG

1. Inwieweit sind die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar? Hierbei sollen besonders folgende Aspekte berücksichtigt werden:

   a) Welche Bedeutung kommt dabei der Aussage des ATDG-Urteils zu, die Rechtsordnung unterscheide zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können (BVerfGE 133, 277 Rn. 122)?

   b) Welche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass dem Verfassungsschutz als Nachrichtendienst keine exekutiv-polizeilichen Befugnisse zustehen (Art. 5 Abs. 2 BayVSG)?

   c) Wie wirkt sich die durch das Trennungsgebot in Deutschland bewirkte Aufgliederung des Gefahrenabwehrprozesses in Gefahrenerforschung (Nachrichtendienste) und Gefahrenintervention (Polizeibehörden) auf den Grundrechtsschutz des Betroffenen im Vergleich zu einem monistischen Modell aus, wie es z.B. in Gestalt des Österreichischen Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung verwirklicht ist?

   d) Welche Bedeutung haben die Anforderungen des BKAG-Urteils an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle für den Verfassungsschutz? Insbesondere:

      aa) Wie wirkt es sich aus, dass Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und Art. 45d GG den individuellen Rechtsschutz des Betroffenen gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch parlamentarisch bestellte Organe oder Hilfsorgane ersetzt?

      bb) Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass die EU-Polizei-Justiz-Richtlinie, deren Gleichlauf mit dem deutschen Verfassungsrecht das BKAG-Urteil betont (Rn. 134, 138), für Nachrichtendienste nicht gilt?

   e) Inwieweit lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung auf Übermittlungsvorgänge des Verfassungsschutzes übertragen? Insbesondere:

      aa) Inwieweit verringert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass Informationen aus dem

Kernbereich der privaten Lebensführung bereits vor der Übermittlung herausgefiltert werden (Art. 8a BayVSG-E)?

bb) Inwieweit verändert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass der Verfassungsschutz grundsätzlich keine Rohdaten übermittelt, sondern verdichtete und aufbereitete Auswertungsergebnisse?

cc) In welchem Verhältnis steht der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils zum informationellen Trennungsprinzip des ATDG-Urteils (BVerfGE 133, 277 Rn. 123)?

2. Steht die Aufhebung der Beschränkungen in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 BayVSG in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG?

Anlagenverzeichnis

Anlage 1
Stellungnahme Prof. Dr. Kurt Graulich
Humboldt-Universität zu Berlin 37

Anlage 2
Stellungnahme Prof. Dr. Josef Franz Lindner
Universität Augsburg 63

Anlage 3
Stellungnahme RiLG Dr. Markus Löffelmann
Landgericht München I 93

Anlage 4
Stellungnahme Prof. Dr. Markus Möstl
Universität Bayreuth 182

Anlage 5
Stellungnahme Prof. Dr. Thomas Petri
Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz 192

Anlage 6
Stellungnahme Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz
Julius-Maximilians-Universität Würzburg 285

Anlage 7
Stellungnahme RA Hartmut Wächtler
RAe Wächtler und Kollegen, München 298

(Beginn: 09.00 Uhr)

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Guten Morgen, meine sehr verehrten Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich begrüße natürlich auch die anwesende Öffentlichkeit, die Vertreter des Bundes Deutscher Kriminalbeamter und anderer Gewerkschaften, die anwesend sind.

In unserer heutigen Sitzung werden wir eine Anhörung zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts – PAG-Neuordnungsgesetz – und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes durchführen. Insbesondere Ersterer ist ein durchaus wuchtiger, umfangreicher, detailhafter Gesetzentwurf, sodass wir Ihnen, den Herren Sachverständigen, bereits jetzt dafür danken, dass sie sich in relativ kurzer Zeit eingearbeitet haben und heute zur Verfügung stehen. Sie haben uns auch schon schriftliche Stellungnahmen übermittelt, die wie Ihre heutigen Ausführungen in ein Kompendium eingehen, das uns für die weitere politische Bewertung beider Gesetze und die weitere parlamentarische Behandlung sehr hilfreich sein wird. – Zur Unterstützung des Protokolls wird eine Tonaufnahme angefertigt; denn wie immer bei Anhörungen wird es ein Wortprotokoll geben. Die Tonaufnahmen werden anschließend wieder gelöscht. – Das nur zu Ihrer Information.

Wir haben jetzt einen Zeithorizont bis 11.30 Uhr; dann ist das definitive Ende der Sitzung. Wir müssen uns also alle konzentrieren. Ich bitte, dass uns zunächst jeder von Ihnen, den Sachverständigen, den Kern seiner Botschaft übermittelt. Anschließend werden wir durch Fragen und Beiträge der Kolleginnen und Kollegen in Detaildiskussionen einsteigen.

Wir befassen uns im PAG mit nichts Geringerem als dem Kern des Polizeirechts, der Kernbefugnisnorm, dem Befugnisgesetz, das der Polizei zur Verfügung steht, um im präventiven, im gewalt- und im gefahrabwehrenden Bereich tätig zu sein. In diesem Gesetz geht es um dreierlei, nämlich zum einen darum, datenschutzrechtliche Dinge einzuarbeiten, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einzuarbeiten und Befugnisse angesichts neuer Bedrohungssituationen, Bedrohungslagen – Stichwort: Terror – und angesichts technischer Möglichkeiten, die nutzbar gemacht können bzw. sollen, zu modernisieren und fortzuschreiben. Das ist der Kern der Modernisierung, der Weiterentwicklung. Er ist natürlich und logischerweise politisch umstritten. Genau um die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Dinge geht es uns heute. Danke, dass Sie uns dafür zur Verfügung stehen.

Ich schlage vor, dass wir in folgender Reihenfolge vorgehen: Zunächst Prof. Möstl, dann Herr Dr. Löffelmann, Prof. Lindner, Prof. Graulich, Prof. Petri, dann der Rechtsanwalt Wächtler und Prof. Schwarz. – Ich begrüße natürlich auch den Kollegen Schindler; wir führen die Anhörung gemeinsam durch.

Vorsitzender Franz Schindler (SPD): Meine sehr verehrten Damen und Herren, lieber Herr Kollege Dr. Herrmann! Heute gibt es andernorts auch noch wichtige Entscheidungen zu treffen. Deswegen ist unsere Zeit beschränkt. Ich weiß nicht, ob es möglich sein wird, dieses wuchtige Gesetzesvorhaben an all den Details zu diskutieren, wie es eigentlich erforderlich wäre. Ich hoffe es zumindest. Es geht nach meiner Einschätzung um nichts weniger als darum, die Sicherheitsarchitektur in Bayern vielleicht sogar vorbildhaft für andere Bundesländer in einer Weise zu verändern, die von Bedeutung ist und weit über das hinausgeht, was wir bislang in der Bundesrepublik Deutschland an Sicherheitsarchitektur hatten.

Die heutige Anhörung führen die Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport und für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen gemeinsam durch. Schon dadurch wollen wir zum Ausdruck bringen, dass es nicht nur um polizeirechtliche Notwendigkeiten geht, sondern dass der Blick immer auch auf verfassungsrechtliche Implikationen gerichtet werden muss. Deswegen sage ich den Sachverständigen für den Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen ganz herzlichen Dank für ihr Kommen, aber auch dafür, dass sie schon vorweg schriftlich Stellung genommen haben.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Gut, vielen Dank. – Dann können wir beginnen. Bitte, Herr Prof. Möstl.

SV Prof. Dr. Markus Möstl (Universität Bayreuth): Herr Vorsitzender, vielen Dank. Der Gesetzentwurf verfolgt, wie Sie ja schon gesagt haben, zwei Ziele: Zum einen geht es um Umsetzungsnotwendigkeiten – Bundesverfassungsgericht und JI-Richtlinie –, zum anderen um die Ergänzung polizeilicher Befugnisse.

Ich spreche zunächst zur Umsetzung von Vorgaben. Hier ist meines Erachtens offensichtlich, dass der Gesetzentwurf von dem Bemühen geprägt ist, die vielen Vorgaben Punkt für Punkt getreulich umzusetzen. Ich habe auch den Eindruck, dass diese Anforderung gut erfüllt ist. Das ist in Ordnung.

Wenn man ein Problem beschreiben möchte, liegt es eher auf einer anderen Ebene, nämlich der, dass der Gesetzentwurf vor Augen führt, wie dicht diese Vorgaben inzwischen sind. Das Bundesverfassungsgericht ist zum Teil meines Erachtens auch zu Recht dafür kritisiert worden, mit welcher Detailschärfe es im Polizeibereich dem Gesetzgeber Vorgaben macht. Das führt insgesamt dazu – das wird im Gesetzentwurf sehr deutlich –, dass das Recht des polizeilichen Datenschutzes einen Komplexitätsgrad erreicht hat, dass es selbst für einen Spezialisten nur noch schwer zu überschauen ist. Solches Recht kann natürlich auch die Praxis nur bedingt gut steuern. Ich habe seit Längerem die Befürchtung, dass das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber in eine regelungstechnische Sackgasse treibt. Das ist meines Erachtens auch hier deutlich.

Das Problem ist, dass jetzt auch noch die Vorgaben des Europarechts dazu kommen und umgesetzt werden müssen, die JI-Richtlinie. Hier müssen wir feststellen, dass das Datenschutzkonzept dieser Richtlinie wiederum ein ganz anderes ist als das, das uns das Bundesverfassungsgericht vorgibt. Vom Verfassungsgericht aus gesehen ist eigentlich der dogmatische Kern die normenklare Fassung der vielen verschiedenen Eingriffsbefugnisse, Datenerhebungsbefugnisse mit jeweils unterschiedlichen, differenziert auszugestaltenden Schwellen. Dann kommen solche Doktrinen dazu wie der Kernbereichsschutz. Das alles spielt im Europarecht keine große Rolle, sondern da haben wir nur ganz vage Vorgaben, was diese Punkte betrifft. Stattdessen haben wir andere, eher prozedurale, eher strukturelle, eher an der Qualität der Daten orientierte Vorgaben.

Nun steht der Gesetzgeber vor der Aufgabe, beides zusammenzubringen. Er kann es nur so machen, dass er die Dinge kumulativ normiert, was allerdings das regelungstechnische Korsett noch enger macht. Das alles ist nicht Schuld der Entwurfsverfasser oder des Gesetzgebers; das ist eine Feststellung, dass wir in einem Zustand angelangt sind, in dem die Vorgaben so dicht geworden sind, dass es sehr schwierig ist, ein gut lesbares Gesetz vorzulegen. Die Umsetzungstechnik ist also meines Erachtens einwandfrei. Dennoch – sozusagen aus wissenschaftlicher, aber vielleicht auch aus praktischer Sicht – würde man sich im Polizeirecht manchmal nach dem vielen Hin und Her zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber eine Art Befreiungsschlag wünschen, einen Neustart, die Überlegung, das Datenschutzrecht mal übersichtlicher neu zu konzipieren. Vielleicht ist die Diskussion um den Musterentwurf eines Polizeigesetzes eine Gelegenheit, das noch einmal zu bedenken. Da wird der bayerische Entwurf als Vorbild sicher eine große Rolle spielen, wie schon gesagt wurde.

Der andere Punkt betrifft die Ergänzung der polizeilichen Befugnisse. Hier ist es meines Erachtens ein Gebot des staatlichen Sicherheitsauftrags, auch des Art. 99 der Bayerischen Verfassung, dass die Befugnisse der Polizei mit den technischen Möglichkeiten und den einsatztaktischen Erkenntnissen Schritt halten. Ich kann keine grundsätzlich problematische Tendenz darin erkennen, dass der Befugniskatalog um neue Befugnisse ausgeweitet wird. Natürlich betritt man auch dabei zum Teil Neuland. Es ist dann Aufgabe des Gesetzgebers, zu überlegen, was das Bundesverfassungsgericht wohl für eine solche neuartige Befugnis verlangen würde. Ich bin aber der Meinung, dass hier durchwegs verfassungsrechtlich gut vertretbare Lösungen gefunden worden sind. Man weiß natürlich nie genau, wie das Bundesverfassungsgericht entscheiden würde. Aber ich halte die Ausgestaltung der Befugnisse für mindestens sehr gut verfassungsrechtlich vertretbar.

Ich kann in dem Gesetzentwurf, obwohl das immer wieder gesagt wird, keine bedenkliche Tendenz einer Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen erkennen, insbesondere soweit jetzt verstärkt auf die Schwelle der drohenden Gefahr abgestellt wird. Das ist ja nun genau die Schwelle, die das Bundesverfassungsgericht für solche schwerwiegenden Datenerhebungseingriffe formuliert hat. Es hat diese Schwelle wohl auch so formuliert als Reaktion darauf ist, dass es selbst den Begriff der konkreten Gefahr noch viel enger gefasst hat, als man es früher getan hätte. Jetzt muss man sozusagen nachsteuern und eine moderate Vorfeld-Befugnis eröffnen. Darin kann ich nicht insgesamt eine bedenkliche Tendenz der Vorverlagerung erkennen. Das ist keine sehr weite Vorverlagerung. Und man kann auch nicht oft genug betonen, dass Gefahrermittlung denknotwendig im Gefahrenvorfeld ansetzen muss – das ist nichts an sich Bedenkliches. Man muss die Schwellen halt nur adäquat ausgestalten; aber die Schwellen folgen ja genau dem, was das Bundesverfassungsgericht vorgegeben hat.

Ich kann durch die Kumulation der neuen Befugnisse auch nicht einen irgendwie bedenklichen Schritt in Richtung Überwachungsstaat erkennen. Ich habe insgesamt den Eindruck, dass das Besorgnispotenzial, das die Fachdiskussion kennzeichnet, eigentlich in keinem vernünftigem Verhältnis mehr zum Empfinden der Bevölkerung steht, das die Polizei doch in erster Linie doch als Schützer ihrer Rechte ansieht und nicht als Bedrohung ihrer Rechte. Sicherlich wird man im Zeitalter der Digitalisierung achtgeben müssen, dass der Mensch datenmäßig

nicht total erfasst wird. Aber auch nach diesem Gesetzentwurf glaube ich nicht, dass diese Gefahr gerade von der Polizei ausgeht. – Vielen Dank.

SV RiLG Dr. Markus Löffelmann (Landgericht München I): Sehr geehrte Damen und Herren Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete! Ich habe in meinen schriftlichen Stellungnahmen zu allen Artikeln des PAG-Entwurfs detailliert Stellung genommen, möchte darauf verweisen und mich im Übrigen entsprechend der Bitte des Herrn Vorsitzenden in meinem Eingangsstatement auf einige übergeordnete, übergreifende Botschaften beschränken.

Erstens, Anerkennung: Ich kann dem Unternehmen einer Novellierung des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes eine grundsätzliche Anerkennung nicht versagen. Das ist ein sehr großes, umfangreiches Unternehmen. Soweit die Umsetzung europarechtlicher und verfassungsgerichtlicher Vorgaben zum Datenschutz betroffen ist, ist dies meines Erachtens auch in durchaus sachgerechter Weise erfolgt. Ich sehe auch noch andere aus Praxissicht zu begrüßende Änderungen; hervorheben möchte ich hier die Regelung der Postbeschlagnahme. Das überzeugt mich, soweit diese nicht schon an die Schwelle einer drohenden Gefahr geknüpft ist; außerdem die Ausweitung der molekulargenetischen Analyse von aufgefundenem DNA-Material und der Einsatz von Body-Cams.

Zweitens, Komplexität: Den Ausführungen meines Vorredners möchte ich ausdrücklich beitreten bezüglich seiner Kritik an der mit der Umsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben einhergehenden, überbordenden Zunahme der Komplexität des Gesetzes. Ich bin als Praktiker ein großer Freund der Reduktion von Komplexität. Ich kann allerdings nicht seine Auffassung teilen, dass die Verantwortung hierfür allein bei der Gesetzgebung auf EU-Ebene und beim Bundesverfassungsgericht liegt. Es gibt keinen verfassungsrechtlichen oder sonstigen Zwang, verfassungs- und europarechtliche Spielräume stets bis an die Grenze des Zulässigen auszureizen, gelegentlich auch zu überreizen und dadurch verfassungsgerichtliche Korrekturen geradezu zu provozieren – Korrekturen, die naturgemäß immer im Detail liegen. Dem bayerischen Gesetzgeber wäre es völlig unbenommen, durch verfassungsrechtlich zurückhaltendere Entscheidungen einheitliche Eingriffsschwellen und Schutzbereiche zu schaffen und dadurch die Komplexität des Gesetzes beträchtlich zu reduzieren. Weniger ist manchmal mehr, meine Damen und Herren! Dieser Befund betrifft nicht nur das Polizeirecht, sondern in gleicher Weise auch die anderen Bereiche des Sicherheitsrechts.

Drittens, rechtstatsächliche Grundlagen: Verfassungsrecht ist in seinem Kern Ausgleich einander widerstreitender Interessen. So einen Ausgleich zu schaffen, stellt einen kreativen Akt dar, für den in erster Linie der Gesetzgeber die Verantwortung trägt. Dass er einen weiten Gestaltungsspielraum hat, bedeutet freilich nicht, dass er bei seinen Entscheidungen völlig frei wäre. Hier kommt der Gesichtspunkt der Empirie ins Spiel. Verhältnismäßigkeit setzt denknotwendig eine Bewertung und Gewichtung des öffentlichen Interesses an Grundrechtsbeschränkungen voraus. Und dieses Interesse muss auch einen Anhalt im Tatsächlichen haben. Auf eine Begründung und Erläuterung des öffentlichen Interesses und seines Gewichts verzichtet dieser Gesetzentwurf aber weitgehend. Und das ist vielleicht seine größte Schwäche.

Auf dieser Grundlage, meine Damen und Herren, kann man meines Erachtens keine seriöse Bewertung hoheitlicher Maßnahmen vornehmen, weder als Gesetzgeber noch als Sachverständiger.

Viertens, Verhältnismäßigkeit: Der PAG-Entwurf weitet die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr auf beinahe sämtlichen polizeilichen Befugnisse aus. Ich möchte hier meine Kritik an der defizitären Bestimmtheit dieses neuen Gefahrenbegriffs, die ich im vergangenen Jahr angebracht habe, nicht wiederholen. Wichtig ist aber, zu sehen, dass das Bundesverfassungsgericht mit den der Schaffung dieses Begriffs zugrunde liegenden Formulierungen den Bereich des Gefahrenvorfelds behutsam für bestimmte polizeiliche Maßnahmen zum Zwecke der Abwehr terroristischer Gefahren geöffnet hat. Über diesen Zuschnitt ging schon die Gesetzänderung vom vergangenen Jahr und geht erst recht der gegenständliche Entwurf nicht nur maßvoll, sondern so beträchtlich hinaus, dass man meines Erachtens von einem gewaltsamen Paradigmenwandel im bayerischen Polizeirecht sprechen muss. Ehrlich gesagt, hatte ich eine solche beabsichtigte Ballung eingriffsintensiver Befugnisse bei *einer* Sicherheitsbehörde bislang nicht für möglich gehalten. Wenn die Rede des Bundesverfassungsgerichts von einer zu beachtenden Überwachungsgesamtbilanz einen realen Anwendungsbereich haben soll, dann hier.

Fünftens, Komplementarität: Nachrichtendienste, Polizei und Strafverfolgungsbehörden bilden die drei zentralen Säulen der deutschen Sicherheitsarchitektur – oder wie mein geschätzter Kollege Professor Graulich es einmal prägnant ausgedrückt hat: Sie

erfüllen als Wachturm, Schild und Schwert unterschiedliche, aber auf dasselbe Ziel hin angelegte Aufgaben. Mit anderen Worten: Alle drei Bereiche wirken idealerweise komplementär zusammen. Dem informationellen Trennungsgebot, das das Bundesverfassungsgericht im Antiterrordateigesetz-Urteil entwickelt hat, korrespondiert daher ein Kooperationsgebot. Mit dieser Idee eines komplementären Zusammenwirkens hat der PAG-Entwurf, der der Polizei ausgedehnte Befugnisse im Gefahrenvorfeld überantwortet, nichts zu tun. Der PAG-Entwurf und der Entwurf zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes sind in diesem Punkt meines Erachtens sogar widersprüchlich.

Schließlich kommen wir zum letzten Punkt, der Übertragbarkeit: Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im BKAG-Urteil zum Grundsatz der Datenneuerhebung beanspruchen, eine Konsolidierung der bisherigen Rechtsprechung zu sein. Sie beanspruchen damit auch eine Übertragbarkeit auf andere Bereiche des Sicherheitsrechts einschließlich des Rechts der Nachrichtendienste. In meinen Augen ist dieser verallgemeinernde Anspruch nicht überzeugend; denn aus dem unterschiedlichen Aufgabenzuschnitt der verschiedenen Behörden folgen meines Erachtens denknotwendig verschiedene Anforderungen an die Datenverwendung. Schlüssiger wäre es meines Erachtens, sich am spezifischen Gewicht der Datenverwendung und der dadurch verfolgten öffentlichen Interessen zu orientieren. Der Gesetzgeber sollte daher die im BKAG-Urteil eröffnete Möglichkeit des Abweichens von einer schematischen Anwendung dieses Prinzips nutzen. – Ich bedanke mich für die Aufmerksamkeit.

SV Prof. Dr. Josef Franz Lindner (Universität Augsburg): Sehr geehrte Damen und Herren Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete! Ich habe eine Vorbemerkung und drei kurze Hauptanmerkungen.

Die Vorbemerkung lautet wie folgt: Ich beschäftige mich seit etwa dreißig Jahren wissenschaftlich mit dem Polizeirecht in verschiedensten Modalitäten. Ich muss sagen: Ich hab sehr, sehr lange gebraucht, bis ich diesen Gesetzentwurf durchdrungen habe. Nun ist Polizeirecht ja auch effektives und schnelles Handeln unter Zeitdruck vor Ort. Ich bitte, nur mal zu überlegen, wie und ob es Polizeibeamten tatsächlich möglich ist, dieses komplexe Regelungsgebilde in der polizeipraktischen Stresssituation zu handhaben. Das ist nicht so sehr eine wissenschaftliche wie eine praktische Anmerkung.

Meine drei Hauptpunkte: Erstens ist es aus meiner Sicht gelungen, die Richtlinie umzusetzen. Ich habe die wesentlichen Artikel der Richtlinie daraufhin abgeklopft, ob und wie sie umgesetzt worden sind. Es gibt meines Erachtens hier nichts zu beanstanden. Man hätte natürlich immer noch etwas mehr draufle-gen können, übererfüllen können. Das hätte aber die Komplexitätsschraube nur noch weiter angezogen, sodass ich nicht der Meinung bin, dass man hier noch nachlegen müsste.

Zweitens, der schwierigere Punkt: Anpassung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Hier erlaube ich mir doch eine kritische Anmerkung insofern, als es das Bundesverfassungsgericht offensichtlich geschafft hat, dass der Gesetzgeber nicht mehr nach seinem politischen Gestaltungsspielraum, seinen politischen Präferenzen handelt, sondern das, was der Erste Senat, genauer genommen: der Berichterstatter des Ersten Senats, in mehr oder weniger freier Rechtschöpfung aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in einer Detailgenauigkeit ableitet, dass man als Wissenschaftler nur den Kopf schüttelt. Kollegen haben hier auch hier zu Recht, vielleicht etwas überspitzt vom rechtsdogmatischen Overkill gesprochen. Also, es wäre schön, wenn der Gesetzgeber – der bayerische wäre dafür ja prädestiniert – hier doch mal versucht, dem etwas entgegenzusetzen und das Gebot der Normenklarheit, das das Bundesverfassungsgericht aufgestellt hat und das ja paradoxerweise in der Umsetzung dann dazu führt, dass es viel weniger klar ist als vorher, umzusetzen und doch zu überlegen, ob man im Bereich des polizeilichen Datenschutzes, des Kernbereichsschutzes, nicht doch stärker auf Generalklauseln umstellt. Das Polizeirecht ist immer eine Domäne der Generalklausel gewesen. Man hat das Prinzip der Generalklausel im Verwaltungsrecht immer – oder oft – anhand des Polizeirechts erläutert. Davon findet sich nichts mehr. Stattdessen wird in einer Weise ausdifferenziert und auseinandergefieselt, dass man das in der Schnelle nicht mehr wirklich durchdringen kann. Mein Appell ist also, ob sich der Gesetzgeber nicht etwas mehr gegenüber dem Bundesverfassungsgericht traut; denn die Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts ist keineswegs unumstritten, und es ist keineswegs gesagt, dass das Bundesverfassungsgericht diese Komplexitätsschraube, die es selber angezogen hat, immer weiter anziehen wird.

Bei meiner dritten und letzten inhaltlichen Bemerkung kann ich mich an den Kollegen Möstl anschließen. Die neuen Befugnisse, die der Gesetzgeber geregelt hat, gehen zugegebenermaßen ziemlich weit; das muss man sagen. Sie sind tiefgreifende Eingriffsbefugnisse, die allerdings Antworten auf eine veränderte Bedrohungslage geben sollen. Im Grunde muss es dem Gesetzgeber erlaubt sein, auf

Augenhöhe mit denjenigen zu treten, die für die Bedrohungslage verantwortlich sind. Die neuen Befugnisse sind in vielfältiger Weise verfahrensrechtlich abgesichert, sie sind gerichtlich, verwaltungsgerichtlich kontrollierbar, stehen in weiten Teilen unter Richtervorbehalt und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sodass ich verfassungsrechtlich nicht zu dem Urteil käme, das sei verfassungswidrig.

Letzter Punkt. Der Begriff Überwachungsgesamtbilanz ist in der Tat vom Bundesverfassungsgericht erfunden worden. Er wird in der politischen Diskussion vorgebracht. Ich frage mich, was er eigentlich bedeuten soll: Ist das die Gesamtbilanz der Überwachung einer einzelnen Person, einer Personengruppe, ist es nur das Aneinanderreihen von Befugnisnormen: "Oh, jetzt darf die Polizei aber viel – das ist zu viel". Was bedeutet der Begriff der Überwachungsgesamtbilanz also? – Das ist in der Rechtswissenschaft und verfassungsrechtlich keineswegs klar, so dass sie meines Erachtens für diese Diskussion auch keinen brauchbaren Begriff darstellt. – Vielen Dank.

SV Prof. Dr. Kurt Graulich (Humboldt-Universität zu Berlin): Drei Bemerkungen. – Die erste Bemerkung enthält sozusagen Kulturkritik. Wir leben alle in der Zeit von Bob Dylan "The Times, they are changing". Das gilt für alle Beteiligten. Die Kommunikation hat sich in einem immer stärker werdenden Maße in diskrete Räume zurückgezogen. Das, was wir heute so pauschal als soziale Netzwerke bezeichnen, oder auch allein das Quantum an Telekommunikation, das heute stattfindet, bedeutet einen Rückzug aus der Öffentlichkeit in eine neu zu definierende Öffentlichkeit. Das sind nicht nur Räume des Genusses, sondern auch Räume der Gefahren. Es ist völlig klar, dass eine Staatsregierung, dass Sicherheitsbehörden versuchen müssen, sich dazu zu verhalten, und dann stehen sie vor dem Problem, dass sie in diskrete Räume eindringen müssen, in Räume, die des Schutzes bedürfen. Das löst ganze Kettenreaktionen von schwierigen Rechtsfragen aus. Derzeit sind die Gerichte und die Gesetzgeber in den verschiedenen Körperschaften, diese abzuarbeiten. Ich glaube, wir alle miteinander sollten hier etwas vorsichtig mit der Bewertung umgehen, weil das Terrain aus den genannten Gründen schwierig ist. Ich habe aber mit dem Bob-Dylan-Zitat begonnen, weil die größte Schwierigkeit bereits 1882 mit der Berlin-Kreuzberg-Entscheidung des Preußischen OVG ausgelöst worden ist: Damals wurde ja sozusagen die differenzierte Verwaltung geschaffen und der bis dahin bestehenden, übermächtigen Polizeiverwaltung der ganze Zivilsektor aus der Hand genommen. Die sind damit auch klargekommen, und wir werden damit auch klarkommen.

Zweite Bemerkung: Ich habe die einzelnen Punkte dieses Gesetzentwurf unterteilt in solche, denen ich eher zustimme, und solche, denen ich eher nicht zustimme. Ich nenne erst mal diejenigen, denen ich erst mal zustimme: Die Regelung über die Postbeschlagnahme überrascht zwar etwas, weil sie einem sozusagen etwas atavistisch vorkommt. Aber der Bundesgesetzgeber hat sich zuvor auch schon für diese Regelung entschlossen; wir haben sie in der Strafprozessordnung. Ich glaube, da ist nichts einzuwenden. – Positiv sehe ich die Regelung der Meldeanordnung oder der Meldeauflage. Mein alter Senat in Leipzig hat es noch für möglich gehalten, das auf die Generalermächtigung zu stützen. Das habe ich persönlich immer für etwas grenzwertig gehalten; insofern begrüße ich, daraus eine Standardermächtigung zu machen. Die Body-Cam-Regelung ist schon genau so eine Regelung auf der Kante. Mein Kollege Ruthig hat gerade einen Aufsatz geschrieben, in dem er sich zu der Bundesregelung positiv verhalten hat. Das ist eine Position, die man ohne Weiteres vertreten kann. Ich weise aber auf Folgendes hin: Mein alter Senat hatte sich mit einer Fotoaufnahme von mehreren Polizeibeamten durch zwei Fotojournalisten zu beschäftigen, die sich dagegen mit persönlichkeitsrechtlichen Einwänden verwahrt haben. Wir haben das immerhin für eine mögliche Berufungsstation gehalten. Sie lösen mit der Body-Cam-Regelung Folgendes aus: Ein Polizeibeamter, der mit einer Body Cam wird auf einen mit einem Handy ausgestatteten Menschen treffen, der eine Gegenaufnahme macht. Dann sind Sie in der Situation von Angriff und Verteidigung. Das wird eine höchst schwierige Folgereaktion auslösen. Ich gebe also zu bedenken, dass hier ein Problem gelöst und gleichzeitig eine Vielzahl neu geschaffen wird.

Bei einer dritten Gruppe von Vorschriften habe ich eher Bedenken; ich versuche, es schnell zu machen. Die Durchsuchung von Speichermedien, die neben solchen liegen, die durch einen Beschlagnahmebeschluss gesichert sind: Ich halte alle diese Regelungen für zumindest unklar. Handelt es sich dabei um Medien, die erst unter Zuhilfenahme von Telekommunikation zugänglich sind, also wie das, was wir heute Cloud nennen? – Dafür brauchen Sie zumindest eine weitere Ermächtigungsgrundlage und einen weiteren richterlichen Beschluss – oder die Norm ist unklar gefasst.

Die molekulargenetische Untersuchung ist der zweite Punkt unter den problematischen Vorschriften. Da öffnen Sie eine Pandorabüchse der Unklarheiten

und – ich vermute oder befürchte – auch der Diskriminierung, wenn Sie diese Regelung anwenden. Ich hatte mir einen bösen Spruch aufgeschrieben, den ich zu Papier bringen wollte: Sie schaffen eine Art polizeirechtlicher Warnvermutung. Das heißt: Es wird vermutet, dass irgendwelches molekulargenetisches Material, das herumliegt, mit Gefahrenabwehr zu tun haben könnte. Das wird dann nach wiederum höchst unsicheren Parametern untersucht, und daraus werden wiederum weitergehende unsichere Schlussfolgerungen gezogen. Die bewegen sich dann alle in den bekannten Räumen von Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, geografischer Herkunft und so weiter. – Ich rate dringend davon ab, diesen Weg weiterzugehen. Sie werden sich völlig verheddern.

Bildaufnahmen sind der dritte Punkt. Sie sind für sich genommen zweckmäßig, weil sie helfen, den Personaleinsatz der Polizei zu begrenzen. Vom Aufschlag her habe ich dagegen also keinen Einwand; es geht nur um die Frage der Speicherung. Handelt es sich also wirklich nur um Snapshots, die sofort, nachdem sie unternommen wurden, auch wieder gelöscht werden oder wird da was gespeichert? – Darüber wäre zu reden.

Die Frage der intelligenten Videoüberwachung hat damit zu tun, wie sie sie hintergründig verknüpfen. Für sich genommen ist es wieder eine Schonung von Personalressourcen; wenn Sie das allerdings hintergründig verknüpfen und speichern, erreichen Sie eine völlig neue Dimension, die zur Totalüberwachung führen kann. Ich verwehre es mir, Ihnen gleich diese Polemik umzuhängen; denn das muss nicht dazu führen. Aber man muss jedenfalls äußerst vorsichtig sein.

Mein letzter Punkt: 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. – Vielen Dank.

SV Prof. Dr. Thomas Petri (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz): Sehr geehrte Herren Vorsitzende, sehr geehrte Stellvertretende Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete! Ich glaube, es war im Jahr 2008, als der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts eine mündliche Verhandlung zur Online-Durchsuchung durch das Verfassungsschutzamt Nordrhein-Westfalen durchgeführt hat. Dabei hat der Senatsvorsitzende darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber im Grundsatz darauf vertrauen kann, dass Vollzugsorgane sich an Recht und Gesetz halten, wie es Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz vorsieht. Bevor ich zur Einzelausführung komme, möchte ich darauf hinweisen, dass ich diese Einschätzung aufgrund meiner Prüferfahrung teilen kann. Natürlich macht die Polizei, macht der Verfassungsschutz hin und wieder mal Fehler. Aber mein Eindruck ist, dass das Bemühen, sich an geltendes Recht und Gesetz zu halten, da ist. Das möchte ich vorausschicken.

Zweitens. Ebenso unstreitig und gefestigte Rechtsprechung ist, dass der Gesetzgeber die Polizei dazu befähigen muss, sich an Recht und Gesetz zu halten. Das Bundesverfassungsgericht stellt dazu Leitlinien auf, die von Verfassungs wegen geboten sind. Deswegen halte ich es, ehrlich gesagt, ein bisschen für daneben, dass wir hier zwei Rechtslehrer haben, die dem Gesetzgeber empfehlen, das Bundesverfassungsgericht auszutesten. Das finde ich sehr problematisch, muss ich mal an dieser Stelle sagen. Wir haben eine gefestigte Rechtsprechung in über zwanzig Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu einem Thema. Wenn man da noch von vagen, umstrittenen Themen spricht, möchte ich doch mal ein Fragezeichen dagegensetzen und an das anknüpfen, was Herr Dr. Löffelmann und Herr Graulich schon ausgeführt haben.

Zu den Punkten, die ich hervorheben möchte, im Einzelnen: Wenn ich die Polizei befähigen will, muss ich zwei Dinge tun. Ich muss erstens klären, was die Polizei tun darf; das ist die Frage nach dem Ob. Zweitens muss ich für den Normanwender nachvollziehbar klären, wie sie das tut, also, welches Verfahren sie zu beachten hat. Bei mehreren Vorschriften habe ich ganz erhebliche Zweifel, ob das gelungen ist.

Ich möchte die Durchsuchung elektronischer Speichermedien – Artikel 22 Absatz 2 – als Beispiel voranstellen; das ist auch schon von Herrn Graulich angesprochen worden. Diese Vorschrift verweist auf die Regeln einer normalen Durchsuchung. Ich hab

hier mal einen Speicherstick mitgebracht, einen ziemlich alten USB-Stick. Er hat nur vier Gigabyte. Wenn Sie ausdrucken, was da alles drauf ist – er ist ziemlich voll, weil ich ihn dauernd benutze –, kommen Sie auf 24 Regalmeter ausgedrucktes Papier, eng beschrieben – 10 bis 12 pt. Das ist nicht vergleichbar mit der Durchsuchung eines Rucksacks eines Sportfans, der ins Stadion geht, um festzustellen, ob der irgendwelche Pyrotechnik dabei hat. Die Eingriffsintensität ist grundlegend anders, und das muss man berücksichtigen. Sie gehen unter Umständen in Bereiche hinein – – Dieser Stick ist natürlich verschlüsselt – ich bin ja beim Datenschutz. Ich lege da natürlich auch Privatkorrespondenz ab, unter Umständen auch private Notizen. Das ist kernbereichsrelevant.

Und nebenbei bemerkt, wenn wir schon beim Thema sind: Dieser Stick ist verschlüsselt. Viel Spaß bei der Durchsuchung. Wie ist denn das beispielsweise mit den Mitwirkungspflichten? Muss der Betroffene dulden, den Stick abgenommen zu bekommen, wie lange muss er das dulden, muss er vielleicht sogar mitwirken? Muss er der Polizei sagen: Bitte schön, ich mache Ihnen das Ding auf? – Wie lange brauchen Sie denn da, wenn Sie versuchen, das Ding zu knacken, Herr Schmidbauer? – In Berlin haben Sie sich sechs Monate lang daran die Zähne ausgebissen, und dann haben Sie festgestellt: Ah, Moment, da gibt's einen Bußgeldtatbestand, den der Berliner Beauftragte für Datenschutz als Bußgeldbehörde ausfüllen kann. Dann haben Sie kurz vor Ablauf der Frist gesagt: Ihr seid doch zuständig. – Nebenbei bemerkt: Wir haben es hingekriegt, ein Bußgeld zu verhängen. Vielleicht ist die Polizei in Bayern schneller, aber dass man zur Gefahrenabwehr es zeitnah hinkriegt, einen verschlüsselten Stick zu knacken oder in einen verschlüsselten Bereich hineinzukommen – hm, im Rahmen einer Durchsuchung? – Überlegen Sie sich noch einmal, ob man da klärt, was eigentlich der Betroffene tun muss, was seine Rolle in dieser Situation ist: Muss er mitwirken, muss er das dulden, und unter welchen Voraussetzungen? – ich denke schon, dass man da über einen Richtervorbehalt nachdenken sollte. Ein Richter nimmt solche Dinge möglicherweise in die Anordnung hinein. – Das wäre der erste Punkt.

Bei der DNA-Analyse möchte ich an das anknüpfen, was Herr Graulich gesagt hat. Sie regeln da ja den Zugriff auf sprechende DNA-Sequenzen. Da wäre meine erste Frage: Wie ist es denn da eigentlich mit kernbereichsrelevanten Daten? Können Sie ausschließen, dass Sie, wenn Sie diese Analyse machen, den Zugriff auf kernbereichsrelevante Daten vermeiden? Sie sind da in einem Bereich tätig, wo es eine Vielzahl von Kammerentscheidungen gibt, die sich mit nicht kodierenden Sequenzen befassen. Nicht kodierende Sequenzen hat das Bundesverfassungsgericht gehalten, weil es einen gesetzlich vorgesehenen Richtervorbehalt gibt, weil das eine oder andere eben auch mit Einwilligung der betroffenen Personen läuft, wo es Verfahrensregeln gibt. Da ist darauf hingewiesen: Ihr müsst die Freiwilligkeit einer solchen Entscheidung sicherstellen. Das sehe ich hier nicht in hinreichender Form. Wenn Sie überhaupt an einer solchen Regelung festhalten, dann müssen Sie viel, viel deutlicher und klarer regeln, wie Sie ausschließen wollen, dass der Kernbereich nicht betroffen wird. Es ist dann immer noch eine Vollzugsfrage, ob man das umsetzen kann. Aber Sie können nicht in die sprechende DNA hineingehen. Das ist verfassungsrechtlich hoch problematisch.

Body Cams sind der nächste Punkt, der Einsatz von Body Cams in Wohnungen, Artikel 3 Absatz 4 Satz 2. – Herr Möstl, Sie haben vorhin die Rechtsprechung als überbordend kritisiert. Ich möchte demgegenüber darauf hinweisen, dass Artikel 13 Absatz 4 die technische Überwachung in Wohnungen ausdrücklich regelt. Dazu braucht es gar keine Rechtsprechung. Da steht nichts von heimlich. Da steht nichts von heimlich! – Das bedeutet, dass wir grundsätzlich einen Richtervorbehalt brauchen; denn Sie sagen: Okay, das geht typischerweise nicht. Wenn ich die Polizei losschicke, weil eine Prügelei ansteht – das ist ein typischer Anwendungsfall, nehme ich mal an –, weil das Geschirr fliegt oder Geschrei ist und möglicherweise schon Schmerzensschreie zu hören sind, dann hat die Polizei keine Zeit dafür. Das sehe ich ein. Aber wenigstens im Nachgang muss man das noch einmal überprüfen. Alles andere steht in Widerspruch zu Artikel 13 Absatz 4. Da kommt man nicht zur Subsidiaritätsklausel. Ich sehe auch überhaupt keine Notwendigkeit, von der richterlichen Kontrolle abzusehen; denn die Effektivität der Maßnahme wird in diesem Fall überhaupt nicht gefährdet. Sie dürfen typisieren und sagen: Das sind typische Situationen, da ist Gefahr im Verzug, das ist ein Eilfall. Sie können typisieren; aber Sie können nicht typisieren und den Richtervorbehalt ganz weglassen. Sie müssen dann zumindest die richterliche Bestätigung holen. Das wäre meine Einschätzung. Wenn Sie das nicht tun, sitzen wir, fürchte ich, in zwei bis drei Jahren in Karlsruhe; dann können Sie versuchen, das Gesetz zu verteidigen.

Die Beschränkung der parlamentarischen Kontrolle ist der nächste Punkt. Da komme ich zu der Anmerkung von Herrn Möstl, möglicherweise dem Korsett,

das er angesprochen hat. Das Bundesverfassungsgericht spricht von der Beteiligung des Parlaments und der Öffentlichkeit. Das spricht dafür, dass man die Information von Parlament und Öffentlichkeit nicht auf das Parlamentarische Kontrollgremium beschränken kann.

Die richterliche Bestätigung in Eilfällen ist der letzte Punkt, den ich ansprechen möchte. Auch da meine ich: Das ist einer der Kernbestandteile rechtsstaatlicher Polizeigesetze, dass man die Rechtsweggarantie nicht über Gebühr beschneidet. Ich fürchte, dass Sie das tun, wenn Sie die richterliche Kontrolle relativ unklar entfallen lassen bei Begriffen wie wenn da etwas nicht mehr fortwirkt, wenn eine Maßnahme nur kurzzeitig durchgeführt wird oder wenn eine Maßnahme bereits vorher erledigt ist. Da, glaube ich, bewegen Sie sich ein einen verfassungsrechtlichen Grenzbereich.

Die Frage der Übertragbarkeit – ein Letztes, und das leitet schon über zum Verfassungsschutzgesetz – würde ich ganz ähnlich sehen wie Herr Dr. Löffelmann. Ich würde auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz so lesen wollen, dass das Bundesverfassungsgericht solche Übertragungen situationsbezogen zulässt; man darf das also. Der Gesetzgeber hat da einen Gestaltungsspielraum. Sie können das tun. Ganz allgemein würde ich sagen, dass das BKAG-Urteil schon übertragbar auf den Verfassungsschutz ist. – Vielen Dank.

SV RA Hartmut Wächtler (Rechtsanwaltskammer, München): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Mir ist es bei dem Versuch, mich durch dieses Gesetz zu wühlen, so ähnlich gegangen wie Prof. Lindner. Es ist aus Sicht des Praktikers ein grauenhaftes Gesetz, kann ich nur sagen, weil man eine Vielzahl von Querverweisungen hat und weil es unglaublich unübersichtlich ist. Wie die Praktiker damit zurechtkommen sollen, ist mir völlig schleierhaft.

Etwas anderes ist mir bei Prof. Möstl noch aufgefallen. Er hat aus Sicht der Rechtswissenschaft den Begriff des Empfindens der Bevölkerung eingeführt. Das ist ein – sagen wir mal – schillernder Begriff. Ich habe folgende Erfahrungen gemacht: Wenn man einem durchschnittlich interessierten Publikum aufschlüsselt und vorliest – deswegen habe ich das in meinem Text auch gemacht –, was die Polizei nach dem neuen Entwurf alles kann inklusive solcher Maßnahmen wie Kontenpfändung, was man üblicherweise nicht mit der Polizei in Verbindung bringt, oder das, was ich "Verbannung" genannt habe, also den Zwang, den Wohnsitz zu wechseln, wenn man also den Leuten vor Augen hält, dass es das alles gibt, dann kriegen die einen Schreck. Das ist keineswegs das Gefühl, in einem ganz sicheren, geschützten Staat zu leben, sondern die Leute sagen: Das ist doch nicht möglich! Sie erzählen uns da doch Geschichten! – Das nur zum Empfinden der Bevölkerung.

Ich bin ein Anhänger dieses Begriffes der Überwachungsgesamtrechnung, den das Bundesverfassungsgericht eingeführt hat. Nur, wenn man sich all diese Maßnahmen mal im Zusammenhang vor Augen führt, weiß man, was hier geplant ist. Jede einzelne Maßnahme kann für sich genommen in Ordnung sein, aber wenn man sie in der Gesamtschau sieht, dann wird es bedenklich; denn man muss sich vor Augen halten: Seit 1945 hat es keine Polizeibehörde mehr gegeben, die solche umfassenden Befugnisse hat. Deswegen muss der Gesetzgeber mit diesen Befugnissen vorsichtig umgehen.

Meine Vorredner haben schon zu den Problematiken Stellung genommen – einmal zur Eingreifschwelle, Stichwort drohende Gefahr. Dazu will ich gar nicht viel sagen – außer, dass ich denke, dass die Richter nicht zu beneiden sind, die sich mit diesem Begriff und den Ausführungsbegriffen herumschlagen müssen, die es da gibt: bedeutendes Rechtsgut, Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, Begriffen, die neu sind, für die es keine Präzedenzfälle gibt, wo man sich nicht auf eine eingefahrene Rechtsprechung stützen kann. Das sind Amtsrichter, die mit allen möglichen Akten eingedeckt sind. Die Schwelle dessen, was der Bürger erwarten muss, ist nicht klar. Das ist ein weiterer großer Einwand, den man gegen diesen Entwurf haben kann. Der Bürger weiß nicht, was ihm blüht, und die Amtsrichter werden zu Rechtschöpfern. Das ist die andere Seite, nicht. Sie müssen das ausfüllen, was sich der Gesetzgeber hier ausgedacht hat.

Was die Fülle der Maßnahmen betrifft, habe ich mir mal die Mühe gemacht, in unserer Bibliothek einen alten Kommentar zum PAG aus den Neunzigerjahren herauszusuchen. Bei einem Vergleich sieht man, dass die Eingreifmöglichkeiten der Polizei sich nahezu verdoppelt haben. Das ist einfach so. Der Gesetzgeber sollte mal rechtfertigen, warum das nötig ist, ob sich die Gefahrenlage wirklich so zugespitzt hat. Es gibt sicher einen Punkt – das wird auch vom Bundesverfassungsgericht im BKA-Urteil herausgearbeitet –, an dem sich tatsächlich materiell etwas verändert hat, das ist der Kampf gegen den internationalen Terrorismus. Unter diesem Zeichen steht das Urteil des Verfassungsgerichtshofs zum BKA-Gesetz. Aber das PAG betrifft alle Menschen. Mein Vorredner Dr. Löffelmann hat ja aufgeschlüsselt: Die

Skala der möglichen Delikte geht es von der Körperverletzung, der fahrlässigen Körperverletzung über die Sachbeschädigung hin zur sexuell motivierten Belästigung, dem Grabschen. Das alles kann darunterfallen – das sind Allerweltsdelikte, die wirklich Gustav Meier auf der Straße treffen können, nicht nur den internationalen Terroristen. Auch das muss man sich vor Augen führen. Deswegen halte ich es nicht für richtig, umstandslos, wie versucht worden ist, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Urteil zu übertragen.

Wichtiger wäre es, die Grundsätze zu übertragen, die das Bundesverfassungsgericht im 120. Band zum Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen aufgestellt hat. Da ist allerdings sehr wohl von konkreter Gefahr die Rede, die am Anfang eines polizeilichen Eingriffs stehen muss. Ich will mich hier aber nicht weiter aufhalten, sondern noch auf einen wichtigen Punkt kommen, den die bisherigen Gutachter nicht im Blick hatten – ich auch nicht, bis ich mich damit beschäftigt habe. Das ist der pauschale Verweis in Artikel 92 des Entwurfs auf die Anwendung des FamFG im Verfahren dessen, was passiert. Der Bürger, der betroffen ist und sich zur Wehr setzen will, ist den Vorschriften des FamFG ausgesetzt. Da ist festzuhalten: Im FamFG gibt es keinen Pflichtverteidiger. Das FamFG betrifft das Familienrecht, das, was früher freiwillige Gerichtsbarkeit war, die Behandlung von Hilflosen und Leuten, die wegen psychischer Probleme eingewiesen werden müssen. Es ist meines Erachtens völlig ungeeignet für den Umgang mit den Dingen, mit denen wir hier zu tun haben. Hier geht es um die Freiheit und um Eigentum der Bürger. Das heißt: Es müssen Schutzmaßnahmen mindestens auf dem Niveau der StPO eingebaut sein, die genau mit derselben Materie handelt. Wenn man die erste Frage stellt, ob der Bürger, der eingesperrt und in Gewahrsam genommen wird, einen Verteidiger gestellt bekommt, lautet die Antwort: Nein. Das Institut der Pflichtverteidigung gibt es im PAG und auch im FamFG nicht. Es gibt die Möglichkeit, sich einen Beistand zu besorgen; dazu muss man Anträge stellen und rechtliche Ausführungen machen. Und das ist eben nicht so wie im Strafrecht; wir haben ja ein Recht, und das Recht ergibt sich aus dem Grundgesetz, dem fairen Prozess, dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der Europäischen Menschenrechtskonvention: In dem Moment, wo ein Mensch seiner Freiheit beraubt ist, muss ihm ein Anwalt gestellt werden. Das ist in § 140 StPO als Ausdruck dieses allgemein anerkannten Grundsatzes niedergelegt.

Hier kann es passieren – das Beispiel habe ich ausgeführt –, dass jemand in Gewahrsam kommt, wie es vom Richter angeordnet wird. Der Richter begrenzt das auf drei Monate, wie es vorgesehen ist. Nach drei Monaten verlängert er, weil er nicht überzeugt ist, dass sich etwas geändert hat. Dieser Mensch kann prinzipiell unbegrenzt sitzen, ohne jemals in seinem Leben einen Rechtsanwalt gesehen zu haben. Wenn er die Mittel des Sich-wehren-könnens nicht beherrscht, wenn er kein Geld hat – das Geld kann ihm ja abgenommen werden, indem sein Konto gepfändet wird –, wenn er keine Anträge stellen kann, dass ihm ein Beistand zugeordnet wird – das alles dauert natürlich –, ist er ohne Anwalt. Das ist eines Rechtsstaats – das habe ich gesagt und dazu stehe ich auch – unwürdig.

Aber auch das weitere Verfahren nach diesem FamFG ist meiner Ansicht nach ein Minus an Rechtsstaatlichkeit. Wenn Sie sich die Durchführung der Beweisaufnahme angucken, stellen Sie folgendes fest: Im Strafrecht gibt es ein strenges Beweisrecht; das heißt: Sie können Beweisanträge stellen. Das Gericht wird ihnen in der Regel nachkommen, wenn sie sachdienlich sind. In diesem FamFG liegt das weitgehend im Ermessen des Gerichts. Das Gericht kann Fehler machen – dann hätten Sie normalerweise die Rechtsbeschwerde. Sie ist als Rechtsbeschwerde vorgesehen, die zum BGH gehen würde. Sie entspricht etwa der Revision im Strafprozess. Sie ist nach dem Entwurf des PAG ausgeschlossen. Sie haben also keine Möglichkeit, diesen Weg zu gehen und diese Rechtsfrage klären zu lassen. Das ist ein weiteres großes Problem; denn in dieser Beweisaufnahme hat der Betroffene die Gelegenheit, die Gefahr, von der die Polizei ausgeht, zu widerlegen. Er kann Zeugen benennen, kann Sachbeweise vorlegen. Das Gericht muss denen im strengen Verfahren nicht nachkommen. Das ist ein Minus gegenüber dem Beschuldigten im Strafrecht, dem eine konkrete Straftat vorgeworfen wird. Hier haben wir es hingegen mit jemandem zu tun, der verdächtig ist, etwas tun zu wollen – also präventiv. Und er ist sehr viel schlechter gestellt als jemand, der schon etwas getan haben soll. Das ist unverständlich und nicht nachvollziehbar und liegt einfach an diesem pauschalen Verweis, über den vielleicht nochmal nachgedacht werden müsste.

Die Probleme gehen weiter. Das Recht der Akteneinsicht ist keineswegs so klar geregelt wie zum Beispiel in der StPO. Da gibt es Einschränkungen. Das Rechtsmittelverfahren: Es gibt die Beschwerde. Da ist im FamFG folgende Besonderheit: Das Beschwerdegericht ist keineswegs gehalten, zwingend eine Verhandlung durchzuführen. Die können sagen: Wir wissen schon genug; es ist alles ermittelt worden, wir brauchen keine mündliche Verhandlung.

Zudem gilt das Mündlichkeitsprinzip nicht in diesen Verfahren. Das hat mich völlig erschüttert, muss ich sagen. Ich wusste das einfach nicht; insofern bin ich Ihnen dankbar für diesen Gutachtensauftrag. Es kann also ein Wechsel der Richter während des laufenden Verfahrens stattfinden. Eines der Grundprinzipien unseres Strafrechts ist es ja, dass das nicht möglich ist. Der Richter muss das Verfahren vom Anfang bis zum Ende verfolgt haben. Nach dem FamFG ist das ausdrücklich möglich.

Ich ziehe das Fazit: Abgesehen von allen sonstigen Bedenken, die ich habe, ist jedenfalls die Möglichkeit des Bürgers, auf dem Rechtsweg gegen die Maßnahmen der Polizei vorzugehen, durch diesen pauschalen Verweis auf das FamFG in einem Maße beschränkt, die ich für rechtsstaatlich nicht mehr haltbar halte. – Ich danke Ihnen.

SV Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz (Julius-Maximilians-Universität Würzburg): Meine Herren Vorsitzenden, meine Damen Stellvertretenden Vorsitzenden, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete! Es ist natürlich etwas schwierig, an siebter Stelle hier vielleicht noch neue, eigene Erwägungen einfließen zu lassen. Gleichwohl will ich mich bemühen, auf einige Aspekte hinzuweisen. – Zunächst möchte ich, auch wenn bayerische Staatsrechtslehrer nicht unbedingt der Verteidigung bedürfen, gleichwohl noch einmal darauf hinweisen, dass ich die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht durchaus für berechtigt halte – und zwar aus zwei Gründen: Zum einen ist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht nicht etwa nur unreflektiert zu befolgen, sondern man darf dem Gericht in Karlsruhe durchaus die Gelegenheit geben, eigene Positionen, die das Gericht aufgebaut hat, vielleicht noch einmal kritisch zu hinterfragen und damit dem Gericht auch die Chance bieten, seine eigene Rechtsprechung, die man bisweilen durchaus als defizitär bezeichnen kann, weiter fortzuentwickeln. – Das nur am Anfang und zur Begründung, weswegen ich durchaus der Auffassung bin, dass man zur Rechtsprechung des Ersten Senats hier einiges Kritische sagen kann.

Die Lektüre dieses Gesetzes ist – da schließe ich mich meinen Vorrednern an – durchaus problematisch. Das war nicht unbedingt eine erfreuliche Abendlektüre. Der Vorwurf geht aber nicht an die Entwurfsverfasser, sondern er zielt letzten Endes darauf ab, dass der Gesetzgeber hier zwischen Scylla und Charybdis war: Er muss auf der einen Seite das europäische Datenschutzrecht umsetzen, das konzeptionell ein völlig anderes Rechtssystem ist, und er muss sich mit den detaillierten – dazu ist hier bereits einiges gesagt worden – Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts näher auseinandersetzen. Wenn man sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genauer vor Augen führt, stellt man fest – und vielleicht ist sich das Gericht der Tatsache gar nicht so sehr bewusst –, dass das Gericht hier eine bemerkenswerte Unitarisierungstendenz in einem föderalen Gemeinwesen zeigt. Das Polizeirecht war eine der letzten Domänen der Länder. Bei unkritischer Übernahme der Karlsruher Vorgaben bleibt sowohl materiell rechtlich wie auch nach formalen Kautelen wenig für eigenen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers übrig.

Gleichwohl ist die Beobachtung völlig zutreffend, dass der bayerische Gesetzgeber sich bemüht hat, den geringen politischen Gestaltungsspielraum, der in Ansehung dieser Vorgaben insbesondere nach der BKA-Gesetz-Entscheidung noch bleibt, umzusetzen. Man kann es vielleicht auch etwas anders formulieren. Herr Wächtler hat gerade darauf hingewiesen, dass sich die Fülle der Standardmaßnahmen im Vergleich zu den Neunzigerjahren eigentlich verdoppelt hat. Nun ist das zutreffend. Man kann natürlich auf der anderen Seite auch die Frage aufwerfen: Wollen wir denn versuchen, sämtliche spezialgesetzlichen Eingriffsbefugnisse nur noch unter die Generalklausel zu subsumieren? – Ich glaube, insoweit kann man sagen, dass der Gesetzgeber hier quasi in der Bestimmtheitsgebotsfalle, in der Normenklarheitsfalle des Bundesverfassungsgerichts gelandet ist. Wenn er diese Vorgaben ernst nimmt, bleibt ihm gar nichts anderes übrig, als entsprechend detaillierte Einzelregelungen aufzunehmen.

Ich möchte auf einige weitere Punkte hinweisen. Sie haben ja auch meine schriftliche Stellungnahme vorliegen. Es geht jetzt gar nicht so sehr darum, jeden einzelnen Aspekt zu beleuchten, was auch in Ansehung der Zeit gar nicht möglich ist, als vielmehr sich auf einige wesentliche Aspekte zu beschränken. Zum einen möchte ich zur Frage der drohenden Gefahr etwas sagen. Die drohende Gefahr ist sicherlich – das ist hier heute auch unstreitig deutlich geworden – eine gewisse Vorverlagerung polizeirechtlicher Befugnisse. Dem kann man sicherlich auch durch eine entsprechende verfassungskonforme Interpretation Rechnung tragen. Ich möchte aber vor dem Versuch warnen, aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Online-Durchsuchung das dort normierte Kriterium der konkreten Gefahr wieder zum allgemeinen Maßstab zu machen. Das ist schon deshalb problematisch, weil auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung schlichtweg inkonsistent ist. Gerade beim Verfassungsschutz das Erfordernis einer konkreten Gefahr einzufordern, ist eigentlich ein Widerspruch in sich:

Gerade weil der Verfassungsschutz nicht erst beim Vorliegen einer konkreten Gefahr, sondern im Gegenteil deutlich weiter im Vorfeld tätig sein muss, ist das, was das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung gemacht hat, ein durchaus tauglicher Versuch gewesen, den Verfassungsschutzbehörden ein Instrument, nämlich die Online-Durchsuchung, aus der Hand zu nehmen, wenn man sie an das Merkmal der konkreten Gefahr knüpft. Gerade der Verfassungsschutz zeichnet sich durch Vorfeldmaßnahmen aus, bei denen es regelmäßig noch keine konkrete Gefahr gibt.

Der zweite Punkt sind die Eingriffsbefugnisse. Die Eingriffsbefugnisse, die jetzt im Gesetz geregelt sind, sind nicht etwa Selbstzweck des bayerischen Gesetzgebers, sondern eine Reaktion auf veränderte Bedrohungslagen. Sie sind auch nicht anlassunabhängig. Ich glaube, es bedürfte einiger auch juristischer Argumentationskunst zu sagen, dass die drohende Gefahr letzten Endes schon gar keine Gefahr mehr ist, sondern eine allgemeine Eingriffsbefugnis der Polizei darstellen würde. Es gibt also immer noch einen Anlass, und das ist eine drohende Gefahr. Erst dann kann die Polizei überhaupt erst auf bestimmte Eingriffsbefugnisse zugreifen. Damit trägt der Gesetzgeber letzten Endes dem Rechnung, was auch in der BKAG-Entscheidung schon durchaus zum Ausdruck kommt: Es geht um die Notwendigkeit einer behutsamen Fortentwicklung polizeilicher Instrumentarien. Dass Bayern sich hier innovativ vielleicht als Vorreiter erweist, ist durchaus zutreffend. Daraus ableiten zu wollen, Bayern implementiere als erstes Land eine allgemeine, anlassunabhängige Überwachungsarchitektur, dürfte doch eine weit überzogene Einschätzung sein. Das heißt: Insgesamt hat der Gesetzgeber hier nach meiner überschlägigen Einschätzung in durchaus verfassungs- und europarechtskonformer Weise agiert.

Auf einen Punkt, der heute angesprochen worden ist und der mir doch sehr am Herzen liegt, möchte ich hinweisen. Es ist dargestellt worden, dass es bei den polizeilichen Befugnissen regelmäßig um die Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse als zwingender Voraussetzung für polizeiliches Tätigwerden und der Frage geht, wie dieses öffentliche Interesse handhabbar gemacht werden kann, um es im Rahmen einer Güterabwägung gegenüber den betroffenen Grundrechtspositionen der Adressaten der Maßnahmen überhaupt in Abwägung zu bringen. Ich glaube, es ist völlig verfehlt, hier behaupten zu wollen, dass dieses öffentliche Interesse eigentlich gar nicht so deutlich wäre. Straftatenprävention, Kriminalprävention und der staatliche Sicherheitsauftrag – das dürften eigentlich hinreichend öffentliche Gründe sein, um deutlich zu machen, welche Aufgaben Polizei und Verfassungsschutzbehörden des Freistaates Bayern wahrzunehmen haben. – Herzlichen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Vielen Dank, Professor Schwarz, und allen anderen Sachverständigen. Wir steigen jetzt in die Diskussion ein bzw. kommen zu Fragen und Statements.

Vorsitzender Franz Schindler (SPD): Meine sehr verehrten Damen und Herren, jetzt ist wirklich schon ein breites Spektrum an Einzelthemen angesprochen worden – bis hin zu Artikel 92 mit dem FamFG und sonstige Details, die Sprengmittel, und so weiter. Ich fürchte, wir können diese Details nicht besprechen, möchte einige grundsätzliche Dinge sagen und Ihre Meinung dazu abfragen.

Erstens. Ich stimme all denen zu, die sagen: Das Bundesverfassungsgericht hat sich weit vorgewagt und muss deshalb auch ein gewisses Bashing ertragen mit der Konsequenz, dass ein Gesetz halt so konzipiert werden muss, wie es hier im Gesetzentwurf gemacht worden ist, was die Übertragung der Vorgaben aus der BKAG-Entscheidung betrifft. Darüber muss man, glaube ich, nicht streiten. Das ist auch politisch wenig ergiebig.

Zweitens. Richtig ist aus meiner Sicht schon auch, was Herr Prof. Graulich gesagt hat: The Times They Are a-Changin‘. Gleichwohl bin ich altmodisch und habe zu einer Zeit – nebenbei bemerkt – studiert, als es noch den "Polizei-Meier" gegeben hat. Den kennen Sie auch noch, Herr Prof. Schmidbauer, nicht? Damals war die Sicherheitsarchitektur noch ganz eindeutig: Es gibt eine Polizei, die tritt offen auf und hält sich einen kleinen Staatsschutz, der auch mal verdeckt arbeitet. Daneben gibt es ein Landesamt für Verfassungsschutz, das geheim arbeitet. Ab und zu sagen die vom Verfassungsschutz der Polizei was – nicht immer, aber gelegentlich dann doch. – Diese Sicherheitsarchitektur war in den Siebzigerjahren ganz normal.

Wenn ich das mit heute vergleiche, muss ich feststellen, ohne zu polemisch werden zu wollen, dass sich das gravierend verändert hat: Der Verfassungsschutz hat vor zwei Jahren ein neues Gesetz auch mit neuen Befugnissen, die weit gehen, bekommen. Dazu hatten wir auch eine Anhörung hier. Dieses Gesetz ist auch nicht mehr leserlich, weil es im Wesentlichen auf das Bundes-Verfassungsschutzgesetz verweist. Zum anderen haben wir die Tendenz, die hier jetzt fortgesetzt wird, dass die Polizei nur

noch in geringem Umfang offen in Erscheinung tritt, sondern in immer größerem Umfang verdeckt ermittelt. Es gibt sogar Bereiche, in denen sich die Zuständigkeiten von Polizei und Verfassungsschutz überschneiden, etwa die Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Beide können verdeckt arbeiten, und die Abgrenzung zu den aktionellen, operativen Befugnissen ist nicht mehr so einfach. Nun bin ich bereit, das hinzunehmen, wenn mir jemand erklärt, warum das alles so notwendig ist. The Times They Are a-Changin' – okay. Zu meiner Zeit gab es noch kein Smartphone, und jetzt werden dort Straftaten verabredet; das will ich nicht bestreiten. Die neuen Befugnisse, die jetzt neu hinzukommen, sind das Ergebnis der technischen Entwicklung – das kann man halt jetzt, wenn ich von Handgranaten und Sprengstoff absehe. Die hat man früher auch schon gekannt. Muss man es deswegen auch machen? Ist das zwingend erforderlich?

Ich komme schon zum Ende. Ich bin so altmodisch und meine mich noch daran zu erinnern, dass es mal gang und gäbe war, zu verlangen, dass jeder Eingriff in Grundrechte, in Freiheitsrechte eines Einzelnen einer Rechtfertigung bedarf. Jetzt stellt sich die Frage: Wo ist die Rechtfertigung für die massive Veränderung der Sicherheitsarchitektur, die jetzt mit diesem Gesetzentwurf angedacht ist? – Die sehe ich noch nicht. Wenn man mir das erklären kann, gebe ich klein bei und sage: Das macht ihr prima. – Es geht mir also um die Rechtfertigung der Veränderung der Sicherheitsarchitektur. Wo ist die Begründung dafür?

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Vielen Dank. Ich schlage vor, wir sammeln die Wortmeldungen der Kollegen, und Sie nehmen dann Stellung zu den Punkten, die Ihnen wichtig sind. Sonst schaffen wir das nicht.

Abg. Katharina Schulze (GRÜNE): Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen! Zunächst muss ich meine Kritik an dem gehetzten Verfahren nochmal vorbringen. Ich finde, angesichts der bürgerrechtlichen Relevanz der Regelungen ist es schon krass, wie schnell es jetzt gehen muss. Die Verbändeanhörung lief über Weihnachten mit einer verkürzten Frist; deswegen kamen leider auch nicht ganz so viele Antworten zurück. Hier haben wir auch nicht viel Zeit, um zwei wirklich umfangreiche Novellierungen in Ruhe durchzusprechen. Das sage nicht nur ich, sondern auch Experten, die von der CSU-Regierung benannt worden sind. An vielen Stellen betreten wir rechtliches Neuland, und deswegen, finde ich, müsste man jede Maßnahme ganz genau unter die Lupe nehmen.

Jetzt komme ich zur Kritik am PAG-Neuordnungsgesetz. Die muss man zuerst am Begriff der drohenden Gefahr aufhängen. Ich möchte daran erinnern, dass wir im Innenausschuss und im Plenum im letzten Sommer, im Juli 2017, beim Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen auch schon darüber diskutiert haben. Damals haben wir GRÜNE als einzige Fraktion gegen den Gesetzentwurf gestimmt. Ich habe damals gesagt: Das Problem ist, dass mit der Einführung eines neuen Begriffes Tür und Tor geöffnet werden. – Genau das passiert jetzt. Es bezieht sich nicht mehr nur auf einen Bereich, sondern mit dem PAG-Neuordnungsgesetz schreitet die Vernachrichtendienstlichung der Polizei weiter fort. Das Trennungsgebot wird weiter aufgeweicht, und Dr. Löffelmann hat in seiner Stellungnahme auf zwei Seiten – ich glaube, auf den Seiten 9 und 10 – die einzelnen Maßnahmen aufgeführt, bei denen die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr auf zahlreiche weitere Befugnisse ausgedehnt wird. Das ist ein Problem; das kann man so nicht hinnehmen, finde ich. Ich bin sehr froh, dass einige Experten zu dem Thema schon Stellung genommen haben. Meine erste Frage richtet sich an die, die zur drohenden Gefahr noch nichts gesagt haben; ich bitte sie, eine kurze Bewertung abzugeben, wie sie die Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr plus die Ausdehnung der Eingriffsschwelle auf weitere Befugnisse einschätzen.

Zum zweiten Punkt. Aufgrund der Zeit greife ich auch nur die Punkte heraus, die ich am diskussionswürdigsten finde. Hier geht es um die DNA-Analyse. Hier sehe ich erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Das ist ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Ich finde, dass das in Artikel 14 PAG-E schon systematisch falsch eingeordnet ist, da die Abgabe von DNA gerade keine erkennungsdienstliche Maßnahme ist. Mir ist auch völlig unklar, warum die Feststellung eines DNA-Identifizierungsmusters zur Abwehr einer Gefahr unerlässlich sein soll. Das verstehe ich nicht. Zudem enthält die Vorschrift auch keinerlei Löschungsfristen.

Dann geht es weiter; wir haben in diesem Gesetzentwurf noch die DNA-Analyse zur Feststellung von Geschlecht, Augen-, Haar- und Hautfarbe. Da wundere ich mich. Ich finde auch, dass die Regelung verfassungsrechtlich hoch problematisch ist, weil es sich ebenfalls um einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit handelt und weil diese Methoden auch sehr fehleranfällig sind. Ich habe auch dort keine entsprechenden Speicherfristen gefunden. Herr Petri hat in seiner Ausführung sehr deutlich gemacht, warum er da den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit

berührt sieht. Herr Petri, vielleicht könnten Sie noch einmal in zwei Sätzen klar auf den Punkt bringen, warum diese Ausweitung hier nicht passt.

Dann war ich sehr dankbar, dass Prof. Graulich das Thema Sprengmittel angesprochen hat. Die anderen Experten haben dazu nichts gesagt. Ich würde bitten, wenn es zeitlich geht, dass Sie vielleicht noch kurz Ihre fachliche Meinung dazu sagen. Ich sehe das nämlich wie Herr Prof. Graulich: Das hat mit der Gefahrenabwehr bei der Polizei wenig bis nichts zu tun. Da würde mich Ihre Einschätzung interessieren.

Schließlich komme ich zur Online-Durchsuchung in Fällen lediglich drohender Gefahr. Wenn ich das richtig verstehe – wenn nicht, korrigieren Sie mich bitte –, können sich diese Maßnahmen auch gegen Dritte richten, die selbst gar nicht verdächtig sind, soweit – so lese ich das im Gesetz – bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Personen ihre Kommunikationssysteme benutzen werden. Dazu gibt es unterschiedliche Bewertungen. Herr Petri sieht das als verfassungsrechtlich bedenklich an, Herr Löffelmann hingegen gar nicht, wenn ich das richtig verstanden habe. Vielleicht kann man dazu noch zwei Sätze sagen.

Abschließend komme ich zur sogenannten intelligenten Video-Überwachung. In meinen Augen ist diese Maßnahme nicht geeignet. Das zeigen zum einen die Tests, die es bisher schon in Mainz und in Berlin Südkreuz gab. Zum anderen steckt eine verfassungsrechtliche Problematik dahinter, dass gesellschaftliche Gruppen vorsortiert werden und dass persönliches Verhalten im öffentlichen Raum als normal bzw. nicht normal einsortiert wird. Da gab es auch unterschiedliche Anmerkungen von den Experten; wenn da sich ein paar bemüßigt fühlten, noch etwas zu sagen, fände ich das ganz gut für unsere persönliche Einordnung.

Zusammenfassend: Die mündlichen und schriftlichen Stellungnahmen der Experten, auf die ich hier besonders verweise, wecken bei uns GRÜNEN starke Zweifel an der Verfassungskonformität beider Gesetzentwürfe. Besonders kritisch sehen wir die durch die vorliegenden Gesetzentwürfe geschaffenen Möglichkeiten in Richtung einer Totalüberwachung der Betroffenen, die durch das Bundesverfassungsgericht klar als mit der Menschenwürde unvereinbar bezeichnet worden ist. Die Einführung neuer Befugnisse und das Zusammenwirken und Überschneiden vorhandener Befugnisse insbesondere im Bereich der verdeckten Maßnahmen führt unserer Auffassung nach zu einer Überwachungsgesamtbilanz, die nicht mehr mit der Bayerischen Verfassung und unserem Grundgesetz vereinbar ist. – Vielen Dank.

Abg. Eva Gottstein (FREIE WÄHLER): Zunächst von meiner Seite natürlich Dank an die Gutachter, an die Sachverständigen für die ausführlichen Gutachten, aber auch ein Kompliment dafür, dass sie auch für mich als Nichtjuristin verständlich waren. Ich bilde mir zumindest ein, das meiste von dem, was Sie hier vorgetragen haben, verstanden zu haben. Dass ein Sachverhalt so rübergebracht wird, dass man zumindest meint, ihn zu verstehen, ist nicht selbstverständlich.

Zunächst möchte ich mich der Kritik der Kollegin Katharina Schulze am eiligen Verfahren anschließen. Ich verstehe auch nicht, warum man das so schnell macht, warum man hier nicht der öffentlichen Diskussion mehr Raum gegeben hat; denn es ist schon eine fundamentale Änderung, die es verdienen würde, dass man sich länger mit ihr auseinandersetzt. Nachdem seit Längerem bekannt ist, dass erst im Oktober gewählt wird, gehe ich davon aus, dass wir auch im September noch Zeit für Sitzungen haben. Insofern hätte man diese Beratung nicht ganz so eilig machen und das Vorhaben hier nicht so schnell durchpauken müssen. Das ist in meinen Augen diesem Gesetzentwurf nicht angemessen.

Ich kann mich auch Herrn Schindler anschließen, der gesagt hat, er wolle eine Begründung haben. Bei einer solchen Diskussion trägt natürlich jeder sein persönliches Päckchen mit sich. Ich bin halt auch in den Achtundsechzigerjahren sozialisiert worden. Damals war ganz wichtig, dass der Rechtsstaat als solcher in diesen Auseinandersetzungen mit der APO und so weiter gezeigt hat, dass er ein Rechtsstaat ist. Wenn da eben nur teilweise in den Gutachten herauskommt: Hoppla, da wird doch die ganz wichtige Instanz der richterlichen Begutachtung ausgeschlossen, weiß ich eben auch nicht, ob das wirklich nötig ist. Natürlich sehe ich als Praktikerin und Mitglied des Innenausschusses, dass ganz klar ist: Die Polizei darf nicht hinter dem potenziellen Gegner herhinken. Sie hat ihre Aufgabe zu erfüllen. Aber – na ja, man hat halt ein bissel Bauchweh, wenn man einer Generation angehört, die gerade in den Siebzigerjahren ganz wichtige Dinge für unseren Rechtsstaat erobert hat, die dann festgesetzt worden sind. Da weiß ich jetzt nicht, ob da nicht manches den Bach runtergeht, vor allem, wenn es um diesen Kernbereich geht. Da geht es wieder um die Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit, von der wir im Innenausschuss oft hören. Aber es dürfen auch keine Ängste entstehen. Am Anfang ist gesagt worden: Die Bevölkerung empfindet anders; denn das

Sicherheitsgefühl der Bevölkerung wird natürlich genährt durch Statistiken und Zahlen aus der Kriminalstatistik. Aber die Bevölkerung weiß halt vielleicht auch nicht, was in diesem Gesetz alles steckt, weil das eben nicht so rübergebracht wird. Da komme ich wieder zu dem Punkt, dass man vielleicht doch etwas mehr Zeit gebraucht hätte, um dieses Gesetz zu verteidigen. Da muss man doch aufpassen, dass man nicht nur dem einen Teil der Bevölkerung vielleicht Ängste nimmt, während man anderen Teilen der Bevölkerung Ängste einpflanzt.

Von daher frage ich konkret speziell Herrn Prof. Möstl, der am Anfang gesagt hat, er sehe hier keine bedenkliche Tendenz der Vorverlagerung; für ihn stimme die Übergriffsbilanz. Wie verhält sich das mit dem konkreten Vorwurf von Herrn Wächtler, der sagt, in Artikel 92 FamFG sei auf einmal doch eine ganz große Auflösung von dem, was beispielsweise in der Strafprozessordnung steht? Halten Sie das auch für bedenklich, oder ist das eher ein Nebenkriegsschauplatz? – Danke.

Abg. Petra Guttenberger (CSU): Herr Vorsitzender, Kolleginnen und Kollegen, meine sehr geehrten Herren Sachverständigen! Zunächst einmal herzlichen Dank vor allem dafür, dass Sie auch das Spannungsverhältnis im Blick haben und immer wieder auf die veränderte Gefahrenlage und die individuellen Rechte hinweisen. Sie thematisieren auch die mangelnde Praktikabilität – einerseits gilt es ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts umzusetzen, andererseits einer EU-Richtlinie Genüge zu tun. Ich danke insbesondere Ihnen, Herr Prof. Lindner, dafür, dass Sie mit so klaren Worten darauf hingewiesen haben, dass hier ein doch sehr weit reichender Eingriff stattfindet, auch durch das Bundesverfassungsgericht, durch die rechtschöpfenden Akte. – Jeder erzählt, was er aus seinem Studium mitgenommen hat. Ich habe die beschränkt staatsleitende Funktion mitgenommen und habe auch meine sehr großen Bedenken, ob das noch im Rahmen ist.

Ich habe auch zwei konkrete Fragen an Herrn Prof. Graulich. Sie sprachen zum einen zu Body-Cams. Sie meinen, wenn ich das richtig verstanden habe, Body-Cams seien deshalb problematisch, weil sie Gegenreaktionen auslösen. Aber ich muss jetzt ganz ehrlich sagen: Ich bin der Ansicht, eine Body-Cam schafft Augenhöhe; denn das Filmen von Polizeieinsätzen durch geneigte Teilnehmer der anderen Seite via Smartphone, Handy und Ähnliches ist ja Realität. Durch die Body-Cam hat man die Möglichkeit, auf Augenhöhe einen anderen Blickwinkel darzustellen. Ich sehe also eine Verschiebung in die falsche Richtung nicht, sondern für mich heißt das, dass wir hier wieder in eine normale Balance kommen.

Im Weiteren haben Sie angesprochen, dass man eine zusätzliche Rechtsgrundlage für erforderlich halten müsste, wenn es um die Auslesung von Daten geht, die im Zusammenhang mit Telekommunikation stehen. Es wäre sehr nett, wenn Sie das noch konkretisieren würden. – Danke.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Vielen Dank. – Zu Wort haben sich gemeldet: Der Herr Kollege Ritter, Kollegin Stamm, Prof. Gantzer, Dr. Reichhart, Kollege Ländner, Kollege Arnold. – Ich sag's nur. (Heiterkeit) Bitte. – Wir haben nämlich auch noch die Sachverständigen, die antworten. Die politische Diskussion kann ja bei der Ausschussberatung geführt werden. Es geht vor allem darum, Fragen abzuklären und nachzuhaken. Aber jeder macht's so, wie er möchte. – Bitte.

Abg. Florian Ritter (SPD): Vielleicht eine kurze Vorbemerkung zu der Aussage, dass die Body-Cam Augenhöhe auslöst. Dabei geht man davon aus, dass alle Bürgerinnen und Bürger bei Polizeikontakt sofort das Handy zücken. Das ist natürlich nicht der Fall. Das muss man, glaube ich, schon nochmal ganz deutlich machen. Die weit überwiegende Zahl der Bürger macht das nicht. Ausnahmen bestätigen die Regel; die muss man natürlich irgendwie beantworten können.

Ich möchte zwei konkrete Punkte aus den Stellungnahmen herausgreifen – zum einen etwas, das Herr Prof. Lindner angesprochen hat. Er hat gesagt, es wäre zu überlegen, ob man im Bereich des Polizeirechts beim Datenschutz auf Generalklauseln zurückgreifen sollte. Nachdem ich nichts aus meinem Jura-Studium zum Besten geben kann, weil ich nämlich keines habe, möchte ich kurz fragen, wie man sich das konkret vorzustellen hat, wie so etwas ausgestaltet werden könnte. Das wurde ja von Ihnen konkret vorgeschlagen, um aus dieser Komplexität herauszukommen.

Der andere Punkt hebt auf die Komplexität des Gesetzes ab. Seit 2003 bin ich Mitglied des Bayerischen Landtags und war immer im Innen- und im Verfassungsausschuss, bin zwar kein Jurist, aber habe mir durchaus so einiges angelesen und kann mit einigem ganz gut umgehen. Ich kann diesen Punkt der Komplexität bei diesem Gesetzentwurf nur bestätigen. Der Gesetzentwurf ist außerordentlich komplex. Man kann natürlich zu Recht sagen: Ein Abgeordneter muss sich gefälligst damit auseinandersetzen, und man kann auch zu Recht sagen: Polizeibeamtinnen und -beamte haben auch

eine Ausbildung, in der es auch ums Polizeirecht geht, und müssen sich damit auseinandersetzen. Sie müssen da auch in eine Praxis hineinkommen. Wie sieht es denn eigentlich mit den Bürgerinnen und Bürgern aus? Sie haben diese Ausbildung nicht, und im Prinzip kann das von ihnen auch nicht verlangt werden. Die Frage an alle Sachverständigen ist, ob von einem Polizeigesetz erwartbar ist, dass der Raum, in dem polizeiliches Handeln stattfindet, und auch die Grenzen für die Bürgerinnen und Bürger verstehbar sind. Das ist jetzt keine juristische, sondern durchaus eine sehr politische Diskussion. Wir haben im Augenblick das Problem, dass wir natürlich auch eine politische Diskussion im Land haben, bei der die Legitimation polizeilichen Handelns immer wieder infrage gestellt wird. Die Body-Cam ist eine mögliche Antwort in dieser Debatte. Graben wir der Legitimation polizeilichen Handelns zusätzlich das Wasser ab, wenn die Bürgerinnen und Bürger den Raum, in dem polizeiliches Handeln stattfindet, und die Grenzen, die ihm gesetzt sind, nicht mehr verstehen? – Kommen wir da in eine Repressionsspirale, die überhaupt nichts mehr damit zu tun hat, wie sich denn eigentlich die gesellschaftliche Gefährdung durch Terrorismus, durch Organisierte Kriminalität darstellt, weil die Bürgerinnen und Bürger dieses Handeln nicht mehr als legitim empfinden, obwohl es vielleicht juristisch durchaus legitim abgesichert ist?

Abg. Claudia Stamm (fraktionslos): Als Statement könnte ich mich voll umfänglich den Ausführungen des Vorsitzenden Schindler anschließen. Ich habe darin aber gar keine Frage entdeckt, sondern tatsächlich einfach nur eine klare Positionierung. Vielleicht liege ich da falsch; das werden die weiteren Beratungen zeigen.

Ich bin sehr froh darüber, dass das ganze Gesetzesverfahren diesmal, wenn auch sehr schnell, doch nicht unter völligem Ausschluss der öffentlichen Aufmerksamkeit stattfindet, wie es bei der ersten Novelle, die im Sommer verabschiedet wurde, beim sogenannten Gefährder-Gesetz war. Ich mag mich jetzt auch gar nicht weiter darüber auslassen, woran es lag, dass es keine Aufmerksamkeit gab. Aber Fakt ist, dass ich mir sicher bin, dass inzwischen tatsächlich so viel so schnell möglich ist, weil es keine Aufmerksamkeit gab. Und das eben nicht nur in Bayern – das kann man, glaube ich, auch mal kurz anmerken –, auch in anderen Bundesländern gibt es genau die gleichen Gesetzesvorhaben: in Baden-Württemberg, Niedersachsen zum Beispiel. Sie sehen eine ähnliche Verschiebung zwischen Polizei, Justiz und Verfassungsschutz vor. Ich hatte letztens Kontakt mit einer Juristin von der Uni Würzburg, die sagte: Vielleicht sind wir mit allem, mit Widerstand oder wie auch immer, schon ein bisschen zu spät dran, weil eine Verschiebung möglich war, wie wir sie uns hätten gar nicht vorstellen können.

Ich habe zwei konkrete Fragen an Prof. Möstl: Sie sind zwar in Ihrem Statement kurz darauf eingegangen. Ich wollte aber nochmal fragen, woran Sie es festmachen, dass der Begriff der drohenden Gefahr hinreichend konkret ist. Zumindest habe ich Sie so verstanden, dass Sie kein Problem in diesem Begriff der drohenden Gefahr sehen. – Zum anderen möchte ich mich erkundigen, wie Sie die Aufklärungsarbeit von Verfassungsschutz und Polizei im Gefahrenvorfeld abgrenzen.

Abg. Prof. Dr. Peter Paul Gantzer (SPD): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Auch von mir einen sehr herzlichen Dank für die sieben Gutachten. Es war für einen Juristen ein Genuss, sie zu lesen – jedes für sich. Ich verfolge die Diskussion und möchte sie mit einer ganz einfachen Frage an alle sieben Sachverständigen auf den Punkt bringen. Ich versetze mich einfach in die Rolle eines, wie wir sagen, billig und gerecht denkenden Bürgers, einer solchen Bürgerin, die diese Diskussion hier verfolgt. Deswegen eine ganz einfache Frage im Hinblick auf die Gesetzentwürfe: Ist damit der demokratische Rechtsstaat in Gefahr? Oder mit anderen Worten: Muss jetzt der normale Bürger, die normale Bürgerin Angst vor der Polizei haben?

Abg. Dr. Hans Reichhart (CSU): Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen! Zunächst einmal möchte ich kurz zum Verfahren feststellen, dass diese Anhörung von der CSU beantragt wurde; wir haben uns einvernehmlich auf den Termin und die Vorgehensweise verständigt. – Zur Eile: Wenn ich richtig informiert bin, müssen wir bis Mai die Richtlinie umgesetzt haben. Daraus ergibt sich ein gewisser zeitlicher Druck, der nicht von uns verschuldet ist. Wir sind vielmehr Umsetzer einer Richtlinie; vielleicht kann das noch jemand kurz ausführen, dass ich da nicht ganz falsch liege.

Ich habe drei konkrete Fragen. Die erste betrifft die Ausbildung der Polizei. Herr Prof. Schmidbauer, ich gehe davon aus, Herr Prof. Schmidbauer, dass die Polizeibeamten selbstverständlich geschult werden und relativ genau wissen, wie ich unsere Polizeibeamten kenne, welche Gesetze sie anwenden dürfen und welche nicht. Vielleicht können Sie dazu kurz etwas sagen.

Der zweite Punkt geht an die Sachverständigen allgemein, weil die Verweistechnik angesprochen

wurde. Auch das BKAG enthält relativ viele Verweisungen auf das FamFG; insoweit ist das aber auch vom Bundesverfassungsgericht gehalten worden. Deswegen kann ich die Kritik nicht ganz nachvollziehen.

Die letzte Frage: Rechtsanwalt Wächtler hat ausgeführt, dass potenziell jeder betroffen würde. Wenn ich meine laienhaften Rechtskenntnisse richtig sehe, dann reden wir hier von bedeutenden Rechtsgütern. Darunter dürften einfache Körperverletzungen oder einfache Sachbeschädigungen nicht fallen. Aber vielleicht können Sie dazu kurz etwas sagen. – Vielen Dank.

Abg. Manfred Ländner (CSU): Ich versuche es auch kurz zu machen. – Meine Herren Vorsitzenden, sehr geehrte Sachverständige, Kolleginnen und Kollegen! Ich glaube, es ist legitim und wird jetzt auch, wie Kollege Dr. Reichhart ausgeführt hat, durch eine Richtlinie verlangt, dass wir uns mit Veränderungen auseinandersetzen und darauf reagieren. Ich lege als ehemaliger Polizeibeamter durchaus auch persönlich Wert auf die Feststellung, dass weder der Gesetzgeber noch die Polizei irgendwelche Instrumentarien schaffen oder anwenden möchten, um gegen den unbescholtenen Bürger vorzugehen. Allerdings ist es auch legitim, dass sich der Gesetzgeber überlegt, wie er in neuer, veränderter Zeit Regelungen schafft, um den Schutz der Bürgerinnen und Bürger zu gewährleisten. Daher, weil auch die Eile schon angesprochen wurde, würde mich von Herrn Prof. Schmidbauer als dem verantwortlichen Landespolizeipräsidenten interessieren, warum diese Regelungen notwendig sind.

Von den Experten für das Verfassungsrecht wurde schon mehrfach die Komplexität angesprochen, die die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in dieser Sache hat. Mich würde interessieren, wie lange nach Ihrer Einschätzung die bestehende Regelung haltbar ist und ob wir eventuell erwarten können, dass sich hier etwas mehr Klarheit im Recht einstellt.

Abg. Horst Arnold (SPD): Dank an alle, das ist klar. – Aus meiner Sicht: Ich habe die Sache auch mal als Richter angewandt. Es gibt zwei Komplexe. – Erstens. Ich war Dozent in Sulzbach-Rosenberg, früher in Kriminologie und habe Polizeibeamte ausgebildet. Es ist schwierig, diese Rechtsmaterie im praktischen Dienst – die Leute sind ja in der Fortbildung – so zu implementieren, dass von vornherein Gewähr besteht, dass alle Bescheid wissen und dass das Gesetz, wenn es so käme, wie es möglicherweise kommt, praxisgerecht angewandt wird. Da bitte ich dann schon die Fortbildungsmaßnahmen entsprechend zu beschleunigen und entsprechende Dozentinnen und Dozenten dafür zu ermitteln und zu bemühen.

Zur richterlichen Prüfung: Herr Dr. Petri hat das insgesamt als gegeben hingenommen, quasi als Legitimation für die Rechtsstaatlichkeit; das möchte ich selber mal ansprechen. Ich war neun Jahre Richter, auch Ermittlungsrichter. Die richterliche Prüfung geht nach den Akten. Wenn wir die Eingriffsschwellen sehen, muss sie mit einer Gewissenhaftigkeit vorgenommen werden, die unter Umständen Zeit beansprucht. Wir wissen – der Sachverständige Wächtler hat das angeführt –, dass wir da in einen Gerichtszweig kommen, der für derartige Dinge eigentlich weder personell noch fachlich ausgestattet ist. Wir müssen also die Sorge haben, dass die Rechtsstaatlichkeit unter Umständen auch aus Gründen der Personalvorhaltung bei der Justiz ins Stocken kommt, zumal in der Regierungserklärung bzw. im Zehn-Punkte-Programm des jetzigen Ministerpräsidenten angedeutet worden ist, dass schwerpunktmäßig nur Verwaltungsrichterstellen geschaffen werden. Das ist ja auch kein Punkt, der Ermittlungsrichterstellen in diesem Zusammenhang stärker macht.

Ich weise darauf hin – auch das ist wichtig –, dass diese Entscheidungen schnell, sozusagen nach dem Beschleunigungsverbot, zu handhaben sind, sowohl wenn's um Freiheit geht, aber auch bei Eingriffen in persönliche Bereiche im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Es ist unzumutbar, auf die Auswertung eines Sticks oder eines Handys sechs, sieben Monate zu warten, bloß weil in diesem Zusammenhang Personal oder Kompetenz fehlen. Ich weise auch jetzt schon darauf hin, dass bei der Kriminalpolizei Auswertungen von Dateien im Rahmen der Strafprozessordnung an Private, an Beliehene vergeben werden, weil die selber in diesem Zusammenhang nicht einmal damit zurechtkommen, ihren eigenen Job zu machen. Wäre es nicht besser in diesem Zusammenhang, etwas runterzufahren und sich auf das zu konzentrieren, was man eigentlich machen sollte, also die derzeitigen Aufgaben umfänglich wahrzunehmen, ohne in Bereiche vorzustoßen, die personell nicht gedeckt sind? Den großen Anspruch, der darüber steht – Sicherheit und Terrorismusabwehr –, kann man eigentlich deswegen nicht erfüllen, weil die personellen Ressourcen nicht vorhanden sind.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Vielen Dank. Ich glaube, wir können jetzt in die Beantwortung gehen. Alle waren mal angesprochen, sodass

ich vorschlage, einfach in der Reihenfolge wie vorher vorzugehen.

SV Prof. Dr. Markus Möstl (Universität Bayreuth): Herr Schindler, zunächst auf Ihre Frage nach der Sicherheitsarchitektur eine differenzierende Antwort: Mit Sicherheit haben wir in den letzten zwanzig Jahren eine Fülle neuer, neuartiger Befugnisse der Polizei, die wir vorher so nicht kannten. Das hängt aber – diesen Punkt hat auch das Bundesverfassungsgericht, glaube ich, immer anerkannt – mit einer tatsächlichen Revolution des Kommunikationsverhaltens zusammen, das in diesen Jahren stattgefunden hat. Wir haben eben eine ganz andere Form der Kommunikation als damals. Da ist klar, dass neue technische Möglichkeiten auch zu neuen Eingriffsbefugnissen führen müssen. Ich kann nun nicht sachverständig beurteilen, welche Befugnis polizeitaktisch wirklich notwendig ist, aber dass alle Polizeigesetzgeber sowohl innerhalb Deutschlands wie auch im Ausland so einhellig diesen Weg gegangen sind, scheint doch darauf hinzudeuten, dass eine tatsächliche Notwendigkeit in dieser Richtung besteht.

Andererseits wäre es, glaube ich, auch falsch zu meinen, es habe früher nicht auch schon Polizeiermittlungen im Gefahrenvorfeld gegeben. Die hat es eigentlich schon immer gegeben; nur ist das früher nicht normiert gewesen. Wenn Gefahrenprognosen tatsachengestützt ablaufen müssen, wenn die Polizei erst ab Gefahr einschreiten darf, dann muss sie etwas wissen, um die Gefahrenprognose anstellen zu können. Es ist notwendig und schon immer so gewesen, dass die Polizei im Gefahrenvorfeld ermittelt, nachdenkt, Daten sammelt, wenn auch nicht mit den gleichen Mitteln wie heute. Früher ist es eben nicht geregelt gewesen. Es muss jetzt wegen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung natürlich normiert werden. Man darf nicht den Eindruck erwecken, als sei alles neu, was in diesem Bereich existiert.

Einen Überschneidungsbereich Polizei und Verfassungsschutz haben wir, den kann man nicht hinwegdiskutieren. Dennoch glaube ich – dazu gibt es verschiedene Umschreibungen des Bundesverfassungsgerichts –, dass sich noch ein unterschiedliches Aufgaben- und Befugnisprofil erkennen lässt, das eben beim Verfassungsschutz dadurch gekennzeichnet ist, dass er weiter im Vorfeld ansetzen kann als die Polizei, tendenziell eher weitere Befugnisse hat, die Erkenntnisse aber nicht für eigenes Handeln nutzen darf. Das können immer nur andere. Bei der Polizei ist zwar auch eine gewisse Ausweitung ins Vorfeld möglich, aber sie ist tendenziell restriktiver als beim Verfassungsschutz.

Das führt direkt zur drohenden Gefahr. Ich glaube nicht, dass dieser Begriff der drohenden Gefahr, der eine gewisse Öffnung ins Vorfeld bewirkt, dieses Gepräge der Sicherheitsarchitektur völlig über den Haufen wirft. Die drohende Gefahr ist – das habe ich vorhin schon gesagt – in erster Linie, glaube ich, in gewisser Weise eine Selbstkorrektur des Bundesverfassungsgerichts, das den Begriff der konkreten Gefahr durch die Anforderungen an die genaue Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs zu eng gezogen hat. Hier hat sich das Bundesverfassungsgericht eigentlich von dem verabschiedet, was man im Sicherheitsrecht normalerweise macht, hat den Begriff der konkreten Gefahr zu eng gezogen und hat selbst gemerkt, dass für die Ermittlungstätigkeit eine etwas großzügigere Schwelle nötig ist. Es hat sie im BKAG-Urteil beschrieben. Der bayerische Gesetzgeber bezeichnet das nun als drohende Gefahr. Er hat sich aber eng an die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts angelehnt. Wenn auch das nicht mehr hinreichend bestimmt ist, ist es tatsächlich schwer, überhaupt noch verfassungskonforme Regelungen vorzulegen. Schließlich sind es die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts selbst. Da muss man das Bundesverfassungsgericht jetzt mal beim Wort nehmen und dem Gesetzgeber die Chance geben, das so zu normieren.

Zum Verweis auf das FamFG und die Kritik, die Herr Wächtler geübt hat: Ich möchte nicht ausschließen, dass es für bestimmte schwerwiegende Eingriffe rechtspolitisch erwägenswert sein kann, vielleicht einem Betroffenen auch mal so eine Art Pflichtverteidigung zu geben. Darüber kann man rechtspolitisch nachdenken. Für verfassungsrechtlich notwendig halte ich das nicht; denn man muss doch sehen, dass die Verfassung, soweit sie einen besonderen Schutz des Betroffenen fordert, auf den Richtervorbehalt setzt, nicht auf eine Pflichtverteidigervorbehalt oder dergleichen. Auch im Übrigen überzeugt mich die Analogie zur Strafprozessordnung nicht. Da ist eine besondere Konstellation dadurch gegeben, dass ein Schuldvorwurf im Raum steht. Ein solcher steht im präventiven Polizeirecht nicht im Raum.

Zuletzt möchte ich noch auf einen Punkt eingehen, der mir wichtig ist und der in gewisser Weise auf das reagiert, was Herr Petri gesagt hat. Wir haben im klassischen Polizeirecht – das hat das Polizeirecht als rechtsstaatliche Referenzmaterie sozusagen – klassische Prinzipien, aber auch relativ breit gefasste Befugnisse. Wir haben darauf vertraut, dass die Praxis und die Rechtsprechung diese Befugnisse

konkretisieren. Das hat das Polizeirecht groß gemacht. – Das funktioniert in der Tat bei den heimlichen Ermittlungseingriffen nicht so gut, weil sie eben heimlich sind. Deswegen hat sich in dieser langen Serie von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für diesen Sonderbereich der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen eine Sonderdoktrin entwickelt – weil eben hier der normale Rechtsschutz erschwert ist. Das Bundesverfassungsgericht hat voll darauf gesetzt, dass der Gesetzgeber alles bis ins Letzte durchnormieren muss. Ob das richtig war, kann man vielleicht bezweifeln. Wohin es führt, sieht man – eben zu einer sehr, sehr schweren Handhabbarkeit der Gesetze. Aber der Ausgangspunkt ist verständlich, zu sagen: Wenn man nicht auf die richterliche Klärung setzen kann, muss es eben der Gesetzgeber genauer regeln. – Man kann vielleicht auch fragen, ob das jetzt noch immer so richtig ist wie früher; denn wir haben ja sehr viele Pflichten, die Betroffenen, im Nachhinein zu informieren, und es gibt Möglichkeiten, dass sie von der Polizei Auskunft erhalten. Offenbar wird trotzdem nicht sehr viel gestritten in diesem Bereich. Aber gut, im Ausgangspunkt ist das nachvollziehbar.

Ich warne nur davor, die Sonderdoktrin, die zu diesen schwer handhabbaren Normen führt, jetzt auch noch auf die offenen Polizeimaßnahmen zu übertragen. In einigen Ihrer Anmerkungen, Herr Petri, habe ich den Versuch gesehen, tatsächlich die offenen Polizeimaßnahmen mit dieser Sonderdoktrin zu belegen. Wenn etwa der Zugriff auf Speichermedien – Sie haben uns das Beispiel mit dem Stick genannt – so kompliziert ist, wenn es so schwierig ist, den Stick auszulesen, und wenn das eine offene Maßnahme ist, frage ich, warum man nicht auf den ganz normalen richterlichen Rechtsschutz vertraut, den einstweiligen Rechtsschutz, den nachträglichen Rechtsschutz? Das kann doch der Richter klären. Wir brauchen da doch nicht den Richtervorbehalt vorher, und wir brauchen auch nicht diese Doktrin, sondern wir können auf die ganz normalen Schutzmechanismen unseres Rechtsstaats vertrauen.

Zu den Body-Cams: Auch wenn der Wortlaut in Artikel 13 nicht eindeutig ist, halte ich es für nachvollziehbar und richtig, zu sagen: Diese speziellen, für den Lauschangriff geschaffenen Befugnisse sind eben auf heimliche Maßnahmen zugeschnitten und passen nicht auf den Fall der Body-Cam. Auch da kann man ohne Weiteres auf die normalen Mechanismen des richterlichen Rechtsschutzes vertrauen, sodass es keinen Richtervorbehalt braucht. – Wenn wir also diese ohnehin schon schwierige Doktrin zu den heimlichen Ermittlungsmaßnahmen auch noch auf die offenen Polizeimaßnahmen ausdehnen, dann ist das der Tod des klassischen Polizeirechts. Davor kann ich bloß warnen.

Die Frage wurde gestellt, ob wir den Eindruck haben müssen, dass der demokratische Rechtsstaat in Gefahr ist. Ich meine nicht, dass das der Fall ist.

SV RiLG Dr. Markus Löffelmann (Landgericht München I): Herr Schindler, ich bin dankbar für Ihre Frage; denn sie lenkt den Blick ein bisschen darauf, dass man sich bei diesem Gesetzentwurf, in dem es um eine Fülle von Detailproblemen geht, leicht in den Details verlieren kann. Dabei kann der Blick für das Übergeordnete, für die deutsche Sicherheitsarchitektur, verlorengehen. Sie haben angesprochen, dass sich hier einiges geändert habe.

Ich denke, verfassungsrechtlich betrachtet hat sich gar nicht so viel geändert. Im Urteil zur Antiterrordatei, das einen Meilenstein für das Verständnis der deutschen Sicherheitsarchitektur darstellt, hat das Bundesverfassungsgericht sehr dezidiert versucht, die verschiedenen Aufgabenbereiche voneinander abzugrenzen. Ich möchte daraus, wenn Sie erlauben, kurz zitieren. Zunächst beschreibt das Bundesverfassungsgericht die spezifischen Aufgaben der Nachrichtendienste und knüpft daran an.

> Von diesem Aufgaben- und Befugnisprofil unterscheidet sich das der Polizei- und Sicherheitsbehörden grundlegend. Ihnen obliegt die Verhütung, Verhinderung und Verfolgung von Straftaten sowie die Abwehr von sonstigen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Ihre Aufgaben sind geprägt von einer operativen Verantwortung und insbesondere der Befugnis, gegenüber Einzelnen Maßnahmen erforderlichenfalls auch mit Zwang durchzusetzen.

Dann kommt eine Einschränkung.

> Unbeschadet gewisser Aufgaben auch dieser Behörden schon im Vorfeld von Gefahren sind ihnen Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen; Voraussetzung ist in der Regel, dass … Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr vorliegen.

Damit ist eine konkrete Gefahr gemeint. Diese Voraussetzungen schlagen dann auf die Eingriffsbefugnisse durch, die, so das Bundesverfassungsgericht, wesentlich enger und präziser gefasst sein müssen als diejenigen der Nachrichtendienste. Wenn man diese Vorgaben nun in Bezug setzt zu dem, was in dem gegenständlichen Gesetzentwurf passiert, dann muss man ganz klar feststellen, dass diese Grund-

sätzlichkeit der Tätigkeit ab der Schwelle einer konkreten Gefahr, die bisher historisch stets die Aufgabe der Polizei gekennzeichnet und eingehegt hat, verloren gegangen ist; denn – Frau Schulze hat das angesprochen und ich habe das in meinem Gutachten auf eineinhalb Seiten ausgeführt – nahezu sämtliche polizeilichen Befugnisse werden nun in das Gefahrenvorfeld hinein verlagert. Ich zähle das gerne nochmal auf; das wird Sie irgendwann nerven: Identitätsfeststellung, erkennungsdienstliche Maßnahmen, Platzverweis, Kontaktverbot, Aufenthaltsverbot, Meldeanordnung, eingriffsintensive Maßnahmen wie die Online-Durchsuchung, wie die Telekommunikationsüberwachung. – Bitte halten Sie sich vor Augen, dass das keine Ausnahmen sind, wie sie das Bundesverfassungsgericht im Blick hatte, sondern dass das mit diesem Gesetz zur Regel wird.

Dann muss man noch den unterschiedlichen Aufgabenbereich dazu denken, den die Polizei und die Nachrichtendienste haben. Die Landespolizei hat einen sehr, sehr breiten Aufgabenbereich. Der lässt sich nicht mit den Aufgaben des Bundeskriminalamts in eins setzen, an die sich dieser Gesetzentwurf anlehnt. Sie müssen sich vergegenwärtigen, dass nach dem gegenständlichen Gesetzentwurf jeder bayerische Polizeibeamte zum Zwecke der Gefahrenabwehr über weitaus weitreichendere Befugnisse verfügt als das Bundeskriminalamt zur Terrorbekämpfung. Ich finde, dafür ist – deshalb ist diese Frage so klug – durchaus eine Rechtfertigung angezeigt, die über eine bloß floskelhafte Bemühung einer allgemeinen Bedrohungslage hinausgeht. Man müsste hier wirklich auf jede einzelne Befugnis sehen und sich fragen: Aufgrund welcher rechtstatsächlichen Gegebenheiten ist diese Befugnis erforderlich? – Nehmen Sie als Beispiel mal den Einsatz von verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen. Ich hab es grundsätzlich als positiv erachtet, dass es hier zu einer gesetzlichen Regelung kommt. Das vermindert eine gewisse Rechtsunsicherheit. Aber man kann sich natürlich füglich fragen, ob diese Maßnahme zur Gefahrenabwehr tatsächlich erforderlich ist. Ich habe im Bereich der Nachrichtendienste überhaupt keine Zweifel, dass das ein sehr, sehr wichtiges Instrument ist. Aus meiner strafrechtlichen Praxis als Mitglied einer großen Strafkammer kann ich Ihnen sagen: Im strafprozessualen Bereich ist diese Maßnahme ein ständiges Ärgernis der Gerichte.

Ich komme nun noch zu einigen anderen Gesichtspunkten, die angesprochen wurden. Frau Schulze hat nach Sprengmitteln gefragt. Hier kann ich mich der Auffassung von Herrn Graulich anschließen. 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.

In diesem Zusammenhang möchte ich kurz die Ausweitung des Einsatzes von Drohnen ansprechen. Das ist eine weitere Weiterung, die mir nur in Teilen verständlich ist. Ich kann mir gut vorstellen, dass man Drohnen einsetzt, um Übersichtsaufnahmen zu erlangen. Aber schon bei Tonaufnahmen, bei Überwachungen innerhalb von Wohnungen, bei der Überwachung des gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen macht das doch überhaupt keinen Sinn. Wie soll man sich das denn vorstellen?– Da sitzen also zwei Leute am Teich, und über ihren Köpfen kreist die Drohne, die das Gespräch abhört? – Da sollte man doch im Einzelnen noch einmal sehr genau hinschauen, ob diese Regelungen wirklich Sinn machen. Am Rande erwähnt sei auch der Einsatz von Drohnen als Mittel des unmittelbaren Zwangs. Da denke ich sofort an den Einsatz bewaffneter Drohnen, von Drohnen, die vielleicht Pfefferspray geladen haben und die gegen Versammlungen eingesetzt werden. Da werden auch sehr, sehr heikle ethisch-moralische Grenzen berührt. Darüber sollte man wirklich nachdenken.

Frau Schulze, die Erstreckung der Online-Durchsuchung auf räumlich getrennte Systeme: Da muss man, glaube ich, etwas weiter ausholen. Die Regelungen in diesem Gesetz orientieren sich – –

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Entschuldigung. Ich weise nur darauf hin: Wir haben noch 30 Minuten und noch fünf weitere Sachverständige.

SV RiLG Dr. Markus Löffelmann (Landgericht München I): Ja, gut, dann werde ich versuchen, mich kurz zu fassen. – Sie orientieren sich an § 110 Absatz 3 der Strafprozessordnung. Ich war an der Schaffung dieser Norm damals im BMJ selbst beteiligt, und wir hatten Netzwerksysteme im Blick, extern gespeicherte Daten, die irgendwo im Keller – – Eine Cloud gab's damals noch nicht. Das ist heute natürlich eine ganz andere Situation, mit der man umge-

hen muss. Ich habe in meinem Gutachten auch dargelegt, dass man hier eine grundsätzliche Neuregelung bräuchte, die sich an den Besonderheiten digitaler Datenverarbeitung orientiert. Ich sehe zum Beispiel überhaupt keinen Grund, warum man nicht auch dort Regelungen schaffen sollte, die der besonderen Schutzwürdigkeit solcher Daten Rechnung tragen. Das Bundesverfassungsgericht hat auch gesagt, dass da im Einzelfall auf die Daten zu schauen ist. Wenn es Telekommunikationsdaten sind, habe ich ein höheres Schutzniveau. Das muss man wiederum einfachgesetzlich abbilden.

Mit der DNA-Analyse hab ich, soweit es um die Auswertung von Spurenmaterial, nicht um den Einsatz zu erkennungsdienstlichen Zwecken geht, weniger Probleme. Es geht nicht darum, in ein Genom reinzusehen, sondern meines Wissens werden Genstrukturen untersucht, aus denen Rückschlüsse gezogen werden können. Für die Strafverfolgungsbehörden ist das schon lange ein Wunsch. Anwendungsfälle im Bereich des Polizeirechts zu finden, tue ich mich schwerer. Aber ich denke schon, dass es die gibt.

Einschüchterungseffekte für die Bevölkerung wurden angesprochen. Da muss man vorsichtig sein. Zu diesem sogenannten Chilling-Effekt, der vom EuGH verwendet und vom Bundesverfassungsgericht angeführt wird, habe ich mich kritisch positioniert. Aber man kann das nicht ganz wegdiskutieren. Bei einer derart weitreichenden Vorverlagerung von Handlungen in das Gefahrenvorfeld kann man füglich davon sprechen, dass hier eine Gefahr besteht. Das ist natürlich von der Kumulierung von Eingriffsmaßnahmen im Hinblick auf Einzelpersonen zu unterscheiden; das wurde vorhin von Herrn Lindner angesprochen. Da muss man dann prozedurale Vorkehrungen schaffen, wie zum Beispiel einen Richter, der diese ganzen Maßnahmen zusammen bewertet. – Ich denke, ich habe jetzt weitgehend alle Fragen beantwortet.

Abg. Eva Gottstein (FREIE WÄHLER): Die Frage von Herrn Gantzer fehlt noch.

SV RiLG Dr. Markus Löffelmann (Landgericht München I): Die Frage, ob der demokratische Rechtsstaat in Gefahr ist und Angst vor der Polizei in der Bevölkerung um sich greifen müsse, ist eine politische Problematik. Ich finde auch hier, man sollte da mehr auf die Empirie vertrauen als auf ein gewisses Gefühl. Die Frage hat mit den Einschüchterungseffekten zu tun. Das sind Probleme, um die man sich kümmern muss. Aber man kann sie auch nicht einfach übergehen. Man muss sich damit befassen und solche Befugnisse auch daraufhin ausrichten.

SV Prof. Dr. Josef Franz Lindner (Universität Augsburg): Ja, ich will mich um Kürze bemühen. – Erstens. Der Zeitdruck ist angesprochen worden. Die Richtlinie muss bis Mai oder Juni 2018 umgesetzt sein. Das heißt: Hier besteht einfach ein Zeitdruck, unter dem das Parlament steht, und dass eine Sachverständigen-Anhörung durchgeführt wird, finde ich schon sehr beachtlich. Dafür möchte ich mich nochmal herzlich bedanken.

Zweitens. Die Rechtfertigung neuer Befugnisnormen wurde auch von Herrn Rechtsanwalt Wächtler angesprochen. Die Behauptung, die Befugnisse seien verdoppelt worden, stimmt natürlich mitnichten. Wir haben vielleicht eine Verdoppelung der Befugnisnormen, aber keine Verdoppelung der Befugnisse. Viele dieser Befugnisse hatten wir immer schon aufgrund der polizeirechtlichen Generalklausel, die das rechtsstaatliche Polizeirecht seit zig Jahren prägt. Man muss nur mal bei der Kommentierung von Herrn Prof. Schmidbauer zu Artikel 11 Absätze 1 und 2 schauen, welche Maßnahmen auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden können. Das sind Dutzende, teilweise ziemlich weit reichende Maßnahmen wie zum Beispiel die künstliche Herbeiführung eines Staus auf der Autobahn durch die Polizei. Da gibt es auch keine spezialgesetzliche Rechtsgrundlage. Das bedeutet: Der Gesetzgeber muss der Polizei Befugnisnormen geben – nicht, weil die Polizei sie jetzt braucht, sondern damit sie sie dann hat, wenn sie sie braucht. Das heißt: Die Rechtfertigung der Schaffung polizeilicher Befugnisnormen kann sich mit einer hypothetischen Gefahrenprognose begnügen. Davon ist die Anwendung im Einzelfall zu unterscheiden; hier muss natürlich intensiv nachgeprüft werden, ob die Eingriffsvoraussetzungen vorlagen, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist, sind die Mitteilungspflichten erfüllt und so weiter und so fort. Das alles ist gerichtlich voll überprüfbar.

Damit bin ich beim nächsten Punkt, dem FamFG. Früher hieß es "Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit"; das gibt es schon immer. Das ist mitnichten irgendetwas Neues, sondern dieser Verweis ist schon immer da gewesen. – Zudem muss man sagen, dass in Bereichen, die nicht von einem speziellen Richtervorbehalt erfasst sind, natürlich das die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Sinne der normalen Verfahren der Fortsetzungsfeststellungsklage voll umfänglich überprüfen kann. Warum das nur in relativ geringem Umfang passiert, vermag ich nicht zu sagen.

Ganz kurz noch zur Generalklausel im Datenschutzrecht, die vom Abgeordneten Ritter, glaube ich, angesprochen worden ist. Das ist ein Vorschlag aus wissenschaftlicher Sicht, den man vielleicht mal als Thema für eine Dissertation vergeben kann. Ich hätte mir gewünscht, dass der Gesetzgeber den Mut hat, für die Datenerhebung eine Generalklausel zu schaffen, wie er auch die allgemeine Generalklausel im Polizeirecht schafft. Das kann man gut formulieren; Ansätze dazu sind in den Artikeln 30/ 32 vorhanden, also etwa eine generalklauselartige Beschreibung der Eingriffsschwellen und des Kernbereichsschutzes. Das wäre schon denkbar und ein Beitrag zur Reduktion der Komplexität. Allerdings muss ich sagen: Das würde nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wahrscheinlich in Karlsruhe keinen Bestand haben, zumindest momentan. Ob sich daran etwas ändert, wenn andere Persönlichkeiten im Bundesverfassungsgericht sitzen, vermag ich jetzt nicht zu beurteilen; ich halte das aber nicht für unwahrscheinlich.

Die Befürchtung, der demokratische Rechtsstaat sei in Gefahr, ist, glaube ich, nach den Befugnisnormen, die hier geschaffen sind, im Hinblick auf die Kontrolle durch Gerichte, die demokratische Öffentlichkeit und die Diskussionen, die in den Medien stattfinden, übertrieben.

SV Prof. Dr. Kurt Graulich (Humboldt-Universität zu Berlin): Ich möchte zu drei Komplexen etwas sagen. Ich beginne mit dem allgemeinen Komplex, mit dem, was Herr Kollege Lindner jetzt gerade auf dem Schirm hatte: Der demokratische Rechtsstaat ist durch dieses Gesetz hier natürlich nicht in Gefahr. Dagegen spricht auch schon, dass wir so nett über die verschiedenen Regelungen streiten. Das ist in Staaten, in denen der demokratische Rechtsstaat abgeschafft wird, typischerweise nicht mehr der Fall.

Allerdings macht uns die Fülle von Details, die über uns niedergeht, Mühe. Das ist eine Unbequemlichkeit für alle. Die sind vor allen Dingen durch die technologische Entwicklung ausgelöst. Wenn wir eine Vorlesung hätten, würde ich das gerne im Zusammenhang darstellen; das geht jetzt leider nicht. Aber ich glaube, das ist vor allen Dingen keine Erfindung der Polizei.

Die Verstehbarkeit von Gesetzen ist ein ernstes Problem. Hier kommen wir aber auch nicht aus dem Dilemma heraus. Seitdem viele Bereiche telekommunikationsgestützt sind, kommt man ja an einfache Sachverhalte nur noch heran, wenn man über diese Technologieschiene geht. Das macht es von vorneherein schwieriger. Ich denke, eine richtige Richtung ist das, was 1978 als Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz bezeichnet wurde, also keine strikte Koordinierung der 16 Länder und der ungefähr drei Polizeien des Bundes, sondern eine Verständigung miteinander über Guidelines in Form einer öffentlichen Fachdiskussion. Das hat damals immerhin geleistet, dass vor allen Dingen die Polizeigesetze und das Strafverfahrensrecht aufeinander zu entwickelt wurden. Es hat auch gute Ergebnisse gebracht. De Maizière war, glaube ich, der erste, der im letzten Sommer diese Musterentwurfs-These wieder aufgebracht hat. Ich habe an anderer Stelle dagegen geschrieben und gesagt: Wir haben ja bereits einen Musterentwurf, nämlich das Bundeskriminalamtsgesetz. Das BKA-Gesetz hat alle modernen Institutionen des Polizeirechts und ist jederzeit offen für weitere Regelungen. Der Bundesgesetzgeber hat sich im Grunde genommen auch bei der Koordinierung der Strafverfahrensrechtsregelung daran gehalten. Das hat früher der Musterentwurf gemacht. Ich erinnere daran, dass unmittelbar vor der Sommerpause noch §§ 100a und 100b der Strafprozessordnung, also die Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung, normiert wurden. Da ist man im Nachgang zum BKA-Gesetz gewesen. Also, die Dinge sind in der gesetzgeberischen Praxis meines Erachtens auf einer guten Linie. Wenn jetzt die Innenministerkonferenz eventuell zu der Einschätzung kommt, man wolle das Ganze in dieser allgemeinen Form in einem Musterentwurf formulieren, um es damit auch verständlicher zu machen, so what? – Aber ich glaube, dass der Sachstand, den wir haben, StPO plus BKA-Gesetz, insgesamt eigentlich weitgehend diese Koordinierung in der Kommunikation leistet.

Frau Guttenberger ist leider weg; ich mache es kurz: Die Geschichte mit den Body-Cams fing bei den Maßnahmen der Eigensicherung an. Da haben wir überhaupt keine Retorsionslage, weil die geheim stattfindet. Body-Cams, die offen getragen werden, gehen immer in die Einschüchterungssituation. Ich lebe in Berlin; dort haben wir eine ziemlich robust auftretende Polizei. Das ist keine Kritik daran; Berlin ist auch eine robuste Stadt. Aber da kann ich mir ausmalen, wie schnell das eskaliert. Das ist für mich gar nicht eine Frage, wie ich das rechtlich zu lösen habe; dazu fällt mir schnell etwas ein. Aber das ist für mich so eine Frage des Verhältnisses zwischen Bürger und Polizei. Ich mag keine Eskalationslagen, und deshalb muss ich sagen: Diesen Einsatz von Body-Cams als Normalmaßnahme halte ich eher für etwas beunruhigend.

Frau Guttenberger hat noch nach der Auslesung von Datenträgern gefragt. Also, ich bin ja etwas anders abgebogen als Herr Petri. Wir haben uns vorhin schon ausgetauscht. Herr Petri hat die Frage so verstanden: Was mache ich, wenn ich neben diesem einen Datenträger noch so einen richtig fetten weiteren finde? – Dazu hat Herr Petri sich geäußert; dem füge ich jetzt nichts an. – Ich habe diese Regelung so verstanden, dass sie auch Zugriffe auf Clouds ermöglichen soll. Dann komme ich in die Thematik des Artikels 10 und dann habe ich natürlich ein riesiges zusätzliches Problem. Das führe ich jetzt nicht nochmal erneut aus; aber da lagen meine Bedenken. Ob diese Potenzialität drin steckt oder nicht, müssten Sie im weiteren Gesetzgebungsverfahren klären.

Frau Schulze hatte eine ganze Reihe von Fragen. Ich beginne mal mit dem Begriff der drohenden Gefahr. Das war nun sehr bedauerlich; ich hatte drei Tage Zeit, um mich mit diesem Gesetzentwurf zu beschäftigen, und war sehr froh, dass sich Kollege Löffelmann wirklich im Detail und in aller Genauigkeit mit den einzelnen Normen beschäftigt hat. Das ist auch gar nicht zu toppen und ein äußerst großes Verdienst. Ich will nur auf den Ausgangspunkt im wörtlichen Zitat kommen: Das ist ja keine Erfindung des bayerischen Gesetzgebers, mit dem er irgendwem eine auf die Mütze geben will, sondern das ist genau so, wie Herr Möstl es entwickelt hat. Es begann mal mit der konkreten Gefahr; dann sind wir über diese Spezialrechtsprechung insbesondere aus Karlsruhe bei den heimlichen Maßnahmen auf diesen Begriff der drohenden Gefahr gekommen, der ja dort nicht als Aushebelung des Rechtsstaates gemeint war, sondern im Gegenteil: Es war der Versuch einer Brückenbildung, um Eingriffsgrundlage und Rechtsgüterschutz wieder einander anzunähern.

Deshalb – ich zitiere das aus der Entscheidung vom 20. April – kann 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. – Das heißt: Man muss es genauso machen, wie Kollege Löffelmann es gemacht hat. Man kann es nicht pauschal angehen, sondern muss wirklich jede einzelne Norm nehmen und fragen: Was, liebe Norm, sollst du leisten? Ist der von dir intendierte Rechtsgüterschutz auch genügend groß? – Das muss man machen; das kann man nicht pauschal beantworten.

Zu den DNA-Spuren habe ich vorhin schon Ausführungen gemacht. Die DNA-Spurenauslese ist an sich ein sehr präzises Mittel. Aber wenn man es in die Gefahrenabwehr reinbringt, muss man sehr aufpassen, dass die Schere nicht zu weit aufgeht. Der Bundesgesetzgeber hat es mit dieser Druckspurenregelung im BKA-Gesetz meines Erachtens eingehegt. Aber die Regelung, die ich da im PAG gefunden habe, halte ich für sehr abschüssig. Dazu würde ich Ihnen nicht raten. – Auch über Sprengmittel haben wir uns unterhalten.

Noch eine letzte Bemerkung zu der intelligenten Video-Überwachung. Da möchte ich auf etwas hinweisen, was Sie meines Erachtens ein bisschen zu wenig im Blick haben. Die Bundesrepublik Deutschland ist ja von Kompetenzgrenzen durchzogen. Das heißt: Alles, was an Bahnhöfen stattfindet, ist in der Kompetenz der Bundespolizei. Sie kann keinesfalls den Videoprojektor auf die gegenüberliegende Straßenseite richten. Das hat zwei Seiten: Einmal ist der polizeiliche Wirkungsgrad begrenzt. Es hat aber auch von der Schutzseite her den Vorteil, dass in die Rechte der Bürger nur in begrenzter Weise eingegriffen wird. Die Bundespolizei ist natürlich überall präsent, schon deswegen, weil sie zugleich auch Bahnpolizei ist. Schwierig werden diese Dinge erst in dem Moment, wo es etwa zu hintergründigen Vernetzungen kommen sollte. Dann ist das Stichwort von der Totalüberwachung, das man zu Recht immer im Auge behalten muss, gegeben. Im Augenblick, glaube ich, sind wir davon noch entfernt. Aber bei dieser Institution ist auf alle Fälle in zwei Richtungen Vorsicht geboten, zum einen, dass nicht in die Rechte der Bürger eingegriffen wird, und zum anderen: Wir haben heute eine sehr mobile Kriminalität und eine sehr mobile, virulente Kriminalität. Der demokratische Rechtsstaat ist nicht nur dann in Gefahr, wenn wir hier in Seminarlaune Gefährdungen sehen, sondern auch dann, wenn Bürger sagen, sie fühlten sich nicht ausreichend beschützt. – Deshalb meine ich: Intelligente Videoüberwachung, die an der Kette liegt, ist sicher ein Mittel, das man gar nicht auslassen kann.

Abg. Eva Gottstein (FREIE WÄHLER): Bitte beantworten Sie noch die Frage des Kollegen Gantzer, ob der Rechtsstaat in Gefahr ist.

SV Prof. Dr. Kurt Graulich (Humboldt-Universität zu Berlin): Das hab ich am Anfang gesagt. Der Rechtsstaat ist natürlich nicht in Gefahr. Wir haben ein Gesetz, über das wir uns fröhlich zerzausen können. Das machen wir gerade auch. Aber der Rechtsstaat ist dadurch bestimmt nicht in Gefahr.

Abg. Eva Gottstein (FREIE WÄHLER): Und Angst vor der Polizei braucht man auch nicht zu haben.

SV Prof. Dr. Kurt Graulich (Humboldt-Universität zu Berlin): Um Himmels willen! Die deutsche Sicherheitsarchitektur – ich könnte sie jetzt bis zum letzten Mann aufzählen – besteht aus rund 500.000 Personen und ist im Kern polizeilich. Wir haben etwas weniger als 300.000 Polizeibeamte, die sozusagen das Hauptgeschäft tragen, 50.000 beim Bund, der Rest bei den Ländern. Das ist die Achse, auf der wir unsere Sicherheit organisieren. Diese Leute haben einen Anspruch darauf, dass sie einerseits vernünftige Eingriffsgrundlagen haben, und andererseits hat der Bürger einen Anspruch darauf, dass er diese Eingriffsgrundlagen nachvollziehen kann. Das müssen wir ausschaukeln, und das machen wir ja gerade.

SV Prof. Dr. Thomas Petri (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz): Diese Ausführungen spare ich mir und schließe mich insoweit, was die Demokratie anbelangt, Herrn Graulich an. Ich komme zu den anderen Fragen, zunächst zur Komplexität und zur Bürgerverständlichkeit. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen – es wird zwar immer viel gescholten, weil es zu wenige Spielräume lässt – gesagt, das muss nicht so sein. Nicht jeder Bürger muss das Gesetz versehen. Darauf kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass die Normanwendung für den Normanwender hinreichend klar geregelt ist. Zur Komplexität: Es ist wünschenswert – insofern gebe ich Herrn Ritter recht –, aber verfassungsrechtlich geboten ist es nicht, nicht in allen Verästelungen. Er muss ein grobes Vorstellungsbild erzeugen, nicht mehr.

Das zweite ist die Frage: Wie machen's denn die Normanwender, also die Polizei? – Ich habe ihr schon vorhin bescheinigt, dass sie sich Mühe gibt, das zu befolgen. Ich komme zu dem kritischen Teil, der auch hinsichtlich der Komplexität gerügt worden ist. – Klammer auf: Ich wende mich nicht dagegen, dass man das Bundesverfassungsgericht kritisiert, sondern dagegen, dass man die Entscheidungen, die Feststellungen, die in einem Verfassungsgefüge verbindlich sind, infrage stellt. Das geht nicht, und deswegen bin ich da auch so energisch. Es geht nicht um die Kritik, sondern darum, dass man etwas infrage stellt, was nicht mit unserem Gewaltenteilungsgefüge im Einklang steht. Klammer zu.

Also, was die Ausbildung anbelangt, muss man berücksichtigen, dass die hier als komplex angesehenen Vorschriften zum heimlichen Überwachung oft sehr technologiegeprägt sind. Auch da kann ich an Herrn Graulich anknüpfen. Das betrifft aber in der Regel nicht den normalen Vollzugsbeamten auf der Straße. Der Vollzugsbeamte auf der Straße hat in der Regel ein überschaubares Portfolio an Befugnissen, was meines Erachtens relativ klar geregelt ist. Was die TKÜ, diese Online-Durchsuchung, die Quellen-TKÜ und so weiter anbelangt, gibt es hoch komplexe Vorschriften. Aber damit befassen sich Spezialteams; die haben dementsprechend besondere Kautelen, und die kriegen das auch in den Griff, jedenfalls nach meiner Einschätzung nach dem, was ich so sehe.

Die drohende Gefahr wurde schon in einer Anhörung debattiert. Im Grundsatz bin ich der Meinung, dass Artikel 11 Absatz 3 unter dem Gesichtspunkt der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit geht. Das ist so, meine ich. Wir haben über die Frage debattiert, ob man den Begriff des Angriffs, der nachträglich eingeführt worden ist, nicht unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit hinterfragt. Ich erinnere mich vage daran, dass Herr Möstl damals gesagt hat, er rate davon ab, das so zu regeln; er empfehle ähnlich wie ich einen gesonderten Satz. Daran hat er sich heute nicht mehr erinnert. – Tut mir leid, heute sind Sie mein Prügelknabe. Aber Sie halten das aus, gell? – Wir kriegen das schon; wir kommen zueinander. Ich bin auch in vielen Dingen Ihrer Meinung. Aber ansonsten hält das dem Gebot der Bestimmtheit und der Normenklarheit Stand. Ich gehe mal davon aus, dass man, wenn man das verfassungskonform auslegt, den Begriff des Angriffs auch in den Griff kriegt. Ich denke, irgendwo geht das. Wir haben das damals unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auf körperliche Angriffe beschränkt wissen wollen, weil das sozusagen die Szenarien waren, mit der die Polizei arbeiten wollte. Aber diese Diskussion vertiefe ich jetzt nicht, weil wir die schon hatten.

Bei der DNA-Analyse kann ich auch an das anknüpfen, was Herr Graulich gesagt hat. Mein Punkt ist: Wenn man sagt, das praktische Bedürfnis der Polizei liegt nicht darin, die genkodierenden Teile zu analysieren, dann sollte der Gesetzgeber das klarstellen. Das spielt hier eine ganz entscheidende Rolle für die Verfassungskonformität der Norm. Dann schreiben Sie halt rein, dass sich eine Analyse auf die Genstrukturen zu beschränken hat und eben nicht den Gencode als solchen betrifft. Dann haben Sie einen Schritt mehr in Richtung Rechtssicherheit auf verfassungsrechtlicher Ebene. Das wäre meine Empfehlung.

Zum Rechtsschutz bei offenen Maßnahmen muss ich sagen: Lesen Sie einfach Artikel 13 Absatz 4. Da steht nichts von heimlich, aber da steht etwas vom Richtervorbehalt. Artikel 13 Absatz 4 sagt das, Punkt. Das ist keine Auslegungsfrage; da steht

nichts von heimlich. Der Wortlaut ist eindeutig. Im Zweifelsfall kann ich eine Vorschrift nicht so auslegen, dass ich Schutzmechanismen zulasten der Grundrechte weglasse. Das geht einfach nicht.

Zur Fortsetzungsfeststellungsklage möchte ich noch etwas sagen. Die Bezugnahme auf das FGG und auf das FamFG hat eine lange Tradition im Polizeirecht; das stimmt. Aber die bezieht sich in der Regel auf die alten Standardmaßnahmen. Man hat damals auf das FGG zurückgegriffen, weil die Vorstellung bestand, man brauche ein gerichtliches Verfahren, das auf Effektivität und Schnelligkeit abzielt und trotzdem ein Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit sicherstellt. Deswegen ist man auf das FGG gekommen, weil es damals kein anderes Vorbild gab. Da geht es ja um die Frage, wie man unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr ein schnelles Verfahren hinbekommt. Das FGG-Verfahren passt dann nicht, wenn wir in Situationen kommen, wo wir dauerhafte Grundrechtseingriffe haben. Wenn Sie das Beispiel von Herrn Wächtler mit der Inhaftnahme aus Präventivgründen nehmen, passt es möglicherweise nicht ganz. Da geht es nicht mehr darum, im Einzelfall unter den Bedingungen der Zeitnot, die die Gefahrenabwehr infrage stellen kann, eine Regelung zu treffen. Das wäre so ein Punkt, wo ich Herrn Wächtler zumindest teilweise recht geben würde. Ansonsten kann ich an das anknüpfen, was schon gesagt worden ist. – Hab ich alles beantwortet? – Ich gebe ab. Danke schön. – Ach so: Die Umsetzungsfrist bis zum 6. Mai 2018 ergibt sich aus Artikel 63 Absatz 1 der Richtlinie über den Datenschutz bei der Straftatenbekämpfung, EU.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Man könnte scherzhaft fragen, ob nur Deutschland die Richtlinie innerhalb dieses Zeitraums umsetzt oder ob das alle anderen auch machen. Das wissen Sie wahrscheinlich auch nicht.

SV Prof. Dr. Thomas Petri (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz): Österreich hat schon umgesetzt; die anderen sind im Verzug.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Frau Gottstein fragt noch nach der Angst vor der Polizei, Herr Petri.

SV Prof. Dr. Thomas Petri (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz): Angst vor der Polizei in der Demokratie, im demokratischen Rechtsstaat: Nein. Das schließt nicht aus – das zeichnet den demokratischen Rechtsstaat aus –, dass er die Einzelsituationen regelt und das rechtsstaatliche Handeln der Polizei im Einzelfall sicherstellen soll. Darum geht's, und darum streiten wir jetzt gerade.

SV RA Hartmut Wächtler (Rechtsanwaltskammer, München): Ich muss mich leider in die Reihe meiner Vorredner einreihen, die über Herrn Prof. Möstl hergezogen sind. Es hilft nichts. Ich kann das so nicht stehen lassen. Sie haben in Zweifel gestellt, ob es nötig ist, dass bei wichtigen Eingriffen analog der Pflichtverteidigung ein Verteidiger, ein Anwalt gestellt wird. Ich denke, es sollte unter dem jetzigen Stand der Rechtsstaatsdiskussion unstrittig sein, dass, der Betreffende, wenn in die Freiheit und das Eigentum von Bürgern eingegriffen wird, die Möglichkeit haben muss, sich angemessen zu verteidigen, das heißt: mit Hilfe anwaltlichen Beistands. Deswegen haben wir § 140 StPO im Strafrecht.

Wenn Sie sagen, es ist ja ein Richter da, der das macht, ist das ein Argument, aus dem ich nur schließen kann, dass Sie kein Strafverteidiger sind und auch mit dem Strafrecht nichts zu tun haben. Im ganzen Strafrecht ist ein Richter da, auch der Lebenslängliche hat vorher ein richterliches Urteil. Da wird doch niemand behaupten, da brauche kein Anwalt tätig zu werden. Das ist doch ein völlig abwegiges Argument.

Außerdem haben Sie nicht recht, was unser Recht hier, das PAG, betrifft; denn im PAG gibt es zahlreiche existenzvernichtende und -bedrohende Maßnahmen, die eben nicht unter Richtervorbehalt stehen. Ich nenne etwa die Vermögenspfändung. Kürzlich hatte ich einen Fall von Vermögensbeschlagnahme nach StPO; da ging es um einen Schaden von etwa 10.000 Euro, den der Mandant angerichtet haben sollte. Nach dieser neuen Regelung, die uns der Bundesgesetzgeber im letzten Herbst beschert hat, ist es möglich, vorbeugend sein Vermögen zu beschlagnahmen. Er hat gefragt: Womit soll ich denn jetzt meine Miete zahlen? – Dessen Konten waren einfach beschlagnahmt worden, wie es auch nach PAG vorbeugend möglich sein soll. Womit soll ich denn meine Miete bezahlen? – Da gab es immerhin einen richterlichen Beschluss, den man anfechten konnte. Aber Sie stellen das infrage, indem Sie sagen, es gibt überall einen Richtervorbehalt. Stimmt nicht in diesem Fall; die Polizei kann das aus eigenem Recht machen. Ich kann hinterher zum Richter laufen – unter den unzureichenden Bedingungen, die ich erläutert habe. Das Gleiche gilt für das, was ich Verbannung nenne, auch für den Zwang, einen bestimmten Aufenthaltsort nicht zu verlassen. Das kann alles existenzvernichtend sein, wenn ich beispielsweise nicht mehr zur Arbeit gehen kann, weil ich meinen Landkreis nicht verlassen kann, dann verliere ich die Arbeit. Wenn ich meine Miete nicht bezahlen kann, verliere ich die Wohnung.

Das bringt mich zu einem weiteren Punkt, den ich vorhin vergessen hatte. In dieser großartigen Vorschrift, die hier eingeführt werden soll, fehlt jede Regelung zum Schadensersatz. Was ist denn, wenn die Polizei sich geirrt hat? Der Mensch hat seine Wohnung verloren, Amtshaftung ist doch nur bei schuldhaften Vorgängen. Das muss ja nicht schuldhaft sein; einfach eine rechtswidrige Polizeimaßnahme führt dazu, dass ich meine Wohnung verliere. Unter Münchener Bedingungen ist das eine Katastrophe, und es gibt keinerlei Regelung. Es gibt eine Regelung im Strafrecht; da gibt es das Strafrechtsentschädigungsgesetz, nicht. Da ist genau für diese Fälle geregelt: Wenn infolge von Strafverfolgungsmaßnahmen ein Schaden eintritt, kann der Bürger Ersatz verlangen. Entsprechendes gibt's im PAG eben nicht. Wenn Sie sagen, das ist der Unterschied zwischen dem Strafrecht und dem Polizeirecht, dass kein Verschulden nötig ist, dann sage ich Ihnen: Das stimmt zwar, aber auf der anderen Seite sind die Gitterstäbe, hinter denen die Betroffenen sitzen, genau dieselben. Da gibt's keinen Unterschied.

Das andere haben Sie vielleicht auch übersehen: Mittlerweile ist höchst richterlich durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass auch für den Fall der Einweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus, also dann, wenn gerade kein Verschulden vorliegen soll, die Notwendigkeit von Pflichtverteidigung anerkannt ist. Auch dieses Argument löst sich also schlichtweg in Luft auf.

Ich komme zur Frage nach der Gefahr für den Rechtsstaat, die Frau Gottstein mit Recht gestellt hat. Generell gesehen ist unser Rechtsstaat nicht in Gefahr, selbst nicht durch dieses Gesetz. Aber der Einzelne, der von so einer Maßnahme betroffen ist, fängt natürlich schon an zu zweifeln, wenn er plötzlich nicht mehr an sein Bankkonto ran kann. Da fragt er sich: Was mache ich jetzt? Wo finde ich einen Beistand? – Er fängt schon an zu zweifeln. Allein darum geht es. Es geht nicht um eine grundsätzliche Abschaffung des Rechtsstaats. Das wird ja kein Vernünftiger behaupten.

SV Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz (Julius-Maximilians-Universität Würzburg): In Ansehung der durchaus vorgerückten Uhrzeit will ich es etwas kurz machen. – Herr Schindler, Sie haben die Frage aufgeworfen: Was ist eigentlich nach klassischem Grundrechtsverständnis die Rechtfertigung für die entsprechenden Eingriffsbefugnisse, die wir hier der Polizei geben? Ich glaube, das kann man mit zwei Worten beantworten: Das ist die Erfüllung der Staatsaufgabe Sicherheit. Das ist die klassische Ratio legis, die wir hier bei all diesen gesetzlichen Regelungen haben. Es geht um die Abwehr bestimmter Gefahren. Mittlerweile haben wir ein verändertes Gefahrenpotenzial, veränderte Gefahrensituationen, und deswegen auch dieses ausdifferenzierte Eingriffsinstrumentarium.

Ich möchte mich jetzt noch auf zwei Punkte beschränken. Zum einen möchte ich zu dem Verweis auf das FamFG ganz deutlich sagen: Es besteht ein fundamentaler Unterschied zur Strafprozessordnung. Wenn man die Strafprozessordnung als Magna Charta des Beschuldigten in einem Strafverfahren betrachten will, liegt das auch daran, dass der Staat in einem Strafverfahren unter Umständen seine schärfste Sanktion überhaupt zeigen kann, nämlich die Durchsetzung eines staatlichen Strafanspruchs. In der Tat geht es beim Gefahrenabwehrrecht um effektive, schnelle Gefahrenabwehr. Wir haben dort nicht nur die Beeinträchtigung der individuellen Freiheit, die im Raum steht, sondern wir haben auf der anderen Seite auch die Staatsaufgabe Sicherheit, die effektiv erfüllt werden muss. Das rechtfertigt meines Erachtens auch den Verweis auf das FamFG.

Ich komme zum letzten Punkt, der auch von Frau Gottstein und Herrn Gantzer angesprochen wurde, der Gefahr für den demokratischen Verfassungsstaat und der Angst vor der Polizei. Ich glaube, wir tun unserem Gemeinwesen – das ist mehr eine politische als eine juristische Argumentation – keinen großen Gefallen, wenn wir die Polizei und die Sicherheitsdienste in Deutschland unter Generalverdacht stellen, der sie in die Nähe von historischen Auswüchsen wie entweder dem Ministerium für Staatssicherheit, der Gestapo oder dem Sicherheitsdienst oder Ähnlichem stellt. Da bestehen fundamentale Unterschiede. Wir haben rechtsstaatlich gebundene und rechtsstaatlich agierende Sicherheitsbehörden.

Der zweite Punkt ist die Frage: Sind die Regelungen, über die wir hier heute zweieinhalb Stunden diskutiert haben, eine Gefahr für den freiheitlichen Verfassungsstaat? – Ich würde das eher anders formulieren wollen: Der Verzicht auf die entsprechenden Regelungen wäre eine Gefahr für die Voraussetzungen dieses Verfassungsstaates, nämlich dafür, dass man hier in Sicherheit leben kann und die Polizei die entsprechenden Befugnisse hat. – Herzlichen Dank.

Vorsitzender Dr. Florian Herrmann (CSU): Vielen Dank, meine Herren Sachverständigen. Wir haben die Punktlandung geschafft, obwohl wir natürlich noch stundenlang über viele Detailfragen weiterdis-

kutieren könnten. Das werden wir in der Ausschussbehandlung, bei der Diskussion der einzelnen Punkte und der Anträge, die möglicherweise von den Fraktionen zur Änderung der Gesetzentwürfe noch eingebracht werden, tun. Aber ich denke, für heute war es sehr gut, die unterschiedlichen Positionen aus Ihrer Sicht wissenschaftlich fundiert gehört zu haben. Dafür herzlichen Dank – auch für die Mühe mit den schriftlichen Ausführungen. Das alles hilft uns sehr weiter.

Ich sehe keine weiteren Wortmeldungen mehr. Wir sind sowieso am Ende der verfügbaren Zeit angelangt. Ich bitte alle, den Saal möglichst zügig zu verlassen, weil für die Fraktionssitzung umgebaut werden muss. Die Sitzung ist geschlossen.

(Schluss: 11.30 Uhr)

Gutachtliche Anmerkungen
zu den Gesetzentwürfen der Bayerischen Staatsregierung

vom 20.02.2018 zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes
(LT-Drs. 17/20763
und
vom 30.01.2018 für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts
(PAG-Neuordnungsgesetz (LT-Drs. 17/20425)

auf Benennung der Landtagsfraktion B.90/DIE GRÜNEN

von

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Kurt Graulich

Berlin, d. 14. März 2018

Vorbemerkung

Anlass der vorgelegten Stellungnahme ist die Anhörung der Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport sowie für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungs-schutzgesetzes (Drs. 17/20763) am Mittwoch, den 21. März 2018 im Bayerischen Landtag. Aus Gründen der Nützlichkeit folgt die Stellungnahme dem Fragenkatalog des Bayerischen Landtags für die Ausschusssitzung.

A. PAG

1. Ist der Gesetzentwurf geeignet, die aus der Richtlinie (EU) 2016/680 erwachsenden Umsetzungserfordernisse abzubilden, insbesondere in den nachfolgend genannten Teilbereichen?

a) Wurden die Pflichten des Verantwortlichen wie beispielsweise die Hinweis- und Belehrungspflichten ausreichend umgesetzt?
Der Gesetzesentwurf steht bei der Beachtung und Umsetzung von Unionsrecht in der Gefahr der Über- oder Untererfüllung. In ihrem Bereich gilt die DS-GVO - unveränderbar und unverbesserbar - direkt für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Die DS-GVO findet keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafverfolgung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit (Art. 2 Abs. 2 lit. d)). Systematisch ist dies als eine Abgrenzung zum Geltungsbereich der RL 2016/680/EU zu verstehen, die wiederum den Rahmenbeschluss 2008/977/JI im Bereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung ablöst. Die Richtlinie umfasst sowohl präventiv als auch repressiv erforderliche Verarbeitungsvorgänge zu den genannten Zwecken. So dass in Deutschland insbesondere die StPO und die Polizeigesetze betroffen sind. Polizeiliche Tätigkeiten ohne Bezug zu Straftaten – z.B. im Rahmen von Vermisstenanzeigen – unterfallen weiterhin der DSGVO (Kühling/Raab in Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 2 Rn. 29).

b) Wurden die Rechte der betroffenen Person wie zum Beispiel das Recht auf Berichtigung Datenlöschung und Auskunft ausreichend umgesetzt?
An dieser systematischen Vorgabe gemessen fallen zwei Punkte im PAG-E auf, die nicht als befriedigend gelöst erscheinen. Zum einen der Umgang mit dem

Schutz privater Rechte in § 2 PAG-E und zum anderen die beibehaltene Verwendung des Instituts der datenschutzrechtlichen Errichtungsanordnung.

Der Schutz privater Rechte durch die Gefahren abwehrende Polizei fällt nicht unter die Bereichsausnahme von Art. 2 Abs. 2 lit. d) DS-GVO. Die DS-GVO gilt dort unmittelbar. Die durch den PAG-E vorgesehen Umstellung „In Abs. 2 werden die Wörter „Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei“ durch die Wörter „Im Rahmen ihrer Aufgabe nach Abs. 1 obliegt der Polizei der Schutz privater Rechte“ ersetzt.“ ändert daran nichts. Sie verunklart den Normwirkungszusammenhang nur.

c) Wie bewerten Sie die Tatsache, dass neben der neu eingeführten Datenschutzfolgenabschätzung in Art. 64 Gesetzentwurf PAG-Neuordnungsgesetz (nachfolgend: PAG-E) das Instrument der Errichtungsanordnung beibehalten und soweit dies rechtspraktisch möglich war, mit der Folgenabschätzung verbunden wurde?
Das Zusammenspiel von DS-GVO und RL 2016/680/EU hat dazu geführt, dass bislang fachgesetzliche Regelungen über datenschutzrechtliche Errichtungsanordnungen obsolet geworden sind. Der Bund hat daraus die Konsequenz gezogen und § 34 BKAG a.F. gestrichen (BT-Drs. 18/11163 S. 131). Das funktionale Äquivalent findet sich in dem „Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten“ nach § 70 BDSG. Danach ist der Verantwortliche zur Führung eines Verzeichnisses aller Kategorien von Verarbeitungstätigkeiten verpflichtet, die in seine Zuständigkeit fallen. Das Verzeichnis nach § 70 BDSG ist nicht identisch mit der Errichtungsanordnung für Dateien, die das Fachrecht für Sicherheitsdateien vielfach kennt (Gräber/Nolden/Paal, in Paal/Pauly, 2. Aufl., BDSG § 70 Rn. 2 unter Hinw. auf BT-Drs. 18/11325 S. 118). Das PAG ist auch nicht gehindert, an dem Institut weiterhin festzuhalten, weil ihm weder die DS-GVO noch die RL entgegensteht. Es verunklart aber das Verhältnis zu dem unverzichtbaren „Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten“ nach § 70 BDSG, das wiederum keine deutsche Kreation enthält, sondern Art. 24 JI-RL umsetzt.

2. Wie beurteilen Sie gemessen an den Maßgaben des BVerfG, besonders in seinem Urteil vom 20.04.2016 zum BKAG, dass Befugnisse, die tief in die Privatsphäre hineinreichen und zudem noch verdeckt erfolgen, insbesondere
• auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein müssen,
• Gefährdungen der gewichtigen Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar sein müssen,
• die Befugnisse sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte erstrecken dürfen,
• besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und von Berufsgeheimnisträgern normiert werden müssen,

• die Befugnisse bestimmten Transparenzanforderungen unterliegen müssen,
• durch Regelungen zur Erlangung individuellen Rechtsschutzes und aufsichtlicher Kontrolle flankiert sein müssen,
• mit Löschungspflichten im Hinblick auf die erhobenen Daten ergänzt sein müssen,
die Ausgestaltung der Befugnisse im III. Abschnitt 2. Unterabschnitt PAG-E nach Art. 33 bis 47 PAG-E und erläutern Sie im Hinblick auf die Maßgaben des BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.04.2016 bitte Folgendes:

Die Fragestellung des Ausschusses gibt in einer vorangestellten Aufzählung die wesentlichen Maßgaben des Urteils des BVerfG vom 20. April 2016 zum BKAG zutreffend wieder. Die Linearität der Liste darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Maßgaben als Prüfungsmaßstäbe für Normen unterschiedlich ansetzen. Daran ändert auch nichts ihr – im Urteil - einheitlicher Ausgangspunkt im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

a) Wie ist die Neugestaltung von einzelnen Befugnisnormen in folgender Hinsicht zu bewerten:
aa) Wurden die geforderten Richtervorbehalte ausreichend umgesetzt?
Es wurden zahlreiche Richtervorbehalte eingeführt. Im Falle des Kernbereichsschutzes besteht die Gefahr, dass die Zentrale Datenprüfstelle die richterliche Überprüfung aufweicht.

bb) Wie bewerten Sie die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bislang enthaltenen Straftatenkataloge?

Der Richtervorbehalt bei beabsichtigten Eingriffen unter hochinvasiven Umständen oder in hochwertige Individualrechte berücksichtigt die einander ergänzenden Grundsätze der Gewaltenteilung und der Verhältnismäßigkeit. Er salviert aber nicht den gesetzlich ermöglichten Eingriff selbst. Insbesondere setzt der – meistens beim Amtsgericht liegende - Richtervorbehalt vor dem Normgebrauch an, ersetzt also nicht die anschließende Rechtmäßigkeitskontrolle – meistens durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die rechtsgüterschutzorientierte Ausgestaltung der Befugnisnormen anstelle der bislang praktizierten Straftatenkataloge ist jedenfalls einen Versuch wert. Die Straftatenkataloge hatten ein großes Maß an Genauigkeit für sich, sind mit dem Ansatz der Anführung schützenswerten Rechtsgütern aber inhaltlich verbunden, indem die Straftatenkataloge hintergründig ebenfalls am Rechtsgüterschutz orientiert sind. Allerdings haben sie die Polizeigesetze in zunehmendem Maße unleserlich gemacht. Nun bleibt abzuwarten, ob die verminderte Genauigkeit noch innerhalb der verfassungsrechtlich

erforderlichen Bestimmtheit zu liegen kommt. Dies ist nicht offenkundig und wird – wie im Verwaltungsrecht häufig – die Rechtspraxis zeigen müssen.

b) Sehen Sie im Hinblick darauf, dass bei einigen polizeilichen Befugnissen – z.B. bei der neu geschaffenen Befugnis der Postsicherstellung (Art. 35 PAG-E), aber auch bei den bereits bisher im PAG bestehenden Befugnissen „Eingriffe in den Telekommunikationsbereich" (Art. 42 PAG-E) und „Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme (vgl. Art. 45 PAG-E) - der mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen zum 01.08.2018 in das PAG aufgenommene Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr eingeführt wird, eine Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle und wie bewerten Sie dies verfassungsrechtlich?
Die „drohende Gefahr" verlegt die Gefahrenprognose i.U. zur „konkreten Gefahr" weiter nach vorne. Dies kann der Sache nach angemessen sein und ist unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig. Nach der Rspr. des BVerfG ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen 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 (BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 112).

c) Wie ist die Ausgestaltung der hypothetischen Datenneuerhebung zu bewerten? (Art. 48 PAG-E)

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum BKAG festgestellt, dass sich die Anforderungen an die Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung und sich die Reichweite der Zweckbindung nach der jeweiligen Ermächtigung für die Datenerhebung richten. Die Datenerhebung selbst bezieht ihren Zweck zunächst aus dem jeweiligen Ermittlungsverfahren Die Ermächtigung zu einer Zweckänderung ist dabei am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Hierbei orientiert sich das Gewicht, das einer solchen Regelung im Rahmen der Abwägung zukommt, am Gewicht des Eingriffs der Datenerhebung. Informationen, die durch besonders eingriffsintensive Maßnahmen erlangt wurden, können auch nur zu besonders gewichtigen Zwecken benutzt werden (BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 286). Für Daten aus eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen kommt es danach darauf an, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben neu auch für den geänderten Zweck mit schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften.

Der Regelungsentwurf in Art. 48 PAG-E unternimmt die Positivierung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung, geht dabei aber nicht sehr übersichtlich vor. Dies liegt – vom Gesetzgeber nicht zu vertreten – an der komplizierten Materie. Zu vertreten hat der Entwurf aber die Undeutlichkeit durch inzidente Verweisungen. Es werden zu häufig Voraussetzungen für polizeiliche Befugnisse nicht genannt, sondern in Verweisungsirrgärten versteckt. Dies darf nicht zum Problem des Rechtspflichtigen werden. Daher ist es als Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz Normklarheit dem Gesetzgeber anzulasten.

Unter diesen Voraussetzungen ist zumindest die Regelung in Art. 48 Abs. 4 PAG-E nicht überzeugend. Dort geht es in Satz 1 um die Verarbeitung von Daten, die (Nr. 1) durch den Einsatz technischer Mittel in Wohnungen und (Nr. 2) durch den verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme erhoben wurden. Deren Weiterverwendung ist nach dem vorgenannten Urteil eng begrenzt. Hier ist jede weitere Nutzung der Daten nur dann zweckentsprechend, wenn sie auch aufgrund einer den Erhebungsvoraussetzungen entsprechenden dringenden Gefahr (vgl. BVerfGE 109, 279 <377, 379>) oder im Einzelfall drohenden Gefahr (vgl. BVerfGE 120, 274 <326, 328 f.>) erforderlich ist. Das außerordentliche Eingriffsgewicht solcher Datenerhebungen spiegelt sich hier auch in einer besonders engen Bindung jeder weiteren Nutzung der gewonnenen Daten an die Voraussetzungen und damit Zwecke der Datenerhebung. Eine Nutzung der Erkenntnisse als bloßer Spuren- oder Ermittlungsansatz unabhängig von einer dringenden oder im Einzelfall drohenden Gefahr kommt hier nicht in Betracht (BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 283). Die Neufassung

das BKAG berücksichtigt diese Begrenzungsanforderung in § 12 Abs. 3 BKAG, während sie in Art. 48 Abs. 4 PAG-E fehlt.

d) Wie bewerten Sie die Ausgestaltung der polizeilichen Befugnisse in Art. 33 bis 47 PAG-E im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit?

Postbeschlagnahme nach Art. 35 PAG-E
Bislang war der Satz richtig: Die allgemeinen Polizeigesetze legitimieren nicht zu Eingriffen in das Brief- und Postgeheimnis. Die Verhältnisse haben sich aber geändert. Denn seit der Novellierung des BKAG im Jahr 2017 gehört zu den – verdeckten - polizeilichen Befugnissen auch die **Postbeschlagnahme**. Sie ist – trotz der traditionell wirkenden Art der Maßnahme - eingeführt worden, weil terroristische Tätergruppen verstärkt auf das Mittel konventioneller Postsendungen in bestimmten Bereichen ihrer Kommunikation zurückgreifen (vgl. Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 759 ff.). An die Regelung in § 50 BKAG lehnt sich Art. 35 PAG-E eng an. Auch für die Verbringung von logistischen Gütern erlangt der Postweg nach Einschätzung der Bundesregierung zunehmende Bedeutung gegenüber den bisher praktizierten persönlichen Übergaben (BT-Drs. 18/11163, 119 BT-Drs. 18/11163, 119). Die Polizei kann in diesen Fällen nach der nunmehr geschaffenen Befugnis ohne Wissen der betroffenen Person zu präventiven Zwecken **Postsendungen und Telegramme beschlagnahmen**, die sich im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken und die an eine Person gerichtet sind, welche bestimmte Störervoraussetzungen erfüllt (vgl. zB § 50 Abs. 1 BKAG). Inhaltlich lehnt sich die Regelung in § 50 BKAG wiederum an die §§ 99 und 100 StPO an (BR-Drs. 109/17, 139).

Eingriffe in die Inhalte der Telekommunikation
Quellen-TKÜ (Art. 42 PAG-E)
Ein besonders schwerer Eingriff in die Inhalte der Telekommunikation wird durch die sog. Quellen-TKÜ ermöglicht, die bereits mit dem Gesetz vom 24. Juli 2017 (GVBl. S. 388) durch Einfügung von Art. 34a Abs. 1a PAG unternommen wurde; die Regelung soll nunmehr zu Art 42 Abs. 2 werden. Bei der Quellen-Telekommunikationsüberwachung wird ein fremdes informationstechnisches System infiltriert, um mit einer eigens für diesen Zweck entwickelten Überwachungssoftware die Kommunikation zwischen den Beteiligten überwachen und aufzeichnen zu können (BT-Drs. 18/12785 S. 51). Die nunmehr beabsichtigte Änderung von Art. 42 Abs. 1 PAG-E versucht einem rechtlich-technologischen Dilemma zu entkommen, das weder im BKAG noch in der StPO vollständig gelöst ist. An Art. 10 Abs. 1 GG ist nicht nur die traditionelle Telekommunikationsüberwachung zu messen, (z.B. nach § 51 Abs. 1 BKAG), sondern auch solche Regelungen, welche die präventive Quellen-

Telekommunikationsüberwachung erlauben (z.B. Art. 42 Abs. 2 PAG-E, § 51 Abs. 2 BKAG), sofern durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation erfasst wird (Graulich in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG § 88 Rn. 52). Zwar setzt diese technisch einen Zugriff auf das entsprechende informationstechnische System voraus, jedoch erlaubt die polizeiliche Befugnis (z.B. § 51 Abs. 2 BKAG) ausschließlich Überwachungen, die sich auf den laufenden Telekommunikationsvorgang beschränken. Die Vorschrift hat damit lediglich die Aufgabe, den technischen Entwicklungen der Informationstechnik zu folgen und - ohne Zugriff auf weitere inhaltliche Informationen des informationstechnischen Systems - eine Telekommunikationsüberwachung auch dort zu ermöglichen, wo dies mittels der alten Überwachungstechnik nicht mehr möglich ist. Von daher ist sie nicht am Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, sondern an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen (BVerfGE 141, 220 (Rn. 228)). Es ist in der öffentlichen Diskussion angezweifelt worden, ob sich bei der Quellen-TKÜ der Eingriff auf die laufende Telekommunikation beschränken lässt. Das BVerfG hat diesen Umstand abgewogen und im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht für erheblich gehalten. Ob oder wie sich durch technische Maßnahmen sicherstellen lässt, dass ausschließlich die laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird, betrifft die Anwendung der Befugnisnorm, nicht aber ihre Gültigkeit. Insoweit hat es das BVerfG nicht als Aufgabe des anhängigen Verfahrens angesehen, hierüber eine Klärung herbeizuführen. Das geprüfte Gesetz (§ 20l BKAG a.F.) ließ jedenfalls keinen Zweifel, dass eine Quellen-TKÜ nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung auf die laufende Telekommunikation erlaubt war (heute § 51 BKAG). Andernfalls wäre ein Vorgehen nicht auf der Grundlage der Befugnis zur Teklekommunikationsüberwachung des § 20l BKAG a.F. in Betracht gekommen, sondern nur auf derjenigen zur Online-Durchsuchung in § 20 k Abs. 1 BKAG a.F. (heute § 49 BKAG).

Sollten diese Anforderungen – aus tatsächlichen Gründen - nicht erfüllbar sein, liefe die Vorschrift folglich bis zum Zeitpunkt der technischen Realisierbarkeit leer. Eine Ermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung deckt für sich genommen nämlich keine Quellen-Telekommunikationsüberwachung, bei der ein komplexes Endgerät infiltriert wird, um die überwachte Kommunikation mitzuschneiden (so zutr. Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, S. 259). Auch dies macht eine entsprechende Befugnis jedoch nicht widersprüchlich und verfassungswidrig, weil damit nicht ausgeschlossen ist, dass die nötigen technischen Voraussetzungen in absehbarer Zukunft geschaffen werden können. Dabei schließt der für die Quellen-TKÜ erforderliche Zugriff auf das informationstechnische System eine Erfüllung derartiger Voraussetzungen auch nicht etwa schon begrifflich aus mit der Folge, dass die Vorschrift selbstwidersprüchlich wäre. Denn maßgeblich ist nicht, ob durch eine technisch

aufwendige Änderung des Überwachungsprogramms selbst - sei es durch die Behörde, sei es durch Dritte - dessen Begrenzung auf eine Erfassung der laufenden Telekommunikation aufgehoben werden kann, sondern ob das Programm so ausgestaltet ist, dass es - hinreichend abgesichert auch gegenüber Dritten - den mit der Überwachung betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des BKA inhaltlich eine ausschließlich auf die laufenden Kommunikationsinhalte begrenzte Kenntnisnahme ermöglicht (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 771 unter Hinw. auf BVerfGE 141, 220 (Rn. 234).

Eingriffe in die technischen Umstände der Telekommunikation
Verkehrsdaten (Art. 43 PAG-E)
Die Begrifflichkeit bei den Regelungen über Verkehrsdaten ist nicht einheitlich. In Art. 43 Abs. 1 PAG wird auf § 96 Abs. 1 TKG Bezug genommen. In Art. 43 Abs. 3 PAG-E – seither Art. 34b Abs. 3 PAG - wird dafür eine eigene landesrechtliche Definition angeführt. Dieses Problem hat im Verhältnis von nationalen und unionalen Vorschriften Tradition, weil sich der Begriff Verkehrsdaten erst gegenüber dem der – dasselbe meinenden – Verbindungsdaten durchsetzen musste (Graulich in Arnd/Fetzer/Scherer/Graulich, 2. Aufl, TKG § 113 Rn. 9). Es wäre besser, auf eine landesgesetzliche Umschreibung des Begriffes zu verzichten und sich ausschließlich auf die Definition in § 96 Abs. 1 TKG abzustützen, die ohnehin gegenüber den TK-Dienstleistern die vorrangige ist.

Online-Durchsuchung (Art. 45 PAG-E)
Bei der Regelung der sog. Online-Überwachung folgt der Entwurf möglichst eng der Vorgabe des BVerfG und verwendet den Begriff der „drohenden Gefahr“ anstelle der „konkreten Gefahr. Der Zugriff auf informationstechnische Systeme - und auch die Wohnraumüberwachung - dürfen sich unmittelbar nur gegen diejenigen als Zielpersonen richten, die für die drohende oder dringende Gefahr verantwortlich sind. Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, wenn die gegen die Verantwortlichen angeordneten Maßnahmen, soweit unvermeidbar, auch Dritte miterfassen (BVerfGE 141, 220). Ganz überwiegend wird von den Polizeigesetzen gesehen, dass bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen oft auch „Dritte unvermeidbar betroffen werden“ (zB Art. 33 Abs. 4 BayPAG; § 34 Abs. 1 S. 2 NdsSOG; § 39 Abs. 7 S. 1 SächsPolG). Für diesen Fall wird die Datenerhebung ebenfalls erlaubt. Dritte sind Personen, die erkennbar in keiner Beziehung zum anlassgebenden Sachverhalt stehen und gegen die Maßnahme deshalb nicht gerichtet ist. Es kann sich dabei um Nachbarn handeln, die sich bei der Zielperson gelegentlich etwas borgen, um Passanten, Inhaber von Ladengeschäften, welche die Zielperson frequentiert, Kinder der Zielperson und deren Freunde sowie deren Eltern. Informationen über diese Personen sind für die vorbeugende Straftatenbekämpfung regelmäßig nicht erforderlich. Deshalb ist die Datenerhebung insoweit nur

zulässig, wenn andernfalls der Zweck des Einsatzes gefährdet oder gar vereitelt würde. Sind von einer Maßnahme ausschließlich Dritte betroffen, sind die Daten zu löschen oder die Datenträger zu vernichten (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 698).

e) Wurden die Maßgaben des BVerfG zum Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz ausreichend umgesetzt?
Mit Einschränkungen, ja.

f) Ist die Aufhebung der Unterscheidung innerhalb der Berufsgeheimnisträger in Art. 49 PAG-E zwingend erforderlich oder kann der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der Datenschutzgrundverordnung auch dadurch Folge geleistet werden, dass eine Ausgestaltung des Art. 49 PAG-E entsprechend § 160a StPO bzw. § 62 BKAG-neu erfolgt?
Beides geht.

g) Halten Sie eine besondere Rechtsgrundlage für die Maßnahme der Funkzellenabfrage für erforderlich (Art. 44 PAG-E)?

Die Funkzellenabfrage greift in das Fernmeldegeheimnis ein und bedarf daher einer Rechtsgrundlage und steht unter Richtervorbehalt. Dies ist im präventiven Bereich des BKAG ebenso anerkannt wie im repressiven der StPO. Dies ergibt sich aus dem technisch-inhaltlichen Vorgang dieser Maßnahme. Eingeschaltete Mobiltelefone melden sich automatisch in der jeweils nächsten der über das gesamte Bundesgebiet verteilten Funkzellen an, um erreichbar zu sein. Bei den Funkzellen werden durch die Provider die Daten aller Mobilfunkgeräte, die während eines bestimmten Zeitpunkts in einer bestimmten Region geführt wurden, erfasst und gespeichert, so dass diese Daten später beispielsweise durch eine Strafverfolgungsbehörde ausgewertet werden können (Graulich in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG § 88 Rn. 60). Bei diesen handelt es sich nicht um Standortdatenerhebungen; vielmehr werden bei einer solchen Abfrage alle Verkehrsdaten erhoben, die in einer bestimmten Funkzelle angefallen sind, um festzustellen, welche Mobilgeräte zu einer bestimmten Zeit der betreffenden Funkzelle zuzuordnen waren (BT-Drs. 18/5088, 32).

Grundlage des Ermittlungsinstruments im repressiven Bereich des Strafverfahrens sind § 100 g Abs. 2 S. 2, § 100 h StPO. Als Form der Verkehrsdatenabfrage handelt es sich um eine Überwachung der Telekommunikation im engeren Sinn. Es werden notwendigerweise die Verkehrsdaten all der Personen, die sich zum fraglichen Zeitpunkt bei der überprüften Funkzelle eingeloggt haben, erfasst (Graulich in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG § 88 Rn. 60). Nach der Legaldefinition in §

100 g Abs. 3 S. 1 StPO ist eine Funkzellenabfrage die Erhebung aller in einer Funkzelle angefallenen Verkehrsdaten. Die Funkzellenabfrage erlaubt in nicht individualisierter (Bäcker, Kriminalprävention, S. 303) Form den Zugriff auf Verkehrsdaten bei einer räumlich und zeitlich hinreichend bestimmten Bezeichnung der Kommunikation. Sie besteht in der Abfrage und Analyse der Daten der über einen bestimmten Zeitraum in einer Funkzelle angemeldeten Mobilfunkendgeräte. Durch Funkzellenabfragen werden regelmäßig unvermeidbar Verkehrsdaten Dritter, namentlich solcher Personen erhoben, die – ohne Beschuldigte oder Nachrichtenmittler zu sein – in der abgefragten Funkzelle mit ihrem Mobiltelefon kommuniziert haben. Verkehrsdaten Unbeteiligter dürfen nicht über das zur Strafverfolgung unerlässliche Maß hinaus erhoben werden. Zu diesem Zweck wird die Funkzellenabfrage legal definiert und die strenge Subsidiaritätsklausel des § 100 a Abs. 1 Nr. 3 StPO übernommen. Außerdem muss die Funkzellenabfrage wie bisher die zu erfassende Telekommunikation räumlich und zeitlich eng begrenzt und hinreichend bestimmt bezeichnen. Damit wird die Erstellung von Bewegungsprofilen unbescholtener Bürgerinnen und Bürger wirksam verhindert (BT-Drs. 18/5088, 24).

Die Funkzellenauswertung ist eine richterlich angeordnete Maßnahme (§ 101 a Abs. 1 iVm § 100 g, § 100 a Abs. 3 und § 100 b Abs. 1 bis 4 StPO), die Auskunft über gespeicherte Verkehrsdaten in einer Mobilfunkzelle der Mobilnetzbetreiber gibt. Diese Verkehrsdaten umfassen die Aufzeichnung der Netzbetreiber, welche Mobilfunkendgeräte in der Zelle im ermittlungsrelevanten Zeitraum eingebucht waren. Von den Netzbetreibern werden dabei nur aktiv gewordene (z.B. durch Telefonate, SMS) Endgeräte erfasst. Bei Funkzellenabfragen nach § 100 g Abs. 3 genügt gem. § 101 a Abs. 1 S. 3 StPO abweichend von § 100 b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO eine räumlich und zeitlich eng begrenzte und hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation. Ein gesetzlich besonders geregelter Fall der Standortermittlung besteht bei Notrufverbindungen (§ 108 TKG). Nach § 108 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 TKG haben die TK-Dienstleister sicherzustellen, dass der Notrufabfragestelle auch die Daten übermittelt werden, die zur Ermittlung des Standortes erforderlich sind, von dem der Notruf ausgeht (Vgl. auch zu den europarechtlichen Anforderungen Graulich in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG § 108 Rn. 13 ff.). Eine Befugnis für Funkzellenabfragen durch das BKAG befindet sich in § 52 Abs. 3 S. 2 BKAG und steht unter Richtervorbehalt (§ 52 Abs. 3 S. 1 iVm § 51 Abs. 3 S. 1 BKAG) (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 698 ff.). Dem passt das PAG sich an.

h) Sind die vom BVerfG statuierten Unterrichtungspflichten ausreichend abgebildet?
Prima facie ja.

i) Wie bewerten Sie allgemein die Einrichtung einer „Zentralen Datenprüfstelle“ als unabhängige Stelle zur Vermeidung von Kernbereichsverletzungen (Art. 41 Abs. 5, 42 Abs. 7, Art. 45 Abs. 4 und Art. 53 Abs. 3 PAG-E; Art. 13 f. POG-E)?
Es ist zu befürchten, dass die Konstruktion einer Zentralen Datenprüfstelle die gebotene unverzügliche Einschaltung eines Gerichts bei der Gefahr von Kernbereichsverletzungen unangemessen verzögert. Das neue BKAG geht daher einen anderen Weg: Das Bundesverfassungsgericht macht in seinem Urteil vom 20. April 2016 detaillierte Vorgaben für den Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung und weitet den Richtervorbehalt aus. Insbesondere aus der Verpflichtung, sämtliche Erkenntnisse aus Onlinedurchsuchungen und Wohnraumüberwachungen dem anordnenden Gericht vorzulegen, muss sichergestellt werden, dass Daten unverzüglich dem anordnenden Gericht vorgelegt werden, damit dieses unverzüglich über die Verwertbarkeit oder Löschung der Daten entscheiden kann (BT-Drs. 18/11163 S. 88).

aa) Ist es nach den Vorgaben des BVerfG möglich, die geforderte Sichtung der Daten einer solchen Stelle zu übertragen, die nicht bei der Judikative angesiedelt ist?
Die Frage lässt sich im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG mit einem „es kommt darauf an“ beantworten. Der Kernbereichsschutz ist nach dem Bundesverfassungsgericht auf zwei Ebenen Rechnung zu gewährleisten. Zum einen sind auf der Ebene der Datenerhebung Vorkehrungen zu treffen, die eine unbeabsichtigte Miterfassung von Kernbereichsinformationen nach Möglichkeit ausschließen. Zum anderen sind auf der Ebene der nachgelagerten Auswertung und Verwertung die Folgen eines dennoch nicht vermiedenen Eindringens in den Kernbereich privater Lebensgestaltung strikt zu minimieren (BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 126). In diesem Rahmen kann der Gesetzgeber den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in Abhängigkeit von der Art der Befugnis und deren Nähe zum absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung für die verschiedenen Überwachungsmaßnahmen verschieden ausgestalten (vgl. BVerfGE 120, 274 <337>; 129, 208 <245>). Er hat hierbei jedoch auf beiden Ebenen Vorkehrungen zu treffen (BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 127).

bb) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit?
Die Unabhängigkeit der „Zentralen Datenprüfstelle“ ist schwach ausgeprägt. Sie betrifft im Wesentlichen nur den Leiter der Einrichtung. Soweit die weiteren Bediensteten an Entscheidungen beteiligt sind, fehlt ihnen die Unabhängigkeit weitestgehend.

cc) Wie bewerten Sie die vorgesehene Möglichkeit, polizeilichen Sachverstand hinzuziehen zu können (vgl. Art. 13 Abs. 4 POG-E)?
Daten aus dem Kernbereich sind höchst diskret. Die Bewertung eines Datums als dem Kernbereich zugehörig folgt keinen polizeifachlichen, sondern allgemein-menschlichen Kriterien. Es erscheint demgegenüber als sachwidrig, wenn die Zentrale Datenprüfstelle nach Art. 13 Abs. 4 Satz 1 PAG-E „sich zur Aufgabenerfüllung der Unterstützung von Polizeidienststellen bedienen". Hinzu kommt, dass die Diskretionsverletzung durch die Beteiligung weiterer Stellen und Personen größer wird.

3. Zur Ergänzung polizeilicher Befugnisnormen:

a) Wie bewerten Sie die DNA-Analyse als (neue) erkennungsdienstliche Maßnahme nach Art 14 Abs. 3 PAG-E?
Nach Art. 14 Abs. 3 Satz 1 PAG-E kann die Polizei dem Betroffenen zudem Körperzellen entnehmen und diese zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters molekulargenetisch untersuchen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist und andere erkennungsdienstliche Maßnahmen nicht hinreichend sind; bei der Untersuchung darf eine andere Feststellung als die genannte nicht getroffen werden. Diese gesetzlichen Voraussetzungen treffen für sich genommen auf keine Bedenken. Ihre Crux liegt eher in der Anwendungspraxis. Dafür liefert die Rechtsprechung des BVerfG Beispiele, und zwar insbesondere zu den parallelen Regelungen im Strafverfahrensrecht, bei der Anwendung der Ermächtigungen durch die Instanzgerichte.

Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung eines DNA-Identifizierungsmusters greift in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. Dezember 2000 - 2 BvR 1741/99 u.a. -, BVerfGE 103, 21 <32 f.>). Dieses Recht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (BVerfGE 65, 1 <41 ff.>; 78, 77 <84>). Diese Verbürgung darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weiter gehen, als es zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. September 2013 – 2 BvR 939/13 –, Rn. 13, juris).

Die Gerichte sind bei der Auslegung und Anwendung des § 81g StPO gehalten, die Bedeutung und Tragweite dieses Grundrechts angemessen zu berücksichtigen (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20.

Dezember 2001 - 2 BvR 429/01 u.a. -, juris, Rn. 17; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 2007 - 2 BvR 2577/06 -, juris, Rn. 17; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 1. September 2008 - 2 BvR 939/08 -, juris, Rn. 12; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Mai 2009 - 2 BvR 287/09 u.a. -, juris, Rn. 22; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2013 - 2 BvR 2392/12 -, juris, Rn. 11).

b) Wie bewerten Sie die Befugnis der Meldeanordnung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PAG-E?
Die Schaffung einer spezialgesetzlichen Befugnis für die Meldeanordnung ist zu begrüßen. Nach der Rspr. des BVerwG ist sie zwar nicht erforderlich, weil sie auf die Generalermächtigung gestützt werden könnte: Die Anwendung der Generalermächtigung als Grundlage für die umstrittene Meldeauflage war auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil es der vorrangigen Schaffung einer speziellen Befugnisnorm bedurft hätte (BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 6 C 39/06 –, BVerwGE 129, 142-155, Rn. 31). Die angestrebte Regelung schafft aber ein höheres Maß an Rechtsklarheit.

c) Stellt die vorgesehene Regelung zur Sicherstellung von unbaren Vermögensrechten (Art. 25 Abs. 2 PAG-E) eine angemessene Reaktion auf die Rechtsprechung des BayVGH dar?
Der BayVGH hat Art. 25 PAG a.F. dahin verstanden, dass die Regelung nicht zur Sicherstellung einer schuldrechtlichen Forderung ermächtigt, auch wenn die Forderung durch Einzahlung von zunächst strafprozessual beschlagnahmten Bargeld auf ein Konto entstanden ist und sich damit gegen eine Rspr. des OVG Lüneburg, U.v. 21.11.2013 – 11 LA 135/13 – gestellt, die aus der Vergleichsnorm in § 26 Nds. SOG die gegenteilige rechtliche Möglichkeit abgeleitet hatte (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 23. Februar 2016 – 10 BV 14.2353 –, juris). Der RegE zu Art. 25 Abs. 2 PAG überwindet den Einwand des BayVGH, ohne neue Rechtsprobleme aufzuwerfen. Denn die präventive Sicherstellung von Vermögenswerten ist nicht gleichgewichtig der zu Recht umstrittenen präventiven Gewinnabschöpfung (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 660 unter Hinweis auf VGH Hessen Beschl. v. 13.8.2015 – 8 B 1061/15 – Rn. 30: „Über die Zulässigkeit einer staatlichen Vereinnahmung der sichergestellten Gelder (sog. präventive Gewinnabschöpfung) ist hier nicht zu entscheiden“).

d) Halten Sie Art. 22 Abs. 1 Satz 1 PAG-E für eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Durchsuchung vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennter Speichermedien?
Betrifft die Durchsuchung ein elektronisches Speichermedium, können nach § 22 Abs. 2 Satz 1 PAG-E auch vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennte Speichermedien durchsucht werden, soweit von diesem aus auf sie zugegriffen werden kann. Diese Regelung interpretiert den Eingriffssachverhalt

verniedlichend, indem sie ihn zum Nebenprodukt der Beschlagnahme eines Speichermediums stilisiert. Dem kann nicht gefolgt werden. Es geht um den Zugriff auf Daten, die in einer sog. Cloud gespeichert sind unter Zuhilfenahme eines beschlagnahmten elektronischen Speichermediums. Der Zugriff auf die Cloud ist aber nicht Nebenprodukt der Beschlagnahme des Speichermediums, sondern ein eigenständiger Eingriff unter verfassungsrechtlich schwerer wiegenden Voraussetzungen. Zwischen den Datenberechtigten und seine Daten ist nämlich noch technisch und rechtliche das Verhältnis mit dem Dienstleister der Cloud geschaltet.

Zunächst erstreckt sich der Schutz aus Art. 10 Abs. 1 GG nicht allgemein auf alle Informationen, die das Telekommunikationsverhalten oder insgesamt die Beziehungen zwischen den Telekommunikationsdiensteanbietern und ihren Kunden betreffen. Insbesondere schützt das Telekommunikationsgeheimnis nicht die Vertraulichkeit der jeweiligen Umstände der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen wie etwa die Zuordnung der von den Diensteanbietern vergebenen Telekommunikationsnummern zu bestimmten Anschlussinhabern (BVerfGE 130, 151 Rn. 113). Nicht von Art. 10 Abs. 1 GG erfasst ist ferner, wenn ausschließlich technische Geräte Daten austauschen, um ihre Betriebsbereitschaft sicherzustellen ohne Bezug zu einem menschlich veranlassten Kommunikationsvorgang (BVerfG NJW 2007, 351, 353 f.). Nicht abschließend geklärt ist, inwiefern der zwischen diesen Polen anzusiedelnde Bereich der Datenübertragung, etwa beim Online-Banking oder Cloud Computing, dem Telekommunikationsbegriff unterfällt. Zwar handelt es sich hierbei nicht um Kommunikation im klassischen Sinne. Jedoch werden mit einer berechtigten Vertraulichkeitserwartung individuell veranlasst Informationen ausgetauscht. Angesichts des entwicklungsoffenen Charakters von Art. 10 Abs. 1 GG, für dessen Schutz es nicht auf die Inhalte der Kommunikation ankommt, sollten daher auch diese Formen möglichst weitgehend dem Fernmeldegeheimnis unterstellt werden, auch wenn sie nur durch eine Person veranlasst werden (Graulich in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl., § 88 Rn. 6 unter Hinw. auf Singelnstein, in NStZ 2012, 593, 594).

Der Begriff Cloud Computing bezeichnet nicht eine bestimmte Art von Diensten, sondern die Form ihrer Bereitstellung: Verschiedenste IT-Dienste und –Anwendungen werden dezentral über das Internet – „aus der Wolke“ – verfügbar gemacht. Gemeinsam ist den Angeboten, dass dem Kunden bestimmte IT-Ressourcen – Anwendungssoftware, Systemsoftware und/oder Hardwarekapazitäten – über das Internet zur Verfügung gestellt werden. Von herkömmlichen Outsourcing- oder Application Service Provider (ASP-)Modellen unterscheidet sich Cloud Computing dabei durch den Verzicht auf eine feste Zuordnung bestimmter physikalischer Infrastrukturen zu einem konkreten Kunden (Grünwald/Döpkens, MMR 2011, 287). Das

Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG gilt auch für nach § 6 Abs. 1 TKG meldepflichtige Cloud Computing-Angebote. Der Begriff des Diensteanbieters ist in § 3 Nr. 6 TKG legal definiert und umfasst jeden, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig TK-Dienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Es gilt in diesem Zusammenhang aber auch für solche Anbieter, die zwar nicht selber einen TK-Dienst i.S.d. § 3 Nr. 27 TKG erbringen, die aber auf Grund der technischen Konfiguration ihres Dienstes die Möglichkeit haben, auf TK-Inhalte bzw. Verbindungsdaten zuzugreifen (Graulich in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl., § 88 Rn. 6.).

Handelt es sich bei dem Zugriff auf die Cloud aber um einen selbständigen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG, steht dieser unter gesondertem Richtervorbehalt. Dieser müsste in die Vorschrift aufgenommen werden.

Halten Sie in Art. 22 Abs. 2 PAG-E Vorkehrungen zum Schutz von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen oder über deren Inhalt nach §§ 53, 53a StPO das Zeugnis verweigert werden könnte, für erforderlich?
Ja. Beim Zugriff auf gespeicherte Daten unbekannten Inhaltes ist nie auszuschließen, dass diese dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzurechnen sind. Daher greift die Erwägung im BKAG-Urteil des BVerfG auch insoweit: Allerdings ist auch hier vorzusehen, dass die Erhebung von Informationen, die dem Kernbereich zuzuordnen sind, soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich unterbleibt. Insbesondere sind verfügbare informationstechnische Sicherungen einzusetzen; können mit deren Hilfe höchstvertrauliche Informationen aufgespürt und isoliert werden, ist der Zugriff auf diese untersagt (vgl. BVerfGE 120, 274 <338>). Können demgegenüber kernbereichsrelevante Daten vor oder bei der Datenerhebung nicht ausgesondert werden, ist ein Zugriff auf das informationstechnische System jedoch auch dann zulässig, wenn hierbei eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass am Rande auch höchstpersönliche Daten miterfasst werden. Der Gesetzgeber hat insofern dem Schutzbedarf der Betroffenen durch Sicherungen auf der Aus- und Verwertungsebene Rechnung zu tragen und die Auswirkungen eines solchen Zugriffs zu minimieren. Entscheidende Bedeutung hierfür kommt dabei einer Sichtung durch eine unabhängige Stelle zu, die kernbereichsrelevante Informationen vor ihrer Kenntnisnahme und Nutzung durch das Bundeskriminalamt herausfiltert (BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 220).

e) Ist Art. 25 Abs. 3 PAG-E eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für diese Befugnis oder halten Sie ist einen Richtervorbehalt für erforderlich?
Ein Richtervorbehalt ist erforderlich (s.o.).

f) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Regelung zur molekulargenetischen Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft (Art. 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 PAG-E) im Hinblick auf den Rechtseingriff?

Diese Regelung ist nicht nachvollziehbar. Sie ermächtigt zum Zweck der Gefahrenabwehr zur molekulargenetischen Untersuchung von Spurenmaterial unbekannter Herkunft. Das befugte Vorgehen setzt – s. „unbekannte Herkunft" – also an einer Stelle an, wo noch nicht einmal ein Gefahrenverdacht besteht - denn dieser müsste sich immerhin auf einen Gefährder beziehen - und begibt sich in rechtlich höchst schwieriges Gelände –und muss sich evtl. am Ende –, sofern tatsächlich ein Gefahrenverursacher ausgemacht wird, den bekannten Fragen zum Schutz personenbezogener Daten stellen. Die Gesetzesbegründung lässt alle Warnlampen des Diskriminierungsverbotes aufleuchten: „…..darf sich die Feststellung neben dem DNA-Identifizierungsmuster auch auf das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das biologische Alter und die biogeographische Herkunft eines Spurenverursachers beziehen" (LT-Drs. 17/20425 S.50). Es wird dringend davon abgeraten, diesen abschüssigen Weg weiterzugehen. Die bereits bundesgesetzlich geregelte Befugnis zur molekulargenetischen Untersuchung zwecks Ausschluss von sog. Trugspuren (vgl. § 24 BKAG) dient immerhin der Auffindung eines realen Gefahrverursachers.

g) Wie bewerten Sie die Regelungen der Bildaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E?

Es handelt sich um die Befugnis zu offenen Bildaufnahmen oder Übersichtsaufnahmen oder Übersichtsaufzeichnungen. Kompetenzrechtliche bestehen dagegen keine Einwände. Die Offenheit von Bildaufzeichnungen ist hergestellt, wenn der von vom Aufzeichnungsgerät im öffentlichen Raum erfasste Überwachungsbereich für den Betroffenen erkennbar ist (Schenke PolR, S. 111, Fn. 497 unter Hinweis auf VG Hannover NVwZ-RR 2011, 943). Entsprechende Befugnisse finden sich in den meisten Polizeigesetzen von Bund und Ländern (§§ 26, 27 BPolG; § 21 BWPolG; Art. 32 BayPAG; §§ 24, 24 a ASOG Bln; § 31 BbgPolG; § 29 BremPolG; § 8 HbgPolDVG; § 14 HSOG; § 32 MVSOG; § 32 NdsSOG; §§ 15, 15 a, 15 b NRWPolG; § 27 RhPfPOG; § 27 SaarlPolG; § 16 LSASOG; § 184 SchlHLVwG; § 33 ThürPAG). Insbesondere große Städte machen auch von der Möglichkeit der offenen Videoüberwachung aus Gründen der präventiven Sicherheit und Kostenersparnis („Der stattdessen erwägenswerte größere Personaleinsatz der Polizei trifft auf Finanzierungsgrenzen." BVerwGE 141, 329 (Rn. 46)) Gebrauch. Dagegen erhobene kompetenzrechtliche Einwände, insbesondere auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützte, überzeugen nicht. Die Gefahrenabwehr gehört in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder, und dazu wiederum gehört auch die

Gefahrenvorsorge. Von dort ist in der Polizeiarbeit der Übergang zur Strafverfolgungsvorsorge fließend. Aber auch dies verstärkt den kompetentiellen Einwand nicht, weil der Bund von seiner Möglichkeit, entsprechende Regelungen zur Strafverfolgungsvorsorge (Graulich NVwZ 2014, 685) zu erlassen, bislang keinen Gebraucht gemacht hat (Schenke PolR Rn. 185 ff.; BVerwGE 141, 329 (Rn. 35)). Der Landesgesetzgeber ist im Übrigen nicht gehindert, Befugnisse zum Zwecke der Gefahrenvorsorge zu treffen, selbst wenn der Bundesgesetzgeber parallel dazu Regelungen zur Strafverfolgungsvorsorge getroffen hat (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 811).

Größeres Gewicht als die kompetentiellen Einwände haben materiellrechtliche, die auf eine Gefährdung des informationellen Selbstbestimmungsrechts abheben. Das Beobachten öffentlicher Veranstaltungen und Ansammlungen durch Polizeibeamte mit bloßem Auge, mit einem Fernglas oder mittels Bild- und Tonaufnahmen ohne Aufzeichnung ist kein Eingriff. Die bloße Videoüberwachung verletzt nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1. GG; die Videoüberwachung ist - im Gegensatz zu einer Videoaufzeichnung - kein Eingriff in Freiheitsrechte (VG Halle (Saale), Beschl. v. 17.1.2000 – 3 B 121/99 HAL). Bei Übersichtsaufnahmen ist zu unterscheiden. In einem einstweiligen Anordnungsverfahren zum Bayerischen Versammlungsgesetz hat das BVerfG im Jahr 2009 die Ansicht vertreten, nach dem damaligen Stand der Technik stelle eine Übersichtsbildaufzeichnung für die Aufgezeichneten immer einen Grundrechtseingriff dar, der aufgrund der Möglichkeit der Datennutzung für Folgeeingriffe an Gewicht gewinnt; (BVerfGE 122, 342 (Rn.129)) Übersichtsaufzeichnung, die nicht gespeichert würden, blieben hingegen unter bestimmten Voraussetzungen zur Leitung des Polizeieinsatzes zulässig. (BVerfGE 122, 342 (Rn.135)). Das gleiche gilt für sog. Übersichtsaufnahmen, die eine Identifizierung von Personen nicht zulassen. Von einem Eingriff ist erst auszugehen, wenn Aufzeichnungen gefertigt werden, deren Auswertung eine Identifizierung von Personen zulässt. (BT-Drs. 12/7562, 55 ff.). Die Videoüberwachung greift jedenfalls insoweit in das Recht betroffener Personen auf informationelle Selbstbestimmung ein, als sie mittels Bildaufzeichnung erfolgt. Dies wäre nur anders zu beurteilen, wenn die aufgezeichneten Bilder unmittelbar nach der Aufzeichnung wieder gelöscht würden (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 812).

Die vorgesehen Regelung in Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E löst das Problem nicht. Wer eine Bildaufzeichnung anfertigt, welche die „gezielte Feststellung der Identität einer auf der Übersichtsaufzeichnung abgebildeten Person“ zulässt, kann jede darauf abgebildete Person in dieser Weise behandeln. Das ist weder mit Art. 8 GG – soweit die „Ansammlung“ die rechtlichen Voraussetzungen

einer „Versammlung“ erfüllt – noch in verhältnismäßiger Weise mit Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar.

h) Stellt Art. 33 Abs. 4 PAG-E eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz von Bodycams dar? Ergibt sich aus den am 28.02.2018 vorgestellten Ergebnissen der AG Bodycam Änderungsbedarf für die vorgesehene Regelung?

Die Ergebnisse der AG Bodycam sind hier nicht bekannt. Allgemein lässt sich aber folgendes anmerken: Bild- und Tonaufzeichnungen stellen einen Grundrechtseingriff dar. Die polizeirechtlichen Schutzgüter einschließlich der Strafverfolgungsvorsorge sind aber grundsätzlich geeignet, um entsprechende Eingriffe legitimieren zu können. Die verfassungs-rechtliche Beurteilung konzentriert sich daher auf das Bestimmtheitsgebot und vor allem auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass auch die mit der Datenerhebung verbundenen Zwecke im Gesetz benannt werden. Dies ist bei Art. 33 Abs. 4 PAG-E der Fall: „zum Schutz von Polizeibeamten oder eines Dritten vor Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut“. Es ist unzulässig, personenbezogene Informationen auf Vorrat zu unbestimmten Zwecken zu sammeln (BVerfGE 118, 168, 187 = NJW 2007, 2464). Das ist aber kein Problem von Art. 33 Abs. 4 PAG-E, sondern allenfalls des anschließenden Umgangs mit dem Bildmaterial. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sind Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu prüfen. Zweifel an der Geeignetheit der Datenerhebung zum Selbst- und Drittschutz konnten empirisch ausgeräumt werden. Im Ergebnis konzentriert sich die verfassungsrechtliche Bewertung also auf die Angemessenheit im engeren Sinne. Diese erfordere über die tatbestandlichen Anforderungen hinaus insbesondere die verfahrensmäßigen Absicherungen (vgl. exemplarisch Zöller, S. 55 ff.; Kipker/Gärtner, NJW 2015, 296, 297. Krit, zur Forderung nach Aufbewahrung der Daten bei einer „Treuhandstelle“ Zöller, S. 60 f. m.w.Nachw.). Es ist grundsätzlich auch verfassungsrechtlich zulässig, dass von den Datenerhebungen gegenüber Störern bzw. Gefährdern Dritte (z.B. Passanten) unvermeidbar betroffen sind (vgl. Ruthig, Der Einsatz mobiler Videotechnik im Polizeirecht, in GSZ 2018, 12, 15).

i) Stellen die vorgesehenen Regelungen zur Erhebung und Auswertung von Bild- und Videomaterial (Art. 33 Abs. 5 und 6 Abs. 1 und 2 PAG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz sog. intelligenter Videoüberwachung durch Muster- und Gesichtserkennung dar?

Nach Art. 33 Abs. 5 PAG-E dürfen bei Maßnahmen nach den Abs. 1 bis 3 Systeme zur automatischen Erkennung und Auswertung von Mustern, bezogen auf Gegenstände und das Verhalten von Personen, einschließlich der automatischen Systemsteuerung zu diesen Zwecken verwendet werden, soweit dies die jeweilige Gefahrenlage auf Grund entsprechender Erkenntnisse erfordert. Diese Regelung ist kein bayerisches Spezifikum. Das Polizeirecht kann

für bestimmte Zwecke innerhalb eines Aufgabenbereichs zum Einsatz von automatischen Bildaufnahme- und Bildaufzeichnungsgeräten befugen (z.B. § 27 BPolG). Diese Geräte sind an einem festen Standort installiert und ihr Bildwinkel ist zumeist — fest oder variabel — vorgegeben, kann aber mitunter auch ferngesteuert verändert werden. Ihre Besonderheit besteht vor allem darin, dass Bildaufnahmen nicht erst im Falle einer konkreten Gefahr und dann zielgerichtet nur von Störern gefertigt werden. Die Geräte werden vielmehr — zumeist im Dauerbetrieb — an bestimmten, abstrakt gefährdeten Gebäuden oder Anlagen, etwa im Rahmen des Objektschutzes, eingesetzt, um frühzeitig etwaige konkrete Gefahren erkennen zu können. Sie ergänzen oder ersetzen die Polizeistreife und tragen somit zur Erhöhung des Sicherheitsstandards im Rahmen bestimmter polizeilicher Aufgaben wesentlich bei (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 814).

Die selbsttätigen Bildaufnahme- und Bildaufzeichnungsgeräte erfassen — je nach Standort — auf Grund ihrer besonderen Betriebsweise nicht nur Störer oder potentielle Störer, sondern jede Person, die sich im Bereich der gefährdeten Anlagen oder Objekte bzw. an der Grenze befindet. Als datenschutzrechtliches Korrektiv ist daher eine Verpflichtung zur unverzüglichen Löschung von Bildaufnahmen mit personenbezogenen Daten vorzusehen, wenn sie nicht mehr zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr oder zur Verfolgung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit benötigt werden. Dies geschieht gewöhnlich dadurch, daß ein mitlaufendes Aufnahmeband nach kurzer Zeit automatisch gelöscht wird, sofern nicht wegen einer eingetretenen Störung die Aufzeichnung festgehalten wird (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 816). Art. 33 Abs. 8 PAG-E enthält eine Löschungsregelung

Nach Art. 33 Abs. 6 PAG-E weist die Polizei bei Maßnahmen nach den Abs. 1 bis 4 in geeigneter Weise auf die Bild- und Tonaufnahmen und -aufzeichnungen hin, soweit diese nicht offenkundig sind oder Gefahr im Verzug besteht. Dies entspricht auch der Regelung im BPolG. Die Aufzeichnung erfolgt offen, so dass eine verdeckte Aufnahme aufgrund der Befugnis ausgeschlossen ist (§ 27 a Abs. 1 1. Hs. BPolG). Für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger muss erkennbar sein, dass aufgezeichnet wird (BR-Drs. 790/16, 7 ff.). Auf Maßnahmen nach § 27 a Abs. 1 BPolG ist in geeigneter Form hinzuweisen; bei Gefahr im Verzug kann der Hinweis unterbleiben (§ 27 a Abs. 2 BPolG). Die Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte dürfen im Bereitschaftsbetrieb in ihrem Zwischenspeicher kurzzeitig Daten erfassen (Graulich in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. Kapitel E Rn. 818).

j) Sind bezüglich der Durchführung verdeckter polizeilicher Maßnahmen Annexkompetenzen anzuerkennen, wenn die Maßnahme ohne

Überwindung besonderer (Zutritts-)Sicherungen etwa an Türen andernfalls nicht durchführbar wäre, oder bedürfte es hierzu einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage?
Die Frage ist unverständlich.

k) Halten Sie die Regelung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E, wonach besondere Sprengmittel, wie z.B. Handgranaten, gegen Personen in bestimmten Sachlagen zulässig ist, für verhältnismäßig und - gemessen an den rechtsstaatlichen Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit - auch für bestimmt genug?
Nein. Auch die bundesgesetzliche Regelung in § 14 UZwG trifft auf größte Bedenken. Ebenso wie Art. 69 Abs. 1 PAG-E durch den Verweis auf die Regelung über den Schusswaffengebrauch regelt § 14 UZwG den Einsatz von Explosivmitteln nicht eigenständig, sondern ordnet lediglich eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Einsatz von Schusswaffen an. Diese Regelungstechnik ist nicht überzeugend. Insofern bestimmt UZwVwV-BMI VIII Abs. 2, dass eine Anwendung von Explosivmitteln gegen Personen nur zulässig ist, wenn die Anwendung von Schusswaffen ohne Erfolg war oder keinen Erfolg verspricht. Es erscheint unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bedenklich, den Einsatz von Explosivmitteln pauschal an die gleichen Voraussetzungen zu knüpfen wie den Einsatz von Schusswaffen. Denn die durch den Einsatz von Explosivmitteln für den Betroffenen und Unbeteiligte entstehende Gefahrenlage ist jedenfalls schon deswegen eine andere, weil Explosivmittel nicht im gleichen Maße zielgerichtet eingesetzt werden können wie Schusswaffen. Ob durch diese Bestimmung Rechtssicherheit produziert werden kann, ist zu bezweifeln. Jedenfalls wäre auch hierdurch die Möglichkeit, Explosivmittel sogar gegen Menschenmengen einsetzen zu können (§ 14 i.V.m. 10 Abs. 2 und 12 Abs. 2 S. 2), nicht ausdrücklich aus-geschlossen, was größten Bedenken begegnet. Der Gefahrenabwehrauftrag der Polizei dürfte in solchen Fällen regelmäßig überschritten sein (Ruthig in Schenke/Graulich/Ruthig, UZwG § 14). Der Bezugsvorfall „Berliner Weihnachtsmarkt 2016“ kann weder als Referenz für den Einsatz von Maschinenwaffen noch denjenigen von Explosivmitteln herangezogen werden, weil der – hypothetisch – bekannte terroristische Einsatz eines LKW naheliegender Weise mit anderen Mitteln abzuwehren gewesen wäre.

l) Wird durch die neue Kostenpflicht des Art. 93 PAG-E die bislang unzureichende Kostenerhebungsmöglichkeit bei doppelfunktionalen Maßnahmen einer praktikablen Lösung zugeführt?
Der Regelung ist Erfolg zu wünschen.

m)Wie bewerten sie die in Art. 94 PAG-E vorgesehene Möglichkeit, präventivpolizeiliche Opferschutzmaßnahmen treffen zu können?

Bei Legendierungen lässt sich ohne Zweifel auch an Opfer von Gefährdungen denken. Allerdings muss in Betracht gezogen werden, dass eine getarnte Persönlichkeit auch anderen staatlichen Zugriffen entzogen ist.

4. Zur Ergänzung des BayDSG:
Stellt die im allgemeinen Datenschutzrecht vorgesehene Regelung zur Erhebung und Verarbeitung von DNA-Material (Art. 29 Abs. 5 bis 6 BayDSG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Errichtung einer DNA-Referenzdatenbank zum Ausschluss von Trugspuren dar?

B. BayVSG

1. Inwieweit sind die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar?
Bei den im o.g. Urteil judizierten Befugnissen handelte es sich weitgehend um Dateneingriffe. Deren Ausführung unterscheidet nicht nach staatlichen Behörden. Sie sind gleich wirksam, ungeachtet ihrer Ausführung durch eine Bundes- oder Landesbehörde, durch eine Polizei oder einen Nachrichtendienst. Insofern sind die in dem Urteil aufgestellten Grundsätze auch auf das Nachrichtendienstrecht übertragbar (Graulich in KriPoZ 2017, 43, 52).

Hierbei sollen besonders folgende Aspekte berücksichtigt werden:

a) Welche Bedeutung kommt dabei der Aussage des ATDG-Urteils zu, die Rechtsordnung unterscheide zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können (BVerfGE 133, 277 Rn. 122)?
Die in Bezug genommene Stelle des Urteils befasst sich mit der Zusammenlegung von polizeilichem und nachrichtendienstlichem Datenmaterial und dessen unterschiedlicher Valenz. In diesem Zusammenhang tauch die Erwägung auf, die Rechtsordnung unterscheide zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information und Beratung beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können (BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277-377, Rn. 122). Damit ist kein Argument aufgestellt gegen die Vergleichbarkeit datenrechtlicher Eingriffsbefugnisse mit der Konsequenz ihrer gemeinsamen Bindung an die

Verhältnismäßigkeitsanforderungen aus dem Urteil zum BKAG. In den dort geprüften Fällen ging es im Übrigen – wie bei den Nachrichtendiensten – um heimliche Maßnahmen. Das legt die Verwendung des gleichen rechtlichen Prüfungsmaßstabes umso mehr nahe.

b) Welche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass dem Verfassungsschutz als Nachrichtendienst keine exekutiv-polizeilichen Befugnisse zustehen (Art. 5 Abs. 2 BayVSG)?
Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelung des tatsächlichen Eingriffsanlasses sind im Fall des heimlichen Zugriffs auf ein informationstechnisches System für alle Eingriffsermächtigungen mit präventiver Zielsetzung zu beachten. Da die Beeinträchtigung durch den Eingriff in allen diesen Fällen für die Betroffenen die Gleiche ist, besteht hinsichtlich seiner Anforderungen kein Anlass zu behördenbezogenen Differenzierungen, etwa zwischen Polizeibehörden und anderen mit präventiven Aufgaben betrauten Behörden wie Verfassungsschutzbehörden. Dass Polizei- und Verfassungsschutzbehörden unterschiedliche Aufgaben und Befugnisse haben und in der Folge Maßnahmen mit unterschiedlicher Eingriffstiefe vornehmen können, ist für die Gewichtung des heimlichen Zugriffs auf das informationstechnische System grundsätzlich ohne Belang (BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07 –, BVerfGE 120, 274-350, Rn. 254). Die Bedeutung liegt vor allem darin, dass dann „exekutiv-polizeiliche Befugnisse“ im Falle der Nachrichtendienstgesetze auch nicht verfassungsrechtlich zu überprüfen sind. Das BVerfG hat in seinem Urteil zum BKAG – umgekehrt – keinen härteren Prüfungsmaßstab angelegt, weil die heimlichen Maßnahmen von einer Polizeibehörde anzuwenden waren.

c) Wie wirkt sich die durch das Trennungsgebot in Deutschland bewirkte Aufgliederung des Gefahrenabwehrprozesses in Gefahrenerforschung (Nachrichtendienste) und Gefahrenintervention (Polizeibehörden) auf den Grundrechtsschutz des Betroffenen im Vergleich zu einem monistischen Modell aus, wie es z.B. in Gestalt des Österreichischen Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung verwirklicht ist?
Die österreichische Rechtslage kann hier nicht kompetent beurteilt werden. Das Trennungsgebot von Polizei und Nachrichtendiensten in Deutschland Dieses Gebot besagt, dass Geheimdienste keine polizeilichen Zwangsbefugnisse besitzen dürfen, also etwa keine Vernehmungen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen durchführen oder anderen Zwang ausüben dürfen. Sie dürfen mithin nicht zur gezielten Erlangung von Zufallsfunden für nicht-nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 09. November 2010 – 2 BvR 2101/09 –, Rn. 59, juris unter Hinw. auf Roggan/Bergemann,NJW 2007, S. 876). Demnach hat der Betroffene im Fall von Grundrechtseingriffen es mit jeweils getrennten Beklagten zu tun.

d) Welche Bedeutung haben die Anforderungen des BKAG-Urteils an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle für den Verfassungsschutz? Insbesondere:

aa) Wie wirkt es sich aus, dass Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und Art. 45d GG den individuellen Rechtsschutz des Betroffenen gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch parlamentarisch bestellte Organe oder Hilfsorgane ersetzt?

Das PKGr ist nach § 1 Abs. 1 PKGrG ein parlamentarisches Kontrollorgan über die Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des Militärischen Abschirmdienstes und des Bundesnachrichtendienstes. Es dient nicht der Durchsetzung individueller Rechte.

Nach § 1 Abs. 2 G 10 in Verbindung mit §§ 14, 15 G 10 obliegt die Kontrolle der nach dem G 10 angeordneten Beschränkungsmaßnahmen dem Parlamentarischen Kontrollgremium und der G 10-Kommission. Dabei erfolgt die Kontrolle der im Einzelfall angeordneten und zu vollziehenden Beschränkungsmaßnahmen durch die G 10-Kommission (BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 BvE 5/15 –, BVerfGE 143, 1-21, Rn. 40). Mit der G 10-Kommission hat der Gesetzgeber ein Kontrollorgan eigener Art außerhalb der rechtsprechenden Gewalt geschaffen, das an die Stelle des Rechtswegs tritt (vgl BVerfGE 30, 1 <23>) und als Ersatz für den fehlenden gerichtlichen Rechtsschutz dient (BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 BvE 5/15 –, BVerfGE 143, 1-21, Rn. 41). Ihre Kontrollfunktion erstreckt sich in erster Linie auf die angeordneten, aber noch nicht vollzogenen Beschränkungsmaßnahmen, die sie zu genehmigen oder abzulehnen hat (§ 15 Abs. 6 G 10). Sie hat weiter die Zustimmung zu erteilen, wenn einem Betroffenen die Beschränkungsmaßnahme nach ihrer Einstellung nicht mitgeteilt werden soll (§ 15 Abs. 7 G 10 in Verbindung mit § 12 G 10). Der Gesetzgeber hat damit im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Organ geschaffen, das an die Stelle des Rechtswegs tritt (vgl. BVerfGE 30, 1 <23>), aber kein Gericht ist (vgl. BVerfGE 67, 157 <170 f.>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 1993 - 1 BvR 1016/93 -, juris, Rn. 3), das innerhalb des Funktionsbereichs der Exekutive agiert, aber nicht in diese inkorporiert ist (vgl. BVerfGE 30, 1 <28>), das Rechtskontrolle ausübt, aber auch Opportunitätserwägungen treffen kann (vgl. BVerfGE 30, 1 <23 f.>). Es handelt sich um ein Kontrollorgan eigener Art außerhalb der rechtsprechenden Gewalt, das als Ersatz für den fehlenden gerichtlichen Rechtsschutz dient (BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 BvE 5/15 –, BVerfGE 143, 1-21, Rn. 41).

bb) Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass die EU-Polizei-Justiz-Richtlinie, deren Gleichlauf mit dem deutschen Verfassungsrecht das BKAG-Urteil betont (Rn. 134, 138), für Nachrichtendienste nicht gilt?

Auf Tätigkeiten, die nicht in den Anwendungsbereich von Unionsrecht fallen, finden keine unionalen Regeln Anwendung. Dies hat zuletzt Art. 2 Abs. 2 lit. a) DS-GVO ausgedrückt. Dadurch werden Nachrichtendienste nicht von Unionsrecht erfasst. Demgegenüber werden strafverfolgende und gefahrenabwehrende Einrichtungen von der RICHTLINIE (EU) 2016/680 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 erfasst. Die Tätigkeiten der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden sind hauptsächlich auf die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten ausgerichtet, dazu zählen auch polizeiliche Tätigkeiten in Fällen, in denen nicht von vornherein bekannt ist, ob es sich um Straftaten handelt oder nicht. Solche Tätigkeiten können ferner die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Ergreifung von Zwangsmitteln umfassen, wie polizeiliche Tätigkeiten bei Demonstrationen, großen Sportveranstaltungen und Ausschreitungen. Sie umfassen auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung als Aufgabe, die der Polizei oder anderen Strafverfolgungsbehörden übertragen wurde, soweit dies zum Zweck des Schutzes vor und der Abwehr von Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit und Bedrohungen für durch Rechtsvorschriften geschützte grundlegende Interessen der Gesellschaft, die zu einer Straftat führen können, erforderlich ist (ErwGr 12).

e) Inwieweit lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung auf Übermittlungsvorgänge des Verfassungsschutzes übertragen?
Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung ist keine Erfindung des BKAG-Urteils, sondern eine Zusammenfassung verschiedener Judikate zur Bedeutung der Zweckbindung bei der Übermittlung oder Neuverwendung personenbezogener Daten. Er ist demnach auch zu berücksichtigen, soweit es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt.

Insbesondere:
aa) Inwieweit verringert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass Informationen aus dem Kernbereich der privaten Lebensführung bereits vor der Übermittlung herausgefiltert werden (Art. 8a BayVSG-E)?
Zum Kernbereich gehörende Daten dürfen weder erhoben noch weiterverarbeitet werden. Dies gilt von Verfassungs wegen. Die Berücksichtigung dieses Grundsatzes verschafft der eingreifenden Behörde keinen „Rabatt“ in Gestalt einer zu unterstellenden Verringerung des Eingriffsgewichts.

bb) Inwieweit verändert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass der Verfassungsschutz grundsätzlich keine Rohdaten übermittelt, sondern verdichtete und aufbereitete Auswertungsergebnisse?

Solange die übermittelten Daten – beispielsweise wegen ihrer Technizität oder Allgemeinheit - nicht den Charakter von personenbezogenen Daten haben, sind die einschlägigen Begrenzungen nicht wirksam. Die Begrenzung greift erst wieder, wenn im Anschluss an die Übermittlung eines solchen „Auswertungsergebnisses" eine gezielte Frage beantwortet wird, die personenbezogene Daten enthält. Dies hat das BVerfG in seiner ATGD-Entscheidung genauso bewertet: Das Eingriffsgewicht der Antiterrordatei ist allerdings dadurch gemindert, dass sie als Verbunddatei ausgestaltet ist, die in ihrem Kern auf die Informationsanbahnung beschränkt ist und eine Nutzung der Daten zur operativen Aufgabenwahrnehmung nur in dringenden Ausnahmefällen vorsieht (BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277-377, Rn. 124).

cc) In welchem Verhältnis steht der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils zum informationellen Trennungsprinzip des ATDG-Urteils (BVerfGE 133, 277 Rn. 123)?
Beide Grundsätze ergänzen einander, denn sie sind beide Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Regelungen, die den Austausch von Daten der Polizeibehörden und Nachrichtendiensten ermöglichen, unterliegen angesichts dieser Unterschiede gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen. Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt insoweit ein informationelles Trennungsprinzip. Danach dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden grundsätzlich nicht ausgetauscht werden. Einschränkungen der Datentrennung sind nur ausnahmsweise zulässig. Soweit sie zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgen, begründen sie einen besonders schweren Eingriff. Der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden muss deshalb grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt. Dies muss durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden (BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277-377, Rn. 123).

2. Steht die Aufhebung der Beschränkungen in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 BayVSG in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG?
Ja.

Universität Augsburg – Lehrstuhl Prof. Dr. Josef Franz Lindner – 86159 Augsburg

An den Vorsitzenden des Ausschusses
für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport,
MdL Dr. Florian Herrmann
Maximilianeum
81627 München

Prof. Dr. Josef Franz Lindner
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Medizinrecht und Rechtsphilosophie
Juristische Fakultät
Universitätsstraße 24
86159 Augsburg
Telefon +49 (0) 821 598 – 4970
Telefax +49 (0) 821 598 – 14 4970
Josef.Lindner@jura.uni-augsburg.de
www.jura.uni-augsburg.de

Augsburg, den 13. März 2018

Anhörung der Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport sowie für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen des Bayerischen Landtags zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763)

hier: schriftliche Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die Einladung zu der o.g. Anhörung darf ich herzlich danken. Ich leiste ihr gerne Folge. Zu dem mit Schreiben vom 22.1.2018 übermittelten Fragenkatalog darf ich bereits vorab nachfolgend schriftlich Stellung nehmen. Die Stellungnahme beschränkt sich auf eine verfassungsrechtliche Perspektive und blendet Aspekte der Zweckmäßigkeit des Gesetzentwurfes ebenso aus wie das Problem der Praxistauglichkeit, das in einigen Fragen durchscheint. Dazu kann ich aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht kompetent Stellung beziehen.

Angesichts ihrer Vielzahl kann nicht zu allen Fragen substanziiert Stellung genommen werden. Im Hinblick auf die Komplexität des PAG-Gesetzentwurfes und der damit verbundenen verfassungsrechtlichen Fragestellungen und unter Berücksichtigung der zeitlichen Nähe der Anhörung muss die Stellungnahme auf eingehendere gutachtliche Ausführungen verzichten und sich darauf beschränken, jeweils eine summarische Einschätzung in Gestalt einer kurzen zusammenfassenden Bewertung zu geben, die auf Nachfrage in der Anhörung gerne präzisiert wird.

A. PAG

Vorbemerkungen

Zum Gesetzentwurf zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts seien einige Vorbemerkungen erlaubt: Das Ziel des Gesetzentwurfes, die Richtlinie der EU 680/2016 umzusetzen, wird aus meiner Sicht ebenso erreicht wie die Anpassung des polizeirechtlichen Datenschutzregimes an die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Urteil zum BKAG vom 16.4.2016 (BVerfGE 141, 200) formuliert hat. Beides führt allerdings dazu – was seitens des bayerischen Gesetzgebers in der Sache freilich nicht zu ändern ist –, dass das Polizeiaufgabengesetz (PAG) allmählich das Stadium der Unlesbarkeit erreicht. Zumal die Normen über den polizeirechtlichen Datenschutz (Art. 30 ff. PAG) haben mittlerweile ein Maß an Komplexität erreicht, dass es selbst für mit der Materie einigermaßen vertraute Personen einen erheblichen Aufwand und eine beachtliche Schwierigkeit darstellt, das Regelungsgeflecht des polizeilichen Informationsrechts zu durchdringen. Dies ist aus polizeirechtswissenschaftlicher Sicht zu bedauern, aber angesichts der externen Einflüsse wohl unabänderlich. Das ursprünglich am Musterentwurf (MEPolG) orientierte und lange Jahre gut handhabbare, ob seiner griffigen Kürze geschätzte PAG hat mit den Vorgaben durch die EU-Richtlinie und die bis ins Detail gehenden Anordnungen des BVerfG Komplexitätsschübe erfahren, die ihrerseits miteinander kaum kompatibel sind. Während die Vorgaben der EU-Richtlinie nicht die materiellen Handlungs- und Eingriffsvoraussetzungen und -bedingungen informationeller Eingriffe, sondern überwiegend verfahrensrechtlich-technische Flankierungen (freilich auch subjektivrechtli-

cher Natur) betreffen, sind die Vorgaben des BVerfG im BKAG-Urteil, die das Gericht weitgehend im Wege freier Rechtsschöpfung aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet hat, auch materiell-rechtlicher Natur. Beide externen, konzeptionell unterschiedlichen Einflussdimensionen in einen Gesetzentwurf zu integrieren und auf das vorhandene, gut etablierte PAG-Regime „aufzusetzen“, stellt eine regelungstechnische sowie systematische Herkulesaufgabe dar, der sich der bayerische Gesetzgeber weder faktisch noch rechtlich entziehen kann. Auch wenn beide Umsetzungen nach einer summarischen Analyse als in der Sache gelungen qualifiziert werden können, so ist der Preis dafür hoch: Die Lesbarkeit, Verständlichkeit und Handhabbarkeit des Gesetzes haben stark gelitten. Man hat es mit einem Paradoxon zu tun: Die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Vorgaben der Bestimmtheit und Normenklarheit in ihren bundesverfassungsgerichtlichen Überzeichnungen haben zu einem Regelungsgeflecht geführt, das nur noch schwer durchdringbar ist. Das Gebot der Normenklarheit führt zur so zur Verdunkelung. Dies ist nicht nur aus der Perspektive der Polizeirechtswissenschaft und ihrem Anspruch auf dogmatische Strukturierung dieses so wichtigen Rechtsgebiets bedauerlich, sondern auch im Sinne einer rechtssicheren Anwendung durch die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten „vor Ort“ bedenklich. Zumal ist zu berücksichtigen, dass das Polizeirecht eine schnelle und effektive Aufgabenerfüllung, d.h. Gefahrenabwehr ermöglichen soll. Je komplexer das Polizeirecht jedoch wird, je schwieriger die Eingriffsnormen zu handhaben sind, desto größer ist die Gefahr, im Zweifelsfalle zögerlich zu handeln, um nur datenschutzrechtlich „auf der sicheren Seite“ zu sein. Dies gilt nicht nur für die Erhebungs-, sondern zumal auch für die Übermittlungsbefugnisse, wo hochkomplexe hypothetische Erwägungen unter Bezugnahmen auf andere Regelungskontexte angestellt werden müssen. Bis diese abgeschlossen sind, hat sich die Gefahr möglicherweise realisiert. Ich sehe mithin das Risiko von Defensivstrategien im Einzelfall. Maßnahmen unterbleiben oder kommen zu spät, weil die Prüfung der Rechtmäßigkeitsbedingungen zu schwierig und zeitaufwändig ist. Dem Polizeirecht droht hier eine Entwicklung, die aus dem Medizinrecht unter dem Stichwort „Defensivmedizin“ bekannt ist und diskutiert wird: Die insbesondere verfahrensrechtlichen Anforderungen an den Arzt (Aufklärung, Dokumentation etc.) sind mittlerweile so komplex), dass sie eine lähmende Wirkung entfalten können – nicht selten zu Lasten des Patienten.

Dies alles ist nicht den Entwurfsverfassern anzulasten, denn sie sind insofern Gefangene des BVerfG. Immerhin ist es teilweise gelungen, regelungssystematisch zusammenhängende Fragen, die zuvor im PAG an verschiedenen Stellen normiert waren, zu bündeln: Dies gilt etwa für die Benachrichtigungspflichten (Art. 50 PAG-E), den Kernbereichsschutz (Art. 49 PAG-E) oder die Zusammenführung der Verfahrensregelungen zu den Richtervorbehalten (Art. 92 PAG-E).

Was die Erweiterungen der polizeilichen Befugnisse im Übrigen angeht, ist es ein legitimes Anliegen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, diese an den naturwissenschaftlich-technischen Fortschritt anzupassen (DNA-Analysen, Einsatz von Drohnen, Durchsuchung von Speichermedien, „intelligente“ Videoüberwachung). In der befugnisrechtlichen Ausrüstung der Polizei („auf Augenhöhe“) manifestiert sich die besondere Verantwortung des Staates für die innere Sicherheit, die von der Bayerischen Verfassung eigens mit Verfassungsrang, als Verfassungsauftrag sowie als Grundrecht der Bürgerinnen und Bürger ausgestaltet ist (Art. 99 BV). Angesichts der vielfältigen rechtsstaatlichen Einhegungen dieser Befugnisse (Eingriffsschwellen, partielle Richtervorbehalte, Verhältnismäßigkeitsgebot, Bestehen nachträglicher Rechtsschutzmöglichkeiten) erscheint es mir nicht gerechtfertigt, von einer unvertretbaren Überwachungsgesamtbilanz zu sprechen. Das Erfordernis praktischer Konkordanz von Sicherheit und Freiheit ist gewahrt.

1. Ist der Gesetzentwurf geeignet, die aus der Richtlinie (EU) 2016/680 erwachsenden Umsetzungserfordernisse abzubilden, insbesondere in den nachfolgend genannten Teilbereichen?

a) Wurden die Pflichten des Verantwortlichen wie beispielsweise die Hinweis- und Belehrungspflichten ausreichend umgesetzt?

b) Wurden die Rechte der betroffenen Person wie zum Beispiel das Recht auf Berichtigung Datenlöschung und Auskunft ausreichend umgesetzt?

c) **Wie bewerten Sie die Tatsache, dass neben der neu eingeführten Datenschutzfolgenabschätzung in Art. 64 Gesetzentwurf PAG-Neuordnungsgesetz (nachfolgend: PAG-E) das Instrument der Errichtungsanordnung beibehalten und soweit dies rechtspraktisch möglich war, mit der Folgenabschätzung verbunden wurde?**

Die Vorgaben der Richtlinie sind in dem Gesetzentwurf nach meiner überschlägigen Einschätzung umgesetzt. Eine – allerdings lediglich summarisch mögliche – Überprüfung hat ergeben, dass alle wesentlichen Artikel der Richtlinie im Entwurfstext und der Begründung Niederschlag gefunden haben. Freilich hätte man an mancher Stelle die Richtlinienvorgaben noch detailgenauer umsetzen oder gar „übererfüllen“ können, „mehr geht immer“. Dies hätte aber nur dazu geführt, dass der Gesetzentwurf noch detailfixierter und komplexer ausgefallen wäre. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte der Versuchung widerstanden werden, insoweit noch „nachlegen“ zu wollen. Insbesondere die Normen der Richtlinie zu den technischen Sicherungen (Art. 20 ff.) richten sich eher an die Vollzugspraxis als an den Gesetzgeber. Sie sind unmittelbar anwendbar. Etwa vorhandene Umsetzungslücken lassen sich zudem mit dem Instrument der richtlinienkonformen Auslegung schließen.

Die wesentlichen verfahrensrechtlichen *Rechts*positionen, die die Richtlinie einräumt, sind aus meiner Sicht korrekt umgesetzt. Dies gilt insbesondere für das Auskunftsrecht (Art. 65 PAG-E) sowie für die Berichtigungs- und Löschungsrechte (Art. 62 PAG-E).

Dass das Instrument der Errichtungsanordnung beibehalten wurde (Art. 64 PAG-E), ist jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Auch die Richtlinie steht dem nicht entgegen, da sie lediglich Mindeststandards vorgibt (vgl. Art. 1 Abs. 3 RiLi).

2. Wie beurteilen Sie gemessen an den Maßgaben des BVerfG, besonders in seinem Urteil vom 20.04.2016 zum BKAG, dass Befugnisse, die tief in die Privatsphäre hineinreichen und zudem noch verdeckt erfolgen, insbesondere

- **auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein müssen,**
- **Gefährdungen der gewichtigen Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar sein müssen,**
- **die Befugnisse sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte erstrecken dürfen,**
- **besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und von Berufsgeheimnisträgern normiert werden müssen,**

- **die Befugnisse bestimmten Transparenzanforderungen unterliegen müssen,**
- **durch Regelungen zur Erlangung individuellen Rechtsschutzes und aufsichtlicher Kontrolle flankiert sein müssen,**
- **mit Löschungspflichten im Hinblick auf die erhobenen Daten ergänzt sein müssen,**

die Ausgestaltung der Befugnisse im III. Abschnitt 2. Unterabschnitt PAG-E nach Art. 33 bis 47 PAG-E und erläutern Sie im Hinblick auf die Maßgaben des BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.04.2016 bitte Folgendes:

—

Der Gesetzentwurf wird den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem BKAG-Urteil (BVerfGE 141, 200) nach meiner vorläufigen Einschätzung gerecht. Dies gilt für alle in der Frage genannten Aspekte.

a) Wie ist die Neugestaltung von einzelnen Befugnisnormen in folgender Hinsicht zu bewerten:

—

aa) Wurden die geforderten Richtervorbehalte ausreichend umgesetzt?

Der Richtervorbehalt findet sich bei allen grundrechtsintensiven Eingriffsbefugnissen (jeweils i.V.m. Art. 92 PAG-E):

- Elektronische Aufenthaltsüberwachung: Art. 34 Abs. 3 PAG-E
- Postsicherstellung: Art. 35 Abs. 2 PAG-E
- längerfristige Observation: Art. 36 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 PAG-E
- Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen: Art. 36 Abs. 1 Nr. 2c, Abs. 4 Satz 1 PAG-E
- Einsatz verdeckter Ermittler: Art. 37 Abs. 2 PAG-E
- Einsatz von Vertrauenspersonen: Art. 38 Abs. 2 PAG-E
- Einsatz technischer Mittel in Wohnungen: Art. 41 Abs. 4 PAG-E
- TKÜ: Art. 42 Abs. 5 PAG-E
- verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme: Art. 45 Abs. 3 PAG-E
- Rasterfahndung: Art. 46 Abs. 3 PAG-E

bb) Wie bewerten Sie die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bislang enthaltenen Straftatenkataloge?

Diese Entwicklung liegt in der Tendenz bundesverfassungsgerichtlicher Postulate, bricht sich jedoch partiell mit der Tradition des bayerischen Polizeirechts, das die Unversehrtheit der Rechtsordnung (wozu eben maßgeblich die Strafrechtsordnung gehört) im besonderen Fokus hatte und hat. Allerdings sprechen durchaus auch Argumente für eine stärkere Rechtsgutsorientierung. Die Bezugnahme auf Straftatenkataloge ist regelungstechnisch unübersichtlich und angesichts häufiger Änderungen der Kataloge hochgradig anpassungsbedürftig. Zudem ist das Abstellen auf die zu schützenden Rechtsgüter dem Polizeirecht als Gefahrenabwehrrecht insofern adäquat, als es nicht nur auf die Verhinderung von (Katalog-)Straftaten gerichtet ist, sondern auf die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter – zumal es auch Gefahren und Störungen gibt, die sich nicht (ausschließlich) in der Begehung von Straftaten realisieren.

b) Sehen Sie im Hinblick darauf, dass bei einigen polizeilichen Befugnissen – z.B. bei der neu geschaffenen Befugnis der Postsicherstellung (Art. 35 PAG-E), aber auch bei den bereits bisher im PAG bestehenden Befugnissen „Eingriffe in den Telekommunikationsbereich“ (Art. 42 PAG-E) und „Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme (vgl. Art. 45 PAG-E) - der mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen zum 01.08.2018 in das PAG aufgenommene Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr eingeführt wird, eine Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle und wie bewerten Sie dies verfassungsrechtlich?

Das BVerfG hat die Vorverlagerung der Gefahr im Sinne einer drohenden Gefahr gerade auch im Kontext polizeilicher Datenerhebung und -verarbeitung als verfassungsrechtlich zulässig erachtet. Dies wurde bereits in der Anhörung zum Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen ausgeführt. Das Gericht hat die Kategorie der drohenden Gefahr auch nicht auf bestimmte, nur geringfügige Eingriffsbefugnisse beschränkt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die jeweilige Eingriffsschwelle nicht nur

durch den Gefahrengrad, sondern auch und zumal durch die Gewichtigkeit des zu schützenden Rechtsguts bestimmt wird. Dies ist bei den in der Frage genannten Befugnisnormen durchweg der Fall. Sowohl bei Postsicherstellung als auch bei der TKÜ als auch beim verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme werden die Befugnisse auf den Schutz hochrangiger Rechtsgüter im Sinn des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG-E begrenzt.

c) Wie ist die Ausgestaltung der hypothetischen Datenneuerhebung zu bewerten?

Die Regelungen über die Zweckbindung und die hypothetische Datenneuerhebung in Art. 48 PAG-E orientieren sich eng an den Vorgaben, die das BVerfG in seinem BKAG-Urteil formuliert hat.

d) Wie bewerten Sie die Ausgestaltung der polizeilichen Befugnisse in Art. 33 bis 47 PAG-E im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit?

Hierfür darf auf die Vorbemerkungen (oben S. 2) verwiesen werden.

e) Wurden die Maßgaben des BVerfG zum Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz ausreichend umgesetzt?

Die Regelungen zum Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz (insbes. Art. 49 PAG-E) orientieren sich eng an den Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht im BKAG-Urteil postuliert hat. Ich habe im Rahmen der Vorbereitung dieser Stellungnahme längere Zeit benötigt, um das Regelungsgeflecht zum Kernbereichsschutz unter Hinzuziehung der Begründung überhaupt zu durchdringen. Ob es mir gelungen ist, vermag ist nicht abschließend einzuschätzen, so dass ich auch kein belastbares Urteil dazu abgeben möchte, ob die Vorgaben des BVerfG vollständig beachtet worden sind.

Vor einer noch weiteren Anziehung der Komplexitätsschraube kann nicht nachdrücklich genug gewarnt werden. Da der bayerische Gesetzgeber jedenfalls nicht *unmittelbar* an die BKAG-Entscheidung des BVerfG gebunden ist (§ 31 BVerfGG greift hier nicht), wäre es für den bayerischen Gesetzgeber durchaus erwägenswert, sich an den Vorgaben des BVerfG stärker in Form von generalklauselartigen Schutzregeln zu orientieren. Insoweit wäre „weniger mehr". Ein solches Bemühen um Komplexitätsreduktion sähe sich freilich dem Risiko ausgesetzt, vom BVerfG kassiert zu werden.

f) Ist die Aufhebung der Unterscheidung innerhalb der Berufsgeheimnisträger in Art. 49 PAG-E zwingend erforderlich oder kann der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der Datenschutzgrundverordnung auch dadurch Folge geleistet werden, dass eine Ausgestaltung des Art. 49 PAG-E entsprechend § 160a StPO bzw. § 62 BKAG-neu erfolgt?

Eine Unterscheidung innerhalb der Berufsgeheimnisträger wäre aus meiner Sicht von der Rechtsprechung des BVerfG gedeckt.

g) Halten Sie eine besondere Rechtsgrundlage für die Maßnahme der Funkzellenabfrage für erforderlich?

Ob und in welchem Umfang eine solche Maßnahme für die praktische polizeiliche Arbeit von Relevanz ist, kann ich aus eigener Anschauung nicht beurteilen.

h) Sind die vom BVerfG statuierten Unterrichtungspflichten ausreichend abgebildet?

Ich verstehe den Begriff der Unterrichtung im Sinne von Benachrichtigung. Nach überschlägiger Einschätzung werden die in Art. 50 PAG-E normierten Benachrichtigungspflichten den Vorgaben des BVerfG gerecht.

i) Wie bewerten Sie allgemein die Einrichtung einer „Zentralen Datenprüfstelle“ als unabhängige Stelle zur Vermeidung von Kernbereichsverletzungen (Art. 41 Abs. 5, 42 Abs. 7, Art. 45 Abs. 4 und Art. 53 Abs. 3 PAG-E; Art. 13 f. POG-E)?

aa) Ist es nach den Vorgaben des BVerfG möglich, die geforderte Sichtung der Daten einer solchen Stelle zu übertragen, die nicht bei der Judikative angesiedelt ist?
bb) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit?
cc) Wie bewerten Sie die vorgesehene Möglichkeit, polizeilichen Sachverstand hinzuziehen zu können (vgl. Art. 13 Abs. 4 POG-E)?

Die Fragen werden im Zusammenhang beantwortet. Die Sichtung der kernbereichsrelevanten Daten ist nach der Rechtsprechung des BVerfG zwar auf eine unabhängige Stelle, jedoch nicht zwingend auf die Judikative als solche zu übertragen. Die Lösung des Gesetzentwurfs, eine zentrale Datenprüfstelle als unabhängige Stelle zur Vermeidung von Kernbereichsverletzungen zu etablieren, ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber legt in Art. 12 Abs. 1 POG-E fest, dass die zentrale Datenprüfstelle die ihr nach dem PAG übertragenen Aufgaben „unabhängig und in eigener Verantwortung“ ausübt. Damit ist eine Fachaufsicht ausgeschlossen. Eine völlige Herausnahme der Stelle aus der Behördenhierarchie hielte ich im Hinblick auf Art. 55 BV für verfassungsrechtlich problematisch. Dass sich die zentrale Datenprüfstelle nach Art. 12 Abs. 4 POG-E zur Aufgabenerfüllung der Unterstützung von Polizeidienststellen bedienen kann, ändert an der grundsätzlichen Unabhängigkeit dieser Stelle nichts. Der Gesetzentwurf stellt zudem klar, dass die inhaltliche Prüfung und Entscheidungsverantwortung alleine der zentralen Datenprüfstelle obliegt. Dies ist aus meiner Sicht verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Zur Ergänzung polizeilicher Befugnisnormen:

a) Wie bewerten Sie die DNA-Analyse als (neue) erkennungsdienstliche Maßnahme nach Art. 14 Abs. 3 PAG-E?

Die Feststellung der Identität einer verantwortlichen Person gehört zu den für eine effektive Gefahrenabwehr elementaren Befugnissen der Polizei. Die Befugnis für die Polizei, die Identität des Betroffenen mittels eines DNA-Identifizierungsmusters molekularbiologisch festzustellen, stellt eine konsequente Ergänzung des bereits vorhandenen Instrumentariums an erkennungsdienstlichen Maßnahmen dar. Der damit verbundene körperliche Eingriff steht unter einem Arztvorbehalt und ist regelmäßig von geringer Intensität. Zudem sind die entnommenen Körperzellen unverzüglich nach der Untersuchung zu vernichten, ebenso wie die erkennungsdienstlichen Unterlagen nach Art. 14 Abs. 4 PAG-E. Schließlich steht die Maßnahme unter Richtervorbehalt. Angesichts dieser Flankierungen begegnet die Neuregelung aus meiner Sicht keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

b) Wie bewerten Sie die Befugnis der Meldeanordnung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PAG-E?

Die Meldeanordnung ist eine gängige polizeirechtliche Maßnahme und wird nunmehr einer ausdrücklichen Normierung in einer Spezialbefugnisnorm zugeführt. Dies ist aus Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen. Freilich konnte und kann die Maßnahme auch ohne spezielle Regelung auf die Befugnisgeneralklausel in Art. 11 PAG gestützt werden. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Neuregelung bestehen nicht.

c) Stellt die vorgesehene Regelung zur Sicherstellung von unbaren Vermögensrechten (Art. 25 Abs. 2 PAG-E) eine angemessene Reaktion auf die Rechtsprechung des BayVGH dar?

Nach einer Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23.2.2016, BayVBl. 2016, S. 808 ff., ermächtigt die bisherige Fassung des Art. 25 PAG nicht zur Sicherstellung einer schuldrechtlichen Forderung. Auch eine analoge Anwendung ist nach Auffassung des BayVGH nicht zulässig. Schließlich lässt der VGH – weniger überzeugend – einen Rückgriff auf die Generalklausel nicht zu. Deshalb stellt die im Gesetzentwurf vorgesehene Ergänzung zur Sicherstellung von unbaren Vermögenswerten eine angemessene Reaktion auf die Rechtsprechung des BayVGH dar. Es sind keine

einleuchtenden Gründe erkennbar, weshalb die Polizei zwar Bargeld, nicht jedoch eine Forderung soll sicherstellen dürfen.

d) Halten Sie Art. 22 Abs. 1 Satz 1 PAG-E für eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Durchsuchung vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennte Speichermedien? Halten Sie in Art. 22 Abs. 2 PAG-E Vorkehrungen zum Schutz von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen oder über deren Inhalt nach §§ 53, 53a StPO das Zeugnis verweigert werden könnte, für erforderlich?

e) Ist Art. 25 Abs. 3 PAG-E eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für diese Befugnis oder halten Sie ist einen Richtervorbehalt für erforderlich?

Zunächst ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber klarstellt, dass auch Daten und Speichermedien Gegenstand einer Durchsuchung (Art. 22) und Sicherstellung (Art. 25) sein können. Die Befugnis in Art. 22 PAG-E betrifft freilich nur die Durchsuchung als solche, nicht jedoch die weitere Datenerhebung und -verarbeitung. Solche weiteren, über die bloße Kenntnisnahme hinausgehenden Maßnahmen dürfen nur auf der Grundlage spezieller gesetzlicher Grundlagen, etwa nach Art. 32 PAG erfolgen. Da es sich nicht um eine verdeckte, sondern um eine offene Maßnahme handelt, sind speziellere verfahrensrechtliche Regelungen zum Kernbereichsschutz nach meiner Einschätzung nicht erforderlich. Insofern ist auch das Fehlen eines Richtervorbehalts verfassungsrechtlich unbedenklich. Auch für die Durchsuchung eines Koffers etwa auf der Basis der Art. 22 PAG ist ja weder ein spezieller verfahrensrechtlicher Kernbereichsschutz noch ein Richtervorbehalt vorgesehen. Insofern genügt die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der konkreten Durchsuchung im Einzelfall. Art. 25 PAG-E verweist im Fall der Sicherstellung ausdrücklich auf die Schutzvorschrift des Art. 49 Abs. 5 PAG-E.

f) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Regelung zur molekulargenetischen Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft (Art. 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 PAG-E) im Hinblick auf den Rechtseingriff?

Im Hinblick auf mangelnde Kenntnisse der tatsächlichen Dimension dieser Maßnahme kann ich deren Eingriffstiefe nicht abschätzen.

g) Wie bewerten Sie die Regelungen der Bildaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E?

Gegen die Regelung in Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E drängen sich nach überschlägiger Einschätzung verfassungsrechtliche Bedenken nicht auf.

h) Stellt Art. 33 Abs. 4 PAG-E eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz von Bodycams dar? Ergibt sich aus den am 28.02.2018 vorgestellten Ergebnissen der AG Bodycam Änderungsbedarf für die vorgesehene Regelung?

Der Einsatz „körpernah getragener Aufnahmegeräte“ durch Polizeibeamte ist verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern im Hinblick auf die Schutzpflicht zu Gunsten der Polizeibeamten verfassungsrechtlich geboten. Der Staat hat nicht nur aus den Grundrechten, insbesondere aus dem Grundrecht zu Gunsten des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit von Polizeibeamten eine Schutzpflicht. Eine solche folgt auch aus dem beamtenrechtlichen Fürsorgegrundsatz. Der Staat bzw. der Dienstherr ist daher verpflichtet, alle möglichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die körperliche Unversehrtheit und das Leben von Polizeibeamten zu schützen. Hierfür genügt es, wenn das eingesetzte Mittel zweckförderlich ist. Das heißt, es muss nicht in jedem Fall den Schutz gewährleisten, wohl aber grundsätzlich in der Lage sein, schutzerhöhend zu wirken. Die Ergebnisse der „AG Bodycam“ erhärten die Annahme, dass es sich bei der Bodycam um ein insoweit geeignetes Mittel, jedenfalls nicht um ein offensichtlich ungeeignetes Mittel handelt. An der Verfassungskonformität der Regelung bestehen aus meiner Sicht keine ernst zu nehmenden Zweifel. Ein Richtervorbehalt nach Art. 13 Abs. 4, 5 GG ist nicht geboten,

i) Stellen die vorgesehenen Regelungen zur Erhebung und Auswertung von Bild- und Videomaterial (Art. 33 Abs. 5 und 61 Abs. 1 und 2 PAG-E) eine aus-

reichende Rechtsgrundlage für den Einsatz sog. intelligenter Videoüberwachung durch Muster- und Gesichtserkennung dar?

Auch die Regelungen zur sog. „intelligenten Videoüberwachung“ in Art. 33 Abs. 5 und Art. 61 Abs. 1 und 2 PAG-E sind nach überschlägiger Beurteilung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine gezielte Beobachtung und Fertigung von Aufzeichnungen einer Person aufgrund eines automatisierten Datenabgleichs ist nur zur Abwehr einer Gefahr oder drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut, also ein solches, das in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG genannt ist, zulässig. Die Maßnahme steht insofern unter einer gesteigerten Eingriffsschwelle. Zudem ist die Polizei nach Art. 33 Abs. 6 PAG-E verpflichtet, auf die Verwendung von Systemen im Sinne des Absatzes 5 gesondert hinzuweisen. Es handelt sich also um eine offene Maßnahme.

j) Sind bezüglich der Durchführung verdeckter polizeilicher Maßnahmen Annexkompetenzen anzuerkennen, wenn die Maßnahme ohne Überwindung besonderer (Zutritts-)Sicherungen etwa an Türen andernfalls nicht durchführbar wäre, oder bedürfte es hierzu einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage?

Die Frage der Annahme von Annexkompetenzen ist in der Verwaltungsrechtsdogmatik umstritten. Die überwiegende Meinung dürfte dahin gehen, dass jede Maßnahme, die in eine Grundrechtsposition eingreift, einer eigenen gesetzlichen Grundlage bedarf und nicht allein in der Modalität des Annexes als von einer anderen Befugnisnorm erfasst angesehen werden kann. Eine allgemeine und endgültige Klärung dieser Frage liegt auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht vor. Aus meiner Sicht wird man eine Annexkompetenz letztlich unter drei Voraussetzungen annehmen können:

(1) Die in einer Befugnisnorm zugelassene Maßnahme kann typischerweise oder denklogisch überhaupt nur dann realisiert werden, wenn auch eine andere eingreifende Maßnahme erfolgt.

(2) Der Gesetzgeber hat die Befugnisnorm im Bewusstsein erlassen, dass damit auch andere Eingriffe typisch oder zwangsläufig verbunden sind.

(3) Die durch die Annexkompetenz betroffenen Rechtsgüter dürfen nicht höherwertig sein als die durch die ursprüngliche Befugnisnorm betroffenen.

k) Halten Sie die Regelung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E, wonach besondere Sprengmittel, wie z.B. Handgranaten, gegen Personen in bestimmten Sachlagen zulässig ist, für verhältnismäßig und - gemessen an den rechtsstaatlichen Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit - auch für bestimmt genug?

Der Einsatz von Sprengmitteln im Sinne des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E ist als ultima ratio-Maßnahme ausgestaltet. Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E lässt den Einsatz von solchen Mitteln gegen Personen zu, wenn diese selbst erkennbar den unmittelbaren Gebrauch von Schusswaffen, Sprengmitteln oder im Einzelfall vergleichbar gefährlicher Mittel beabsichtigen *und* der vorherige Gebrauch anderer Waffen durch die Polizei ersichtlich aussichtslos oder unzureichend ist. In dieser Situation erscheint es gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber der Polizei auch den Einsatz von Sprengmitteln erlaubt.

l) Wird durch die neue Kostenpflicht des Art. 93 PAG-E die bislang unzureichende Kostenerhebungsmöglichkeit bei doppelfunktionalen Maßnahmen einer praktikablen Lösung zugeführt?

Zur Frage der Praktikabilität kann ich aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht kompetent Stellung nehmen. Mir ist die in der Frage angesprochene Problematik nicht hinreichend präsent.

m) Wie bewerten sie die in Art. 94 PAG-E vorgesehene Möglichkeit, präventivpolizeiliche Opferschutzmaßnahmen treffen zu können?

An der in Art. 94 PAG-E geschaffenen Möglichkeit, präventivpolizeiliche Opferschutzmaßnahmen treffen zu können, sind aus verfassungsrechtlicher Sicht keine ernst zu nehmenden Zweifel anzubringen. Die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates erfordern eine solche Möglichkeit geradezu.

4. Zur Ergänzung des BayDSG:

Stellt die im allgemeinen Datenschutzrecht vorgesehene Regelung zur Erhebung und Verarbeitung von DNA-Material (Art. 29 Abs. 5 bis 6 BayDSG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Errichtung einer DNA-Referenzdatenbank zum Ausschluss von Trugspuren dar?

Die Vermeidung von molekularbiologischen Trugspuren stellt eine essentielle Aufgabe polizeilicher und strafverfolgender Ermittlungstätigkeit dar. Hier geht es vor allem auch darum, „unschuldige" Personen vor gefahrenabwehrenden oder strafverfolgenden Maßnahmen zu bewahren, die auf Trugspuren zurückzuführen sind. Die neu geschaffenen Regelungen in Art. 29 des bayerischen Datenschutzgesetzes zur Vermeidung von „DNA-Trugspuren" begegnen von ihrer Zwecksetzung her keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies zumal deswegen, als die Maßnahme eine schriftliche Zustimmung der Betroffenen voraussetzt. Zudem ist eine Pseudonymisierung vorgesehen.

B. BayVSG

1. Inwieweit sind die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar? Hierbei sollen besonders folgende Aspekte berücksichtigt werden:

a) Welche Bedeutung kommt dabei der Aussage des ATDG-Urteils zu, die Rechtsordnung unterscheide zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können (BVerfGE 133, 277 Rn. 122)?
b) Welche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass dem Verfassungsschutz als Nachrichtendienst keine exekutivpolizeilichen Befugnisse zustehen (Art. 5 Abs. 2 BayVSG)?
c) Wie wirkt sich die durch das Trennungsgebot in Deutschland bewirkte Aufgliederung des Gefahrenabwehrprozesses in Gefahrenerforschung (Nachrichtendienste) und Gefahrenintervention (Polizeibehörden) auf den Grund-

rechtsschutz des Betroffenen im Vergleich zu einem monistischen Modell aus, wie es z.B. in Gestalt des Österreichischen Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung verwirklicht ist?

d) Welche Bedeutung haben die Anforderungen des BKAG-Urteils an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle für den Verfassungsschutz? Insbesondere:

aa) Wie wirkt es sich aus, dass Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und Art. 45d GG den individuellen Rechtsschutz des Betroffenen gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch parlamentarisch bestellte Organe oder Hilfsorgane ersetzt?

bb) Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass die EU-Polizei-Justiz-Richtlinie, deren Gleichlauf mit dem deutschen Verfassungsrecht das BKAG-Urteil betont (Rn. 134, 138), für Nachrichtendienste nicht gilt?

Die miteinander zusammenhängenden Fragen werden gemeinsam beantwortet. Sie werfen einige grundsätzliche Probleme auf, die nachfolgend daher etwas eingehender beleuchtet werden.

(1) Das BVerfG versteht seine Entscheidung zum BKAG als Leitentscheidung für verdeckte Informationseingriffe. Daraus kann jedoch noch nicht gefolgert werden, dass sie eben auch für das Nachrichtendienstrecht in Gänze und in jedem Detail Geltung beanspruchen soll oder könnte, ohne dass Besonderheiten der Nachrichtendienste hierbei eine Berücksichtigung erfahren dürften. Ein derartiger Kurzschluss sollte dem BVerfG nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Bereits die EU-Richtlinie 680/2016, die nicht für die Nachrichtendienste gilt, zeigt, dass es nachhaltige Unterschiede zwischen polizeilicher und nachrichtendienstlicher Tätigkeit gibt, die sich einem normativen Gleichlauf der Anforderungen an Eingriffsbefugnisse entziehen. Ob die Maßstäbe, die das BVerfG in seinem Urteil zum BKA-Gesetz entwickelt hat, für das Verfassungsschutzrecht relevant sind, hat das Gericht selbst nicht beantwortet. Im Gegenteil hat das BVerfG wiederholt anerkannt, dass die unterschiedlichen Aufgaben und Befugnisse es grundsätzlich rechtfertigten, an Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht weniger strenge Anforderungen zu stellen als an entsprechende Ermächtigungen im Polizeirecht (BVerfGE 100, 313/383; 120, 274/330; 130, 151/206; 133, 177/325). Das BVerfG geht mithin in der Sache von einem grundsätzlichen Unterschied zwischen polizeilicher und nachrichtendienstlicher Aufgabenerfüllung aus. Dazu steht es nicht in Widerspruch, dass das BVerfG an anderer

Stelle betont hat, dass sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzlichen Eingriffsschwellen mit zunehmender Eingriffsintensität der jeweiligen Überwachungsmaßnahme verschärfen (*BVerfG*, Urteil v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. – BVerfGE 120, 274/342 f.). Denn dies bedeutet ja in der Sache nur, dass nachrichtendienstliche Eingriffsbefugnisse trotz des spezifischen nachrichtendienstlichen Informationsauftrags nicht ohne Weiteres verfassungskonform sind, sondern dass es auch insoweit Eingriffsschwellen zu geben habe und dass diese in ihrem verfassungsrechtlich gebotenen Niveau auf die Eingriffstiefe bezogen sein müssten. Damit ist indes keineswegs gesagt, dass bei der Formulierung der Eingriffsvoraussetzungen und deren verfahrensrechtlicher Flankierungen nicht die Besonderheiten nachrichtendienstlicher Aufgabenerfüllung Berücksichtigung finden können (und müssen). Und selbst wenn man eine Konvergenz von polizeirechtlichen und nachrichtendienstrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen fordern würde, so stünde damit noch nicht fest, dass *sämtliche* Anforderungen des BVerfG aus dem BKA-Urteil detailscharf und ohne Berücksichtigung der Besonderheiten nachrichtendienstlicher Tätigkeit heranzuziehen wären.

(2) Insgesamt erscheint es also deutlich verfrüht, von einer konsolidierten Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an verdeckte Informationseingriffe insgesamt zu sprechen. Dies kann auf Grund des BKAG-Urteils allenfalls für den Bereich des Polizeirechts angenommen werden. Man wird das BVerfG zwar sicherlich nicht voreilig überinterpretieren, wenn man davon ausgeht, dass es die *Essentialia* seiner Rechtsprechung zu den polizeirechtlichen Informationseingriffen aus dem BKAG-Urteil auch für entsprechende nachrichtendienstliche Befugnisse für maßgeblich erachtet. Eine vollständige, detailgenaue und undifferenzierte Übertragung sollte dem BVerfG jedoch nicht einfach „untergeschoben“ werden. Ob, in welchem Umfang, unter welchen Modalitäten und in welcher Dichte das BVerfG „seine“ BKAG-Dogmatik für das Nachrichtendienstrecht als maßgeblich erachtet, ist derzeit mithin Spekulation. Bemerkenswert ist aber jedenfalls, dass sich das BVerfG im maßgeblichen Teil zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen des BKAG-Urteils nicht ausdrücklich zu den Nachrichtendiensten verhält, obwohl die Entscheidung doch als datenschutzrechtliche Leitentscheidung konzipiert sein sollte. Im Übrigen hat das Gericht in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2017 (2 BvE 1/15 – EuGRZ 2017, 455) im Hinblick auf das Fragerecht des Bundestags auf die besondere Funktion der Nachrichtendienste und die Bedeutung verdeckter Informationsbeschaffung

hingewiesen und damit zu erkennen gegeben, dass das Nachrichtendienstrecht auch von Verfassungs wegen durchaus eine Sonderbehandlung erfahren darf: Zwar erstrecke sich das aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG folgende Frage- und Informationsrecht des Deutschen Bundestages, der Fraktionen und der einzelnen Abgeordneten auch auf den Bereich der Tätigkeit von Nachrichtendiensten. Allerdings lasse die besondere Funktionalität nachrichtendienstlicher Tätigkeit Ausnahmen zu: Angesichts der Bedeutung, die dem Einsatz verdeckter Quellen bei der Informationsbeschaffung der Nachrichtendienste zukomme, könne sich die Bundesregierung zur Auskunftsverweigerung trotz des erheblichen Informationsinteresses des Parlaments in diesem Bereich aber in der Regel auf eine Gefährdung des Staatswohls und der Grundrechte verdeckt handelnder Personen berufen, wenn deren Identität bei der Erteilung der begehrten Auskünfte offenbart würde oder ihre Identifizierung möglich erscheine (Leitsatz 2 der Entscheidung vom 13.6.2017). Das BVerfG erkennt zumindest insofern ein nachrichtendienstliches Sonderregime an. Vergleichbares ergibt sich aus der Entscheidung des BVerfG vom 13. Oktober 2016 (2 BvE 2/15 – BVerfGE 143, 101) zum Untersuchungsausschussrecht („NSA-Sektorenlisten“): Auch in dieser Entscheidung hat das BVerfG die besondere Rolle und Funktionalität von Nachrichtendiensten herausgestellt: Das (auf die Nachrichtendienste bezogene) Geheimhaltungsinteresse der Bundesregierung könne das parlamentarische Informationsinteresse überwiegen. Bereits im ATDG-Urteil betont das BVerfG die Besonderheiten der Nachrichtendienste: „Polizeibehörden und Nachrichtendienste haben deutlich voneinander unterschiedene Aufgaben. Dementsprechend unterliegen sie hinsichtlich der Offenheit ihrer Aufgabenwahrnehmung sowie bezüglich der Datenerhebung grundlegend verschiedenen Anforderungen.“ (BVerfGE 133, 277 Rn. 115).

(3) Entscheidend sprechen die funktional-strukturellen Unterschiede zwischen Polizei und Verfassungsschutz/Nachrichtendienst gegen eine undifferenzierte Übertragung der Anforderungen an polizeirechtliche Eingriffsbefugnisse auf nachrichtendienstliche Befugnis- und Verfahrensnormen. Die Unterschiede zwischen Polizei und Nachrichtendienst zeigen sich maßgeblich im Aufgaben- und Befugnisbereich. Das Verhältnis von Polizei und Nachrichtendienst lässt sich dabei nicht einfach und ohne Weiteres mit einem wie auch immer zu begründenden „Trennungsgebot“ beschreiben, sondern ist vielschichtiger und auch von weiten Überschneidungsbereichen geprägt.

Das geltende Recht kennt insbesondere kein *aufgabenbezogenes* Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten. Ein solches lässt sich zumal dem Verfassungsrecht nicht entnehmen. Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber im Rahmen seines verfassungsrechtlich, insbesondere durch Art. 99 BV verbürgten Gestaltungsspielraums auch keineswegs darauf beschränkt, dem Landesamt für Verfassungsschutz ausschließlich die Aufgabe der staats- und verfassungsschutzbezogenen Informationssammlung und Politikberatung zuzuweisen. Ein (zulässiger) Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes steht nicht schon verfassungsunmittelbar fest. Dem Gesetzgeber steht es vielmehr frei, den Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes selbst festzulegen und beim Aufgabenzuschnitt auch auf neue Gefährdungslagen und -strukturen zu reagieren. Insofern spricht von Verfassungs wegen nichts dagegen, dass der Gesetzgeber den Verfassungsschutz in den Bereich der Gefahrenabwehr mit einbezieht (vgl. etwa Art. 3 Satz 2 BayVSG), zumal zum Zwecke einer strukturierten und nachhaltigen informatorischen Vorfeldaufklärung und Gefährdungsanalyse. In der Diktion des BVerfG (*BVerfG*, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 – BVerfGE 133, 277 Rn. 116):

> „Den Nachrichtendiensten kommt die Aufgabe zu, Aufklärung bereits im Vorfeld von Gefährdungslagen zu betreiben. Ihr Datenzugriff dient dabei zugleich verschiedenartigen und weit gefassten Zielen wie dem Schutz vor verfassungsfeindlichen Bestrebungen im Inland und vor innerstaatlichen Tätigkeiten ausländischer Geheimdienste, dem Schutz vor gewaltbereiten Bestrebungen, die den gesamten Bereich der "auswärtigen Belange" gefährden, oder dem Schutz vor Bestrebungen, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung oder das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind (vgl. § 3 Abs. 1 BVerfSchG, § 1 Abs. 2 BNDG, § 1 Abs. 1 MADG sowie § 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 G 10). Sie haben mannigfaltige Bestrebungen auf ihr Gefahrenpotenzial hin allgemein zu beobachten und sie gerade auch unabhängig von konkreten Gefahren in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfGE 122, 120 [145]).“

Vor diesem Hintergrund erschöpft sich die nachrichtendienstliche Aufgabe nicht darin, Informationen zu erheben, sie kann vielmehr auch darin bestehen, die Informationen zu filtern, anzureichern und zu verdichten. Dieser Prozess fokussiert in der nachrichtendienstlichen Praxis *grundrechtsschonend* darauf, die Daten mit Sozialbezug herauszuarbeiten und damit die Streubreite in die Privatsphäre auszuscheiden.

(4) Der Gesetzgeber kann den Verfassungsschutz als „Informationsdienstleister“ für alle Aufgabenträger ausgestalten, für die strategisch-politische Ebene ebenso wie für die operative Ebene (zur Bandbreite der – verfassungsrechtlich zulässigen – Aufgaben der Nachrichtendienste s. etwa *Warg,* in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 509 ff./517: „keine Beschränkung auf Beratungs- und Frühwarnfunktion“). Letzteres zeigen insbesondere diejenigen Normen, die den Verfassungsschutz zur Kooperation mit Polizei und Sicherheitsbehörden verpflichten (Art. 2 Abs. 1 BayVSG) und die Übermittlung von Daten zulassen (Art. 25 BayVSG). Gerade dies ist auch eine Lehre aus den Vorgängen um den sog. Nationalsozialistischen Untergrund (NSU), der Rechnung zu tragen dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist (vgl. LT-Drs. 17/10014 S. 14 und 18). Die Kooperationspflicht, verbunden mit Datenübermittlungsbefugnissen, lässt sich vielmehr als Modalität der Erfüllung der aus den Grundrechten sowie aus Art. 99 BV folgenden Schutzpflicht des Staates begreifen. Die vom Gesetzgeber vorgenommene organisatorische Strukturierung des Prozesses der Gefahrenabwehr in die grundsätzlich getrennten Phasen verdachtsgewinnender Lageaufklärung durch Nachrichtendienste und polizeilicher Verdachtsverdichtung und -intervention impliziert Kooperation und Informationsaustausch, modifiziert aber nicht die Finalität des Gesamtprozesses.

(5) Allerdings sind polizeilich-operative Befugnisse insofern getrennt, als der Gesetzgeber solche nur der Polizei, nicht indes dem Landesamt für Verfassungsschutz einräumt. Der Polizei stehen nachrichtendienstähnliche Aufklärungsbefugnisse im Frühstadium der Gefahr (Art. 30 ff. PAG) *und* polizeilich-operative Befugnisse zu. Die beiden Arten von Befugnisnormen stehen aber rechtlich nicht beziehungslos nebeneinander. Vielmehr ist eine legitimatorische Wechselwirkung gegeben: Hat eine Behörde – wie die Polizei des Freistaates Bayern oder das Bundeskriminalamt (BKA) – operativ-polizeiliche *und* informationelle Eingriffsbefugnisse, so sind an die grundrechtliche Rechtfertigung der Datenerhebungsbefugnisse höhere Anforderungen zu stellen, zumal durch höhere Eingriffsschwellen und verfahrensrechtliche Flankierungen. Denn die Kumulation von Datenerhebung *und* operativ-polizeilicher Zugriffsmöglichkeit verleiht der Datenerhebung eine höhere Eingriffsintensität (vgl. *BVerfG*, Urteil v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 – BVerfGE 133, 277 Rn. 115; *BVerfG*, Beschluss v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05 – BVerfGE 130, 151 (206); *BVerfG*, Urteil vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. – BVerfGE 120, 274 (330)). Steht mit den – zumal verdeckt erhobenen – Informationen zugleich die Mög-

lichkeit eines operativ-polizeilichen Zugriffs im Raum (etwa in der Modalität einer Durchsuchung, Beschlagnahme oder gar Ingewahrsamnahme oder sonstiger Einflussnahme auf den Kausalverlauf), so gewinnt die Datenerhebung für den Betroffenen eine erhöhte Eingriffsrelevanz. Grundrechtsdogmatisch wird diese „verarbeitet" im Rahmen der Rechtfertigung des Informationseingriffs und dort bei den Anforderungen an die gesetzliche Befugnisregelung sowie bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Das kumulative Grundrechtsgefährdungspotenzial von Informations- und operativen Eingriffen fordert höhere Eingriffsschwellen und verfahrensrechtliche Flankierungen, insbesondere zur Herstellung von Transparenz und Kontrolle. Dies hat das BVerfG für das Bundeskriminalamt entschieden, das über nachrichtendienstliche *und* polizeilich-operative Befugnisse verfügt (vgl. §§ 20a ff. BKAG). Beim Landesamt für Verfassungsschutz und dem dessen Befugnisse regelnden BayVSG verhält es sich jedoch fundamental anders. Dieses verfügt gerade *nicht* über operativ-polizeiliche Befugnisse, das kumulative Grundrechtsgefährdungspotenzial besteht mithin nicht. Bereits aus *diesem* Grund ist es sachlich fernliegend, das BKAG-Urteil des BVerfG vollumfänglich, detailgenau und undifferenziert auf das Bayerische Verfassungsschutzgesetz zu übertragen.

(6) Insgesamt sind es also zwei Aspekte der vom Gesetzgeber errichteten Sicherheitsarchitektur, die (im Verhältnis zum Polizeirecht) reduzierte Anforderungen an die Eingriffsbefugnisnormen für Nachrichtendienste nicht nur rechtfertigen, sondern nahelegen:

(a) Der erste Aspekt ist aufgabenbezogen: Die Nachrichtendienste sind in die Erfüllung der Aufgabe der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit durch den Schutz von Staat und Verfassung in der spezifischen Modalität eines Informationsdienstleisters eingebunden, der insbesondere solche Informationen gewinnt, die für eine fundierte Vorfeldanalyse und tragfähige Gefährdungsprognose unabdingbar sind. Der Gesetzgeber verfolgt einen im Hinblick auf Art. 99 Satz 2 BV verfassungsrechtlich legitimen Zweck, wenn er die Verfassungsschutzbehörden auch mit weitreichenden Befugnissen zur verdeckten Informationsgewinnung ausstattet, um auch an solche für den Schutz von Staat und Verfassung relevanten Informationen zu gelangen, die für ihn mit herkömmlichen, offenen Informationseingriffen außer Reichweite lägen. Dazu gehören auch und zumal szenetypische Informationen, ohne deren Kenntnis der Staat gegenüber sich weit im Vorfeld konkreter Gefahren abzeichnender und sich stets auch ändernder Gefährdungs-

lagen und damit verbundener Informationsasymmetrien ins Hintertreffen geriete. Für die Analyse von Bedrohungspotenzialen für Staat und Verfassung und die Entwicklung effektiver (politischer und rechtlicher) Gegenstrategien ist ein sich stets aktualisierender Fluss an qualitativ hochwertigen Daten erforderlich. Hierzu ist ein hinreichender Schutz von Strategien, Quellen und Methoden der Informationserhebung durch den Nachrichtendienst zwingend. Der Schutz der nachrichtendienstlichen Integrität, zumal seiner Quellen, Methoden und Strategien macht ein ausreichendes Maß an Vertraulichkeit und Ausschluss der Öffentlichkeit von der nachrichtendienstlichen Tätigkeit unabdingbar. Ein Nachrichtendienst, der seine Aufgabe in weitgehender Transparenz coram publico erfüllen müsste, könnte seine Arbeit einstellen. Er würde keine Quellen mehr generieren können, Gegen- und Ausweichstrategien betroffener Gruppierungen provozieren und schließlich seine eigenen, verdeckt arbeitenden Mitarbeiter schweren Gefahren für Leib und Leben aussetzen. Solche nachrichtendienstlichen Wesens- und Systemimmanenzen rechtfertigen verfassungsrechtlich niedrigere Anforderungen an verfahrensrechtliche Flankierungen im Hinblick auf Transparenz und Kontrolle (so auch *Dietrich,* in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 277 [Rn. 44]). Davon gehen im Übrigen für den Bereich des Bundes auch Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG sowie Art. 45d GG aus. Erst jüngst hat auch das BVerfG (Beschluss v. 13.6.2017 – 2 BvE 1/15 – EuGRZ 2017, 455) diese Zusammenhänge im Rahmen des parlamentarischen Fragerechts deutlich herausgestellt: Dem Einsatz verdeckter Quellen komme bei der Informationsbeschaffung durch die Nachrichtendienste eine Bedeutung zu, die eine Auskunftsverweigerung der Bundesregierung gegenüber dem Parlament rechtfertigen könne (Leitsatz 2 des zitierten Beschlusses). Zuvor hatte das Gericht die besondere Geheimhaltungsbedürftigkeit nachrichtendienstlicher Tätigkeit zur Gewährleistung der Funktions- und Kooperationsfähigkeit der Nachrichtendienste in seiner Entscheidung zu den „NSA-Sektorenlisten“ (Beschluss vom 13.10.2016 – 2 BvE 2/15 – BVerfGE 141, 101) betont (Leitsatz 5).

(b) Der zweite Aspekt ist befugnisbezogen. Weil der Gesetzgeber die Nachrichtendienste nicht mit operativ-polizeilichen Befugnissen ausstattet, ist das Eingriffsgewicht der verdeckten Informationserhebung insofern reduziert, als die die Information erhebende Behörde diese nicht dazu nutzen kann, operativ-polizeilich gegen den Betroffenen vorzugehen. Dies rechtfertigt es, an nachrichtendienstliche Befugnisse tendenziell niedrigere Eingriffsschwellen zu knüpfen.

(7) Aus den beiden Aspekten (soeben (a) und (b)) spezifischer Funktionalität eines Nachrichtendienstes in der vom Gesetzgeber geschaffenen Sicherheitsarchitektur ist nun nicht die Konsequenz zu ziehen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die das BVerfG an die polizeirechtlichen Informationsbefugnisse des BKAG stellt, für die Informationsbefugnisse des Verfassungsschutzes gänzlich unmaßgeblich wären. Denn es ist nicht zu verkennen, dass die nachrichtendienstlichen Informationseingriffe von erheblicher Grundrechtsintensität sein können. Deshalb gelten die *grundsätzlichen* Anforderungen an das Vorliegen hinreichender Eingriffsschwellen, verfahrensrechtlicher Flankierungen zumal zum Kernbereichsschutz sowie zur Transparenz und Kontrolle als aus den Grundrechten ableitbare Grundsätze auch für das Verfassungsschutzrecht. Ähnlich wie heute sog. „besondere Gewaltverhältnisse“ nicht mehr anzuerkennen sind, kann es unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung auch kein besonderes „Verfassungsschutzrechtsverhältnis“ zwischen dem Staat (in Gestalt der Verfassungsschutzbehörde) und dem Bürger geben, das nachrichtendienstliche Informationseingriffe vom Erfordernis einer grundrechtlichen Rechtfertigung freistellte. Allerdings ist bei der Bestimmung der konkreten Anforderungen an Eingriffsschwellen, verfahrensrechtliche Flankierungen, Transparenz und Kontrolle den skizzierten Besonderheiten Rechnung zu tragen, dogmatisch vornehmlich im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Wenn der Gesetzgeber das Landesamt für Verfassungsschutz in Erfüllung des Auftrags aus Art. 99 Satz 2 BV als Informationsdienstleister in verfassungsrechtlich legitimer Weise in die Sicherheitsarchitektur integriert, muss er die Befugnisnorm und ihre Flankierungen auch so ausgestalten können, dass der Verfassungsschutz diese Rolle effektiv und nicht selbstgefährdend ausfüllen kann.

(8) Deshalb lassen sich die Anforderungen, die das BVerfG im Hinblick auf die Transparenz und die Kontrolle verdeckter Informationseingriffe der Polizei im BKAG-Urteil formuliert hat, nicht undifferenziert auf die Nachrichtendienste übertragen. Deren Rolle als Informationsdienstleister ist nur effektiv erfüllbar, wenn sie in hinreichendem Maß im Verborgenen arbeiten können. Bestimmte Informationsquellen und -wege sind für den Nachrichtendienst nur erschließbar und dauerhaft in Verfügbarkeit zu halten, wenn sich die beteiligten Personen auf Geheimhaltung und Vertraulichkeit, zumal Vertraulichkeitszusagen verlassen können (dazu näher

Dietrich, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 1047 [Rn. 70]). Dies gilt insbesondere für Verdeckte Mitarbeiter und Vertrauenspersonen. Solche werden sich zu einer Tätigkeit für einen Nachrichtendienst nur bereit erklären, wenn die Anforderungen an eine Vorabkontrolle sowie Benachrichtigungs- und Auskunftspflichten angemessen reduziert sind. Die diesbezüglichen Anforderungen für das Polizeirecht lassen sich daher nicht ohne Weiteres auf das Nachrichtendienstrecht übertragen. Vielmehr muss es dem Gesetzgeber möglich sein, die Funktions- und Arbeitsfähigkeit der Nachrichtendienste dauerhaft zu sichern, indem er Transparenzanforderungen, die für das Polizeirecht geboten sind, zurücknimmt. Diese Transparenzrücknahme ist auch in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt:

> „Überdies sammeln die Nachrichtendienste Daten grundsätzlich geheim. Der Grundsatz der Offenheit der Datenerhebung gilt für sie nicht, und sie sind von Transparenz- und Berichtspflichten gegenüber den Betroffenen weithin freigestellt. Entsprechend gering sind die Möglichkeiten individuellen Rechtsschutzes. Zum Teil werden diese sogar ganz durch eine politische Kontrolle ersetzt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG)." (*BVerfGE* 133, 277 Rn. 117)

Erst kürzlich hat das Gericht in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2017 (2 BvE 1/15 – EuGRZ 2017, 455 Rn. 110 ff.) diesbezüglich erneut wegweisende Ausführungen gemacht:

> „Zur Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland lässt das Grundgesetz (Art. 45d, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b, Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG) ausdrücklich die Errichtung von Verfassungsschutzbehörden und Nachrichtendiensten zu. Nachrichtendienste sind Ausdruck der Grundentscheidung des Grundgesetzes für eine wehrhafte Demokratie, des Selbstbehauptungswillens des Rechtsstaates und damit Bestandteil des Sicherheitssystems der Bundesrepublik Deutschland. Bei dem Einsatz von V-Leuten durch die Nachrichtendienste […] handelt es sich um eine vom Gesetzgeber gebilligte Methode zur verdeckten Informationsbeschaffung. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder die Sicherheit und den Bestand des Staates gerichtete Bestrebungen und Aktivitäten meist von Gruppierungen ausgehen, die konspirativ tätig sind, und dass die Nachrichtendienste ihre Aufgaben daher nur effektiv erfüllen können, wenn sie über nachrichtendienstliche Mittel verfügen, wozu auch der Einsatz von V-Leuten gehört. Der Gesetzgeber hat in der Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17.11.2015 bekräftigt, dass die planmäßige und systematische Informationsbeschaffung insbesondere durch V-Leute ein unverzichtbares Mittel zur Aufklärung extremistischer Bedrohung sei."

Und das BVerfG führt weiter aus (Rn. 114):

> „Werden quellenbezogene Informationen bekannt, kann die Arbeitsfähigkeit und Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste auch über den konkreten Einzelfall hinaus für die Zukunft generell beeinträchtigt werden. Zum einen können Informationen bekannt werden, die für die Arbeitsweise und Funktionsfähigkeit der Nachrichtendienste von Bedeutung sind. Dies betrifft insbesondere das Vorgehen der Behörden bei der Bewerbung und Führung sowie der Kommunikation mit V-Leuten und sonstigen Quellen. Das Bekanntwerden derartiger Informationen kann es den zu beobachtenden Gruppierungen ermöglichen, Abwehrstrategien gegen ihre Infiltration und Beobachtung zu entwickeln. Zum anderen ist der Quellenschutz eine Voraussetzung für die weitere Nutzung aktiver und die Gewinnung neuer Informationsquellen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Einhaltung von Vertraulichkeitszusagen. Sie ist unverzichtbare Voraussetzung für die Anwerbung und Führung von V-Personen. Die Effektivität der Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste unter Einsatz von V-Personen ist davon abhängig, dass das Vertrauen in die Einhaltung gegebener Vertraulichkeitszusagen nicht erschüttert wird […]. Werden Informationen über V-Leute und sonstige verdeckte Quellen herausgegeben, schwächt dies das Vertrauen in die Wirksamkeit von Geheimhaltungszusagen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass eine V-Person oder sonstige Quelle enttarnt wird [….].“

Auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat dies in einer Entscheidung vom 20. März 2014 – Vf. 72-IVa-12 – Rn. 79 so gesehen:

> „Dennoch unterscheiden sich Informationen des Verfassungsschutzes von sonstigen vertraulichen Vorgängen innerhalb der Verwaltung durch folgende Umstände: Informationen des Verfassungsschutzes werden vielfach durch geheime Methoden gewonnen, wie den Einsatz von V-Leuten (d.h. Personen, die der Verfassungsschutzbehörde selbst nicht angehören, aber aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu dem jeweiligen Beobachtungsobjekt ‚Szene-Erkenntnisse‘ gegen Bezahlung liefern), das Beobachten verdächtiger Personen (Observation) sowie verdeckte Bild- und Tonaufzeichnungen (vgl. Verfassungsschutzbericht Bayern 2012, S. 184). Diese Informationen können ihren Nutzen für den Staat und die Allgemeinheit verlieren, wenn sie in der Öffentlichkeit bekannt werden. Durch ihre Offenbarung kann die Arbeitsweise des Verfassungsschutzes beeinträchtigt werden, auch weil eine künftige Informationsgewinnung erschwert wird. Die Geheimhaltung ist oftmals Voraussetzung für die Zusammenarbeit mit den Verfassungsschutzbehörden anderer Bundesländer und für die Gewinnung neuer Informationsquellen. Durch die Offenbarung von Informationen des Verfassungsschutzes können Mitarbeiter oder Dritte gegebenenfalls erheblich in Gefahr geraten.“

Dementsprechend darf auch der bayerische Gesetzgeber davon ausgehen, dass eine unbeschränkte Pflicht des Landesamtes für Verfassungsschutz, die Anwendung nachrichtendienstlichen Maßnahmen vorab durch eine unabhängige Stelle genehmigen zu lassen, zu einem Verlust

an potenziellen „Quellen“, etwa von Vertrauenspersonen führen wird. Ebenso darf er davon ausgehen, dass weitreichende Benachrichtigungspflichten zu einer Gefährdung nachrichtendienstlicher Quellen, Methoden und Aufklärungsansätze führen können, wodurch eine nachhaltige und effektive Aufklärungsarbeit durch den Nachrichtendienst gefährdet wird. Vor diesem Hintergrund erscheint es sowohl sachgerecht als auch verfassungsrechtlich hinnehmbar, wenn der Gesetzgeber die unabhängige Vorabkontrolle und Benachrichtigungspflichten auf Maßnahmen erheblicher Eingriffstiefe beschränkt.

e) Inwieweit lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung auf Übermittlungsvorgänge des Verfassungsschutzes übertragen? Insbesondere:

aa) Inwieweit verringert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass Informationen aus dem Kernbereich der privaten Lebensführung bereits vor der Übermittlung herausgefiltert werden (Art. 8a BayVSG-E)?

bb) Inwieweit verändert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass der Verfassungsschutz grundsätzlich keine Rohdaten übermittelt, sondern verdichtete und aufbereitete Auswertungsergebnisse?

cc) In welchem Verhältnis steht der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils zum informationellen Trennungsprinzip des ATDG-Urteils (BVerfGE 133, 277 Rn. 123)?

Auch diese Fragen werden im Zusammenhang beantwortet. Die Kategorie der „hypothetischen Datenneuerhebung“, durch die das BVerfG den früher herangezogenen Maßstab, ob sich die Übermittlung noch im Rahmen der ursprünglichen Zwecksetzung der Datenerhebung befindet, ablösen will (*BVerfG*, Urteil v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 – BVerfGE 141, 220 Rn. 287), besagt, dass es für die Zulässigkeit der Übermittlung von Daten, die aus eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen stammen, darauf ankomme, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften – wofür auch die Bezeichnung „hypothetischer Ersatzeingriff“ verwendet wird (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 287). Dass ein strikt verfolgtes Konzept der hypothetischen Datenneuerhebung für einen Staat, den Schutzpflichten für die Grund-

rechte seiner Bürger treffen (Art. 99 BV), nicht durchweg tragfähig sein kann, liegt ohne Weiteres auf der Hand. Der Staat müsste ggf. auch bei erheblichen Gefährdungspotenzialen bewusst „wegsehen“. Dies erkennt auch das BVerfG, wenn es den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung sogleich wieder deutlich relativiert: „Das Kriterium der Datenneuerhebung gilt allerdings nicht schematisch abschließend und schließt die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte nicht aus“ (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 287). So stehe die Tatsache, dass die Zielbehörde bestimmte Datenerhebungen, zu denen die Ausgangsbehörde berechtigt sei, ihrerseits wegen ihres Aufgabenspektrums nicht vornehmen dürfe, einem Datenaustausch nicht prinzipiell entgegen. Sodann wird gefordert, Voraussetzung für eine Zweckänderung (und damit für eine Übermittlung an eine andere Stelle) sei, dass die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten solchen Gewichts diene, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 288). Hinzukommen muss nach der Rechtsprechung des BVerfG für die Zweckänderung (also auch: Übermittlung), dass sich aus den Daten ein konkreter Ermittlungsansatz ergibt (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 289). Insgesamt lässt sich die Auffassung des BVerfG für die Übermittlung von Daten, die aus besonders intensiven Informationseingriffen gewonnen worden sind, wie folgt zusammenfassen. Eine Übermittlung solcher Daten an eine andere Behörde ist dann zulässig, wenn

(1) diese Behörde die Information auch mit eigenen Mitteln und unter vergleichbarer Eingriffsintensität erheben dürfte oder hätte erheben können oder

(2) die Übermittlung zu einem von einem konkreten Ermittlungsansatz getragenen Schutz eines solchen Rechtsgutes erfolgt, bezüglich dessen die ursprüngliche Datenerhebung zulässig war.

Allerdings bezieht sich die vom BVerfG entwickelte Konstruktion bislang lediglich auf die Übermittlung von Daten, die durch eine Polizeibehörde (BKA) erhoben wurden. Im Urteil zum Antiterrordateigesetz (ATDG) vom 24. April 2013 (1 BvR 1215/07 –BVerfGE 133, 277 = NJW 2013, S. 1499 ff.) hatte das BVerfG noch nicht von einer hypothetischen Datenneuerhebung gesprochen, sondern von einem „informationsrechtlichen Trennungsprinzip“, das es aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet hat und das einem Informationsaus-

tausch zwischen Nachrichtendienst und Polizei grundsätzlich entgegenstehen soll (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 122 f.). Indes gelte auch ein solches informationelles Trennungsprinzip keineswegs absolut (so auch im Sinne eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses *Gusy,* in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, S. 312 [Rn. 24 a.E.]). Zwar stelle die Übermittlung von Daten von einem Nachrichtendienst an eine Polizeibehörde zum Zwecke operativer Aufgabenwahrnehmung einen besonders schweren Grundrechtseingriff dar. Sie sei damit aber nicht kategorisch ausgeschlossen, sondern zum Schutz eines herausragenden öffentlichen Interesses möglich (*BVerfG*, a.a.O..). Unklar ist allerdings, wie sich diese Grundsätze aus dem ATDG-Urteil zu denen aus dem BKAG-Urteil verhalten. Zudem betraf das ATDG-Urteil eine Verbunddatei, also einen umfassenden Datenaustausch in Echtzeit, nicht den Einzelfall bezogenen Informationsaustausch durch Datenübermittlung. Insgesamt ist die Rechtsprechung des BVerfG zur Übermittlung von Daten zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden also noch keineswegs konsolidiert. Man sollte daher auch nicht von einem verfassungsrechtlich gebotenen informationellen Trennungsprinzip sprechen.

Zusammenfassend: Da sich die Anforderungen aus dem BKAG-Urteil des BVerfG nicht ohne Weiteres auf das Recht der Nachrichtendienste übertragen lässt, ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das BayVSG nicht alle verfassungsrechtlichen Anforderungen des BVerfG erfüllen sollte. Soweit mit dem vorliegenden Gesetzentwurf zur Änderung des BayVSG Korrekturen vollzogen werden sollen, die Petita des BVerfG Rechnung tragen, erscheint dies verfassungsrechtlich jedenfalls nicht zwingend.

2. Steht die Aufhebung der Beschränkungen in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 BayVSG in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG?

Die Gesetzesbegründung zur Streichung des Satzes 2 in Art. 15 Abs. 2 BayVSG macht hinreichend deutlich, dass die bisherigen dort geregelten erhöhten Eingriffsvoraussetzungen verfassungsrechtlich nicht geboten sind.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

Gemeinsame Anhörung der Ausschüsse für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport sowie für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am Mittwoch, den 21. März 2018 im Konferenzsaal des Maximilianeums, zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz, Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763)

Antworten des Sachverständigen RiLG Dr. Markus Löffelmann zum

Fragenkatalog

A. PAG

1. Ist der Gesetzentwurf geeignet, die aus der Richtlinie (EU) 2016/680 erwachsenden Umsetzungserfordernisse abzubilden, insbesondere in den nachfolgend genannten Teilbereichen?

   a) Wurden die Pflichten des Verantwortlichen wie beispielsweise die Hinweis- und Belehrungspflichten ausreichend umgesetzt?

   Antwort: Die Pflichten der Verantwortlichen wurden überwiegend ausreichend umgesetzt. Ausnahmen bilden Art. 31 Abs. 3 S. 2 PAG-E, der keine spezifische Unterrichtung der betroffenen Person vorsieht und Art. 31 Abs. 4 S. 4 PAG-E, der bei kurzfristigen Eingriffen, an die sich keine Folgemaßnahmen anschließen, ein dauerhaftes Absehen von der Benachrichtigung erlaubt. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 25, 27 wird Bezug genommen.

   b) Wurden die Rechte der betroffenen Person wie zum Beispiel das Recht auf Berichtigung, Datenlöschung und Auskunft ausreichend umgesetzt?

   Antwort: Ja.

   c) Wie bewerten Sie die Tatsache, dass neben der neu eingeführten Datenschutzfolgenabschätzung in Art. 64 Gesetzentwurf PAG-Neuordnungsgesetz (nachfolgend: PAG-E) das Instrument der Errichtungsanordnung beibehalten und soweit dies rechtspraktisch möglich war, mit der Folgenabschätzung verbunden wurde?

   Antwort: Soweit ersichtlich, wird durch die Verbindung der Errichtungsanordnung mit einer Folgenabschätzung sachgerecht den Anforderungen von Art. 27 der Richtlinie Rechnung getragen. Ein Verzicht auf die Errichtungsanordnung ist nicht angezeigt, da im Falle automatisierter Datenverarbeitung der hier im Einzelfall nicht mögliche präventive Grundrechtsschutz durch die mit der Anordnung erfolgende Errichtung bestimmter schützender Standards ersetzt wird. Die Ergebnisse der Folgenabschätzung werden mithin in die Errichtungsanordnung einfließen.

2. Wie beurteilen Sie gemessen an den Maßgaben des BVerfG, besonders in seinem Urteil vom 20.04.2016 zum BKAG, dass Befugnisse, die tief in die Privatsphäre hineinreichen und zudem noch verdeckt erfolgen, insbesondere

   - auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein müssen,

- Gefährdungen der gewichtigen Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar sein müssen,
- die Befugnisse sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte erstrecken dürfen,
- besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und von Berufsgeheimnisträgern normiert werden müssen,
- die Befugnisse bestimmten Transparenzanforderungen unterliegen müssen,
- durch Regelungen zur Erlangung individuellen Rechtsschutzes und aufsichtlicher Kontrolle flankiert sein müssen,
- mit Löschungspflichten im Hinblick auf die erhobenen Daten ergänzt sein müssen,

die Ausgestaltung der Befugnisse im III. Abschnitt 2. Unterabschnitt PAG-E nach Art. 33 bis 47 PAG-E

Antwort: Durch den Gesetzentwurf werden insgesamt die - sowohl aktionellen als auch informationellen - Befugnisse der Polizei stark in das Gefahrenvorfeld hinein ausgedehnt. Im Gefahrenvorfeld besteht ein besonders hohes Risiko falscher Prognosen, weshalb eingriffsintensive Maßnahmen nach den vom BVerfG entwickelten Maßstäben nur unter engen Voraussetzungen und zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter verhältnismäßig sind. Sofern sich solche Maßnahmen nicht gegen Personen richten, die unmittelbar für eine Gefahr verantwortlich sind, müssen die Eingriffsschwellen noch höher liegen. Der Entwurf genügt diesen Anforderungen in zahlreichen Einzelpunkten nicht. Er überträgt die vom BVerfG aufgezeigte Möglichkeit einer behutsamen Ausweitung polizeilicher Befugnisse in das Gefahrenvorfeld zur Abwehr terroristischer Gefahren auf die Befugnisse der Polizei im Allgemeinen. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 4 - 6, 121 f., 125 wird Bezug genommen.

und erläutern Sie im Hinblick auf die Maßgaben des BVerfG im BKAG-Urteil vom 20.04.2016 bitte Folgendes:

a) Wie ist die Neugestaltung von einzelnen Befugnisnormen in folgender Hinsicht zu bewerten:

aa) Wurden die geforderten Richtervorbehalte ausreichend umgesetzt?

Antwort: Die geforderten Richtervorbehalte wurden nicht durchgehend ausreichend umgesetzt. Sie fehlen bei Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. a), Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) und Art. 39, soweit diese Befugnisse eine Ermächtigung zum Erstellen von Bewegungsbildern enthalten. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 41, 42, 50 f. wird Bezug genommen.

bb) Wie bewerten Sie die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bislang enthaltenen Straftatenkataloge?

Antwort: Die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung ist aus dogmatischer Sicht zu begrüßen und folgt der Wertung von BVerfGE 122, 120, 142, BVerfGE 125, 260, 329 und BVerfGE 141, 220, 270. Sie erscheint gleichwohl nicht zwingend und macht eine differenzierte Fassung und Engführung der Befugnisse, wie sie durch den Verweis auf Straftatenkataloge bislang erreicht wurde, nicht entbehrlich.

b) Sehen Sie im Hinblick darauf, dass bei einigen polizeilichen Befugnissen – z.B. bei der neu geschaffenen Befugnis der Postsicherstellung (Art. 35 PAG-E), aber auch bei den bereits bisher im PAG bestehenden Befugnissen „Eingriffe in den

Telekommunikationsbereich“ (Art. 42 PAG-E) und „Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme (vgl. Art. 45 PAG-E) - der mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen zum 01.08.2018 in das PAG aufgenommene Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr eingeführt wird, eine Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle und wie bewerten Sie dies verfassungsrechtlich?

Antwort: Die mit der Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr verbundene Vorverlagerung der polizeilichen Tätigkeit in das Gefahrenvorfeld betrifft nach dem Gesetzentwurf nahezu sämtliche polizeilichen Befugnisse. Hiermit ist unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eine starke und verfassungsrechtlich bei eingriffsintensiven Maßnahmen nicht mehr akzeptable Herabsetzung der polizeilichen Eingriffsschwelle verbunden. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 3 - 6 wird Bezug genommen.

c) Wie ist die Ausgestaltung der hypothetischen Datenneuerhebung zu bewerten?

Antwort: Entgegen den insoweit zu korrigierenden Ausführungen des Verf. in seiner Stellungnahme vom 14.2.2018, Rn. 90, wonach die Vorgaben des BVerfG aus dem BKAG-Urteil sachgerecht umgesetzt worden seien, ist darauf hinzuweisen, dass in Art. 48 Abs. 2 PAG-E allein auf die Identität der zu schützenden Rechtsgüter abgestellt wird und nicht auf den für das BVerfG zentralen Gedanken der Neuerhebung. Damit werden an die zweckändernde Umwidmung dieselben Maßstäbe angelegt wie an die weitere Nutzung im Rahmen der ursprünglichen Zwecke (Abs. 1), obwohl das BVerfG gerade zwischen diesen beiden Konstellationen unterscheidet. Die weitere Nutzung im Rahmen der ursprünglichen Zwecke kommt nur „seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgabe und für den Schutz derselben Rechtsgüter in Betracht“ (BVerfGE 141, 220, Rn. 279). Da in anderen Bereichen der Gefahrenabwehr i. w. S. (etwa dem nachrichtendienstlichen) die Neuerhebung nur zum Schutz noch höherrangiger Rechtsgüter zulässig sein kann, bleibt die in Art. 48 Abs. 2 PAG-E verfolgte Lösung hinter den verfassungsgerichtlichen Anforderungen zurück. Außerdem sollte kritisch hinterfragt werden, ob der Grundsatz der Datenneuerhebung im Sinne eines Automatismus auf jede Form der Zweckumwidmung angewendet werden muss. Die Äußerungen des BVerfG in BVerfGE 141, 220, 327 f., 329 weisen auf einen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hin. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 87 f., 91, 104, 106, 113, 114 wird Bezug genommen.

d) Wie bewerten Sie die Ausgestaltung der polizeilichen Befugnisse in Art. 33 bis 47 PAG-E im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit?

Antwort: Soweit die Befugnisse an die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr anknüpfen bestehen im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot erhebliche Bedenken. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 3, 4, 65, 80 wird Bezug genommen. Darüber hinaus begegnen Bestimmtheitsbedenken Art. 33 und Art. 42 Abs. 4 Nr. 1 PAG-E. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 30 f., 34, 69 wird Bezug genommen.

e) Wurden die Maßgaben des BVerfG zum Kernbereichs- und Berufsgeheimnisträgerschutz ausreichend umgesetzt?

Antwort: Die Maßgaben des BVerfG zum Kernbereichsschutz wurden für die Wohnraumüberwachung nach Art. 41 PAG-E nicht ausreichend umgesetzt. Im Übrigen entbehren die Regelungen zum Schutz grundrechtssensibler Bereiche einer schlüssigen Ordnungsidee. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 59 f., 96, 98 wird Bezug genommen.

f) Ist die Aufhebung der Unterscheidung innerhalb der Berufsgeheimnisträger in Art. 49 PAG-E zwingend erforderlich oder kann der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der Datenschutzgrundverordnung auch dadurch Folge

geleistet werden, dass eine Ausgestaltung des Art. 49 PAG-E entsprechend § 160a StPO bzw. § 62 BKAG-neu erfolgt?

Antwort: Die Anknüpfung des Schutzes von Berufsgeheimnisträgern an das Regelungsregime der StPO ist im Polizeirecht insgesamt nicht sinnvoll. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 60, 96 wird Bezug genommen.

g) Halten Sie eine besondere Rechtsgrundlage für die Maßnahme der Funkzellenabfrage für erforderlich?

Antwort: Ja. Die Funkzellenabfrage betrifft eine Vielzahl unbeteiligter Personen und eignet sich in besonderer Weise zum Erstellen von Bewegungsbildern, weshalb ihr gegenüber anderen Maßnahmen der Verkehrsdatenabfrage eine besondere Eingriffsintensität zukommt. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 74 wird ergänzend Bezug genommen.

h) Sind die vom BVerfG statuierten Unterrichtungspflichten ausreichend abgebildet?

Antwort: Ja.

i) Wie bewerten Sie allgemein die Einrichtung einer „Zentralen Datenprüfstelle“ als unabhängige Stelle zur Vermeidung von Kernbereichsverletzungen (Art. 41 Abs. 5, 42 Abs. 7, Art. 45 Abs. 4 und Art. 53 Abs. 3 PAG-E; Art. 13 f. POG-E)?

Antwort: Die Einrichtung einer unabhängigen Stelle entspricht den Forderungen von BVerfGE 141, 220, 294.

aa) Ist es nach den Vorgaben des BVerfG möglich, die geforderte Sichtung der Daten einer solchen Stelle zu übertragen, die nicht bei der Judikative angesiedelt ist?

Antwort: Ja.

bb) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit?

Antwort: Die konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenngleich einfachrechtlich eine andere, noch wirksamere Ausgestaltung denkbar wäre.

cc) Wie bewerten Sie die vorgesehene Möglichkeit, polizeilichen Sachverstand hinzuziehen zu können (vgl. Art. 13 Abs. 4 POG-E)?

Antwort: Unter Praktikabilitätsgesichtspunkten dürfte diese Möglichkeit unverzichtbar sein. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 71 wird Bezug genommen.

3. Zur Ergänzung polizeilicher Befugnisnormen:

a) Wie bewerten Sie die DNA-Analyse als (neue) erkennungsdienstliche Maßnahme nach Art 14 Abs. 3 PAG-E?

Antwort: Die DNA-Analyse als erkennungsdienstliche Maßnahme wird nicht den erhöhten Anforderungen, die von Verfassung wegen an eine solche Ermächtigungsgrundlage zu stellen sind, gerecht. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 7 f. wird Bezug genommen.

b) Wie bewerten Sie die Befugnis der Meldeanordnung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PAG-E?

Antwort: Die Regelung der Meldeanordnung genügt nicht dem Kriminalvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 Alt. 5 GG. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 11 wird Bezug genommen.

c) Stellt die vorgesehene Regelung zur Sicherstellung von unbaren Vermögensrechten (Art. 25 Abs. 2 PAG-E) eine angemessene Reaktion auf die Rechtsprechung des BayVGH dar?

Antwort: Nein. Die Regelung begegnet unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erheblichen Bedenken. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 19 f. wird Bezug genommen.

d) Halten Sie Art. 22 Abs. 1 Satz 1 PAG-E für eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Durchsuchung vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennte Speichermedien? Halten Sie in Art. 22 Abs. 2 PAG-E Vorkehrungen zum Schutz von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen oder über deren Inhalt nach §§ 53, 53a StPO das Zeugnis verweigert werden könnte, für erforderlich?

Antwort: Die Regelung berücksichtigt nicht die unterschiedliche Qualität und u. U. besondere Schutzbedürftigkeit der gespeicherten Daten. Es gibt keinen Grund, den Schutz besonders sensibler Daten hier zu versagen. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 14 - 16 wird Bezug genommen.

e) Ist Art. 25 Abs. 3 PAG-E eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für diese Befugnis oder halten Sie ist einen Richtervorbehalt für erforderlich?

Antwort: Es gilt das unter oben d. Gesagte. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 14 ff., 21 wird Bezug genommen.

f) Wie bewerten Sie die konkrete Ausgestaltung der Regelung zur molekulargenetischen Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft (Art. 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 PAG-E) im Hinblick auf den Rechtseingriff?

Antwort: Die Weiterung ist aus Praktikersicht zu begrüßen und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 29 wird Bezug genommen.

g) Wie bewerten Sie die Regelungen der Bildaufnahmen und Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E?

Antwort: Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E dürfte aufgrund von Bestimmtheitsmängeln verfassungswidrig sein. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 30 f. wird Bezug genommen.

h) Stellt Art. 33 Abs. 4 PAG-E eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz von Bodycams dar? Ergibt sich aus den am 28.02.2018 vorgestellten Ergebnissen der AG Bodycam Änderungsbedarf für die vorgesehene Regelung?

Antwort: Verfassungsrechtlich problematisch erscheint die Rechtsgrundlage nur, soweit sie den Einsatz von Bodycams in Wohnungen zum Schutz dritter Personen betrifft. Im Übrigen ist die Regelung nicht zu beanstanden. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 32 wird Bezug genommen. Ob sich aus den Ergebnissen der AG Bodycam Änderungsbedarf ergibt, vermag der Verf. nicht einzuschätzen.

i) Stellen die vorgesehenen Regelungen zur Erhebung und Auswertung von Bild- und Videomaterial (Art. 33 Abs. 5 und 61 Abs. 1 und 2 PAG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz sog. intelligenter Videoüberwachung durch Muster- und Gesichtserkennung dar?

Antwort: Die Verwendung automatisierter Erkennungs- und Auswertungssysteme erhöht beträchtlich die Eingriffsintensität informationeller Maßnahmen und ist daher nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig. Art. 33 Abs. 5 genügt diesen Anforderungen nicht, Art. 61 Abs. 2 PAG-E dürfte hingegen unbedenklich sein. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 33 f. wird Bezug genommen.

j) Sind bezüglich der Durchführung verdeckter polizeilicher Maßnahmen Annexkompetenzen anzuerkennen, wenn die Maßnahme ohne Überwindung besonderer (Zutritts-)Sicherungen etwa an Türen andernfalls nicht durchführbar wäre, oder bedürfte es hierzu einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage?

Antwort: Einer ausdrücklichen Regelung bedarf es nur dann nicht, wenn die Ermächtigungsgrundlage der insoweit erhöhten Eingriffsqualität durch eine angemessene Anordnungsschwelle bereits Rechnung trägt *und* die Ermächtigungsnorm sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranke des betroffenen Grundrechts bewegt. Auf die Stellungnahme des Verf. vom 14.2.2018, Rn. 62, 78, 85 wird Bezug genommen.

k) Halten Sie die Regelung des Art. 86 Abs. 1 Satz 2 PAG-E, wonach besondere Sprengmittel, wie z.B. Handgranaten, gegen Personen in bestimmten Sachlagen zulässig ist, für verhältnismäßig und - gemessen an den rechtsstaatlichen Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit - auch für bestimmt genug?

Antwort: Da der Einsatz von Sprengmitteln stets mit einer massiven Gefährdung unbeteiligter Personen verbunden ist (vgl. auch die hohen Strafdrohungen der §§ 308, 310 StGB), erscheint eine entsprechende Ermächtigung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten jedenfalls in hohem Maße verfassungsrechtlich problematisch. Spezifische verfassungsgerichtliche Maßstäbe zu diesem Problem liegen - soweit ersichtlich - bislang nicht vor. BVerfGE 115, 118, 152 f. (Luftsicherheitsgesetz) lässt sich der allgemeine Gedanke entnehmen, dass das Inkaufnehmen der Tötung Unbeteiligter zur Abwehr einer Gefahr mit dem Menschenwürdegehalt des Rechts auf Leben nicht zu vereinbaren ist.

l) Wird durch die neue Kostenpflicht des Art. 93 PAG-E die bislang unzureichende Kostenerhebungsmöglichkeit bei doppelfunktionalen Maßnahmen einer praktikablen Lösung zugeführt?

Antwort: Ja.

m) Wie bewerten sie die in Art. 94 PAG-E vorgesehene Möglichkeit, präventivpolizeiliche Opferschutzmaßnahmen treffen zu können?

Antwort: Die Möglichkeit präventivpolizeilicher Opferschutzmaßnahmen ist zu begrüßen.

4. Zur Ergänzung des BayDSG:

Stellt die im allgemeinen Datenschutzrecht vorgesehene Regelung zur Erhebung und Verarbeitung von DNA-Material (Art. 29 Abs. 5 bis 6 BayDSG-E) eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Errichtung einer DNA-Referenzdatenbank zum Ausschluss von Trugspuren dar?

Antwort: Da die Regelung auf einen bestimmten Kreis von möglichen Spurenverursachern begrenzt ist und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung berücksichtigt werden kann, dass es sich bei den Betroffenen um Personen handelt, die in einem Sonderrechtsverhältnis stehen, dürfte die Regelung keinen Bedenken begegnen.

B. BayVSG

1. Inwieweit sind die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar? Hierbei sollen besonders folgende Aspekte berücksichtigt werden:

   a) Welche Bedeutung kommt dabei der Aussage des ATDG-Urteils zu, die Rechtsordnung unterscheide zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können (BVerfGE 133, 277 Rn. 122)?

   Antwort: Die vom BVerfG vorgenommene Differenzierung - in die ergänzend als dritte Säule des Sicherheitsrechts noch des Recht der Strafverfolgung einzubeziehen ist - hat fundamentale Bedeutung für das Verständnis und die verfassungsgemäße Ausgestaltung der deutschen Sicherheitsarchitektur. Nach dieser Differenzierung stehen die Tätigkeiten der Nachrichtendienste, der Polizeien und der Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich in einem komplementären Verhältnis. Dies bedeutet, dass Kompetenzüberschneidungen nach Möglichkeit zu vermeiden und ein funktionierender Datenaustausch zwischen den jeweiligen Bereichen zu gewährleisten ist. Auf diese Weise kann zudem die „Überwachungsgesamtbilanz“ möglichst grundrechtsschonend ausfallen. Die beabsichtigte weitere Ausdehnung der polizeilichen Tätigkeiten in das Gefahrenvorfeld durch den PAG-E läuft dem Konzept der komplementären Aufgabenwahrnehmung zuwider.

   b) Welche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass dem Verfassungsschutz als Nachrichtendienst keine exekutiv-polizeilichen Befugnisse zustehen (Art. 5 Abs. 2 BayVSG)?

   Antwort: *Gusy*, Grundrechte und Verfassungsschutz, 2011, S. 2 f.: „Weil die Polizei vergleichsweise enge Ermittlungsspielräume hat, darf sie sehr weitgehende Mittel einsetzen. Weil hingegen die deutschen Nachrichtendienste sehr weitgehende Ermittlungsspielräume haben, sind ihnen ‚polizeiliche Befugnisse‘ gerade versagt. (...) Die Polizei darf weniger wissen und daher ihr Wissen auch zu sehr eingreifenden Maßnahmen gegen die Bürger verwenden. Die Nachrichtendienste dürfen mehr wissen und dieses Wissen daher weniger zu Lasten der Bürger einsetzen. Wer (fast) alles weiß, soll nicht alles dürfen; und wer (fast) alles darf, soll nicht alles wissen.“

   c) Wie wirkt sich die durch das Trennungsgebot in Deutschland bewirkte Aufgliederung des Gefahrenabwehrprozesses in Gefahrenerforschung (Nachrichtendienste) und Gefahrenintervention (Polizeibehörden) auf den Grundrechtsschutz des Betroffenen im Vergleich zu einem monistischen Modell aus, wie es z.B. in Gestalt des Österreichischen Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung verwirklicht ist?

   Antwort: In einem System komplementärer Aufgabenbereiche können, wenn es konsequent umgesetzt wird, die jeweiligen Befugnisse bereichsspezifischer zugeschnitten und damit insgesamt grundrechtsschonender begrenzt werden. So macht z. B. der Einsatz von V-Leuten im Bereich der Nachrichtendienste deutlich mehr Sinn als im Bereich der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung. Ein erhöhtes Schutzniveau ergibt sich ferner für personenbezogene Daten, deren Übermittlung an andere Behörden in einem komplementären System stets der besonderen Rechtfertigung bedarf. „Grundrechtliche Verschonungsinteressen erlangen (…) im arbeitsteiligen Modell

(…) ein relativ höheres Gewicht als dort, wo Informationsbeherrschungs- und Zwangsbefugnisse innerhalb einer Behörde zusammenfallen“ (*Gärditz*, EuGRZ 2018, 6, 12).

d) Welche Bedeutung haben die Anforderungen des BKAG-Urteils an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle für den Verfassungsschutz? Insbesondere:

aa) Wie wirkt es sich aus, dass Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und Art. 45d GG den individuellen Rechtsschutz des Betroffenen gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch parlamentarisch bestellte Organe oder Hilfsorgane ersetzt?

Antwort: Die Kontrolle durch parlamentarisch bestellte Organe wirkt sich insbesondere in Gestalt einer defizitären öffentlichen Kenntnis über die Tätigkeit der Nachrichtendienste (und eines dadurch bedingten Vertrauensmangels) sowie einer defizitären durch die Rechtsprechung veranlassten Rechtsentwicklung aus. Entsprechend leidet das Recht der Nachrichtendienste insgesamt an einer mangelhaften dogmatischen Struktur und Durchdringung.

bb) Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass die EU-Polizei-Justiz-Richtlinie, deren Gleichlauf mit dem deutschen Verfassungsrecht das BKAG-Urteil betont (Rn. 134, 138), für Nachrichtendienste nicht gilt?

Antwort: Dass der Bereich der nachrichtendienstlichen Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich von EU-Recht ausgenommen ist, stellt nach Kenntnis des Verf. eher die Regel dar. Dies unterstreicht, dass an das Recht der Nachrichtendienste wegen deren besonderen Aufgabenzuschnitts nicht dieselben Maßstäbe angelegt werden kann wie an das Polizei- und Strafverfolgungsrecht.

e) Inwieweit lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung auf Übermittlungsvorgänge des Verfassungsschutzes übertragen? Insbesondere:

aa) Inwieweit verringert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass Informationen aus dem Kernbereich der privaten Lebensführung bereits vor der Übermittlung herausgefiltert werden (Art. 8a BayVSG-E)?

Antwort: Nach den Ausführungen des BVerfG handelt es sich beim Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung um eine Ausprägung des Zweckbindungsgrundsatzes, die grundsätzlich bereichsübergreifend für jede hoheitliche Verarbeitung personenbezogener Daten gilt, die durch eingriffsintensive Maßnahmen erlangt wurden. In der Rechtsprechung des BVerfG ist allerdings auch der Gedanke angelegt, dass das Eingriffsgewicht der Datenweiterverarbeitung als geringer anzusehen sein kann als das der Datenerhebung, da der spezifische Erhebungseingriff nicht mehr erforderlich ist (vgl. BVerfGE 109, 279, 378). Umgekehrt kann sich allerdings durch ein Zusammenführen personenbezogener Daten aus verschiedenen Quellen das Eingriffsgewicht der Weiterverarbeitung auch erhöhen (vgl. nur BVerfGE 115, 320). Nach diesen Maßstäben verringert sich zweifellos das Eingriffsgewicht durch das Herausfiltern kernbereichsrelevanter Daten vor der Übermittlung. Außerdem sprechen diese Maßstäbe gegen eine schematische Anwendung des Grundsatzes der Datenneuerhebung, zumal dieser - verstanden als Automatismus - zwangsläufig zu einer Ausdehnung der Datenerhebungsbefugnisse in allen Bereichen des Sicherheitsrechts

auf den größten gemeinsamen Nenner führen muss, um eine möglichst barrierefreie Datenübermittlung zu gewährleisten.

bb) Inwieweit verändert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass der Verfassungsschutz grundsätzlich keine Rohdaten übermittelt, sondern verdichtete und aufbereitete Auswertungsergebnisse?

Antwort: Das Eingriffsgewicht einer Überwachungsmaßnahme ist nach einer nicht abgeschlossenen Vielzahl von Parametern zu bestimmen, u. a. der Gesamtmenge erhobener Daten, der Streubreite der Maßnahme und der Art der Daten (vgl. näher *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil VI § 3 Rn. 5 m. zahlr. w. N.). Durch das Verdichten und Aufbereiten von Daten verringert sich die Menge der verarbeiteten Daten und die Streubreite der Maßnahme, andererseits erhöht sich der Aussagegehalt der Daten. Der spezifische Erhebungseingriff kommt auf dieser Stufe nicht mehr zum Tragen. Grundsätzlich verringert sich bei separater Betrachtung das Gewicht einer nachfolgenden Datenverarbeitung gegenüber der Ersterhebung (so auch *Gärditz*, EuGRZ 2018, 6, 12), wenngleich es sich in der Summe im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG um eine weitere „Vertiefung“ des Ersteingriffs handelt. In bestimmten Fällen kann der Weiterverarbeitung allerdings auch eine neue eigenständige Eingriffsqualität zukommen, dann nämlich, wenn Daten aus verschiedenen Quellen zusammengeführt werden und sie dadurch eine neue Aussagekraft erhalten.

cc) In welchem Verhältnis steht der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils zum informationellen Trennungsprinzip des ATDG-Urteils (BVerfGE 133, 277 Rn. 123)?

Antwort: Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung stellt eine Ergänzung des informationellen Trennungsprinzips dar, die verhindern soll, dass dieses unterlaufen wird. Beide Prinzipien folgen aus dem Grundsatz der Zweckbindung. Zu beachten ist, dass sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung - anders als der strafprozessuale Grundsatz des hypothetischen Ersatzeingriffs, dem er nachgebildet ist - ausschließlich auf spezifisch verfassungsrechtliche Eingriffsschwellen bezieht, was bei der Umsetzung in einfaches Recht dem Gesetzgeber einen größeren Gestaltungsspielraum eröffnet (vgl. BVerfGE 141, 220, 327 f.).

2. Steht die Aufhebung der Beschränkungen in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 BayVSG in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG?

Antwort: Dass die Beschränkung in Art. 15 Abs. 2 S. 2 BayVSG auf ein zwingendes verfassungsrechtliches Gebot zurückgehe, ist nicht erkennbar. Die Beschränkung folgt derjenigen in § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG. Hintergrund der Einschränkung war dort die Überlegung, dass die nach § 8a BVerfSchG zu erlangenden Daten die Grundlage für die Erstellung von Bewegungsprofilen und Gewinnung von Erkenntnissen über persönliche Kontakte bilden können und deshalb über eine besondere Eingriffsintensität verfügen. Insgesamt ist die Rechtslage hierzu in Bund und Ländern uneinheitlich, weshalb eine schlüssige und homogene Rechtslage angestrebt werden sollte.

München, den 14.03.2018 Dr. Markus Löffelmann

Stellungnahme
zum Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 30. Januar 2018 Bayerischer Landtag Drucksache 17/20425

im Auftrag der Fraktion der SPD im Bayerischen Landtag

von RiLG Dr. Markus Löffelmann, München

Dieses Gutachten ist urheberrechtlich geschützt. Seine Vervielfältigung, Weitergabe oder Veränderung, ganz oder in Ausschnitten, ist nur mit Zustimmung des Verfassers zulässig.

A. Inhaltsverzeichnis

A. Inhaltsverzeichnis 2
B. Gutachterliche Stellungnahme 3
I. Vorbemerkung 3
II. Einzelne Kritikpunkte 4
1. Zu Art. 11 Abs. 3 PAG-E (drohende Gefahr): 4
2. Zu Art. 14 Abs. 3 PAG-E (DNA-Analyse): 11
3. Zu Art. 15 Abs. 3 PAG-E (Vorführung): 13
4. Zu Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG-E (Meldeanordnung): 14
5. Zu Art. 18 Abs. 1 S. 2 bis 5 PAG-E (Verzicht auf persönliche Anhörung): 14
6. Art. 22 Abs. 1 Nr. 6 PAG-E (Durchsuchung von Sachen an einer Kontrollstelle): 15
7. Art. 22 Abs. 2 PAG-E (Erstreckung der Durchsuchung auf getrennte Speichermedien): 15
8. Zu Art. 23 PAG-E (Betreten und Durchsuchen von Wohnungen): 17
9. Zu Art. 24 Abs. 2 S. 2 PAG-E (Zuziehung von Durchsuchungszeugen): 17
10. Zu Art. 25 PAG-E (Sicherstellung): 17
11. Zu Art. 29 PAG-E (Wahrnehmung grenzpolizeilicher Aufgaben): 19
12. Zu III. Abschnitt PAG-E (Datenverarbeitung): 19
13. Zu Art. 30 PAG-E (Allgemeine Grundsätze): 21
14. Zu Art. 31 PAG-E (Grundsätze der Datenerhebung): 22
15. Zu Art. 32 PAG-E (Datenerhebung): 24
16. Zu Art. 33 PAG-E (Offene Bild- und Tonaufnahmen): 25
17. Zu Art. 34 PAG-E (Elektronische Aufenthaltsüberwachung): 29
18. Zu Art. 35 PAG-E (Postsicherstellung): 29
19. Zu Art. 36 PAG-E (Besondere Mittel der Datenerhebung): 31
20. Zu Art. 37 und 38 PAG-E (Einsatz Verdeckter Ermittler und von Vertrauenspersonen): 35
21. Zu Art. 39 PAG-E (Automatisierte Kennzeichenerfassungsysteme): 37
22. Zu Art. 40 PAG-E (Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung): 39
23. Zu Art. 41 PAG-E (Einsatz technischer Mittel in Wohnungen): 40
24. Zu Art. 42 PAG-E (Eingriffe in den Telekommunikationsbereich): 44
25. Zu Art. 43 PAG-E (Mitwirkungspflichten der Diensteanbieter): 48
26. Zu Art. 44 PAG-E (Besondere Verfahrensregeln für Maßnahmen nach Art. 42 und 43): 50
27. Zu Art. 45 PAG-E (Online-Durchsuchung): 51
28. Zu Art. 46 PAG-E (Rasterfahndung): 55
29. Zu Art. 47 PAG-E (Einsatz von unbemannten Luftfahrtsystemen): 56
30. Zu Art. 48 PAG-E (Weiterverarbeitung von Daten): 57
31. Zu Art. 49 PAG-E (Schutz von Berufsgeheimnisträgern und des Kernbereichs): 59
32. Zu Art. 50 bis 52 PAG-E (Benachrichtigung, Kontrolle, Berichtspflichten): 61
33. Zu Art. 53 bis 65 PAG-E (Datenspeicherung, -übermittlung und sonstige Datenverarbeitung): 62
34. Zu Art. 78 bis 86 PAG-E (unmittelbarer Zwang): 68
35. Zu Art. 92 PAG-E (gerichtliche Entscheidungen): 70
36. Zu Art. 93 S. 2 und Art. 94 PAG-E (Kostentragungspflicht und Opferschutzmaßnahmen): 70
37. Zur „Gesamtbilanz“: 70
III. Zusammenfassende Bewertung 72
IV. Handlungsempfehlungen 78
C. Literatur (Kommentare und Monografien): 79

B. Gutachterliche Stellungnahme

I. Vorbemerkung

1

Das Recht der Sicherheitsbehörden auf Bundes- und Länderebene ist, namentlich determiniert durch die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, terroristische Anschläge und Bedrohungslagen sowie Erkenntnisse aus Untersuchungsausschüssen in einem Erneuerungsprozess begriffen. Für die letzten Jahre zu nennen sind für den Bereich des Polizeirechts die Novellierung des BPolG[1] und des BKAG im Jahr 2017[2] sowie die Änderung des BayPAG mit dem Gesetz vom 24.07.2017[3]. In den Ländern Hessen[4] und Baden-Württemberg[5] befinden sich aktuelle Änderungsgesetze im Gesetzgebungsverfahren. Im Bereich des Rechts der Nachrichtendienste wurden auf Bundesebene substanziell geändert das BVerfSchG in den Jahren 2015 bis 2017[6] und das BNDG im Jahr 2016.[7] Auf Länderebene sind in Bereich des Rechts der Nachrichtendienste zu erwähnen die Novellierungen der Verfassungsschutzgesetze von Nordrhein-Westfalen 2013[8], Thüringen 2015[9], Bayern 2016[10] und Niedersachsen 2016[11], sowie die Entwürfe in Baden-Württemberg[12] und Hessen[13]. Im Bereich der Strafverfolgung wurde im Jahr 2015 (erneut) die sog. „Vorratsdatenspeicherung" geregelt[14] und zuletzt mit dem Gesetz vom 17.08.2017 die sog. „Online-Durchsuchung" eingeführt.[15] Übergreifend ist bei allen Änderungen eine klare Tendenz zur Ausweitung eingriffsintensiver sicherheitsbehördlicher Befugnisse festzustellen.

2

Im Kontext dieser Entwicklung ist auch der gegenständliche Gesetzentwurf zu sehen, der sich in einigen Punkten an Reformbemühungen auf Bundesebene und in anderen Ländern anlehnt, ganz überwiegend aber eine eigene Agenda verfolgt und darin eine Vorbildrolle für ganz Deutschland erblickt.[16] Namentlich soll der Entwurf neben der Umsetzung der Vorgaben der Europäischen Datenschutzricht-

[1] BGBl. I 2017, 1066.
[2] BGBl. I 2017, 1354.
[3] GVBl. 2017, 388.
[4] Vgl. Art. 3 unter Hessischer Landtag Drucksachen 19/5412 und 19/5782.
[5] Vgl. Landtag von Baden-Württemberg Drucksache 16/2741.
[6] BGBl. I 2015, 1938; 2016, 1818; 2017, 1634 und 2017, 2097.
[7] BGBl. I 2016, 3346.
[8] GV. NRW 2013, 367.
[9] ThürGVBl. 2014, 529.
[10] GVBl. 2016, 145.
[11] GVBl. NI 2016, 194.
[12] Vgl. Landtag von Baden-Württemberg Drucksache 16/2740.
[13] Vgl. Hessischer Landtag Drucksache 19/5412.
[14] BGBl. I 2015, 2218.
[15] BGBl. I 2017, 3202.

linie (EU) 2016/680 und der vom BVerfG in seinem Urteil zum BKAG konsolidierten und neu entwickelten Maßstäbe dem Zweck dienen, dass *„die mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (LT-Drs. 17/16299) erfolgte Novellierung zeitnah fortgeführt* (wird), *was die dem Stand der Technik entsprechende Ergänzung und noch effektivere Ausgestaltung wichtiger weiterer polizeilicher Instrumentarien betrifft, um auf die aktuelle Gefährdung durch vielfältige Formen des Terrorismus, Extremismus, aber auch durch anderweit motivierte gewichtige Bedrohungslagen bis hin zu Cyberangriffen reagieren zu können"* (S. 64[17]). Nähere Ausführungen zu Art und Gewicht der Gefahrenlagen, deren Verhinderung und Bekämpfung das Gesetz dienen soll, sowie zu etwaigen in der bisherigen Polizeipraxis aufgetretenen Defiziten enthält der Gesetzentwurf nicht.

II. Einzelne Kritikpunkte

1. Zu Art. 11 Abs. 3 PAG-E (drohende Gefahr):

a) Bestimmtheitsdefizite:

3

Mit dem Gesetz vom 24.07.2017 führte der bayerische Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 3 PAG die neue Kategorie der „drohenden Gefahr" ein und erweiterte damit eine Anzahl polizeilicher Befugnisse, die auf diese Gefahrkategorie Bezug nehmen. Bereits im damaligen Gesetzgebungsverfahren war diese Weiterung starker Kritik ausgesetzt.[18] Es wurde eingewendet, durch die Anknüpfung polizeilicher Befugnisse an eine lediglich „drohende Gefahr" werde der Aufgabenbereich der Polizei weit in das Gefahrenvorfeld ausgedehnt und damit gezielt eine weitere „Vernachrichtendienstlichung" der Polizei[19] betrieben. Die konkrete Gefahr als bislang klare Eingriffsschwelle und deutliches Abgrenzungskriterium zu den Vorfeldbefugnissen der Nachrichtendienste werde aufgegeben.[20] Zudem sei der Begriff der „drohenden Gefahr", der lediglich Formulierungen des BVerfG paraphrasiere, selbst sehr vage, seine einfachgesetzliche Ausgestaltung in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG weise zahlreiche unbestimm-

[16] Vgl. Pressemitteilung Nr. 33/2018 vom 07.02.2018 des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr.
[17] Die Zitierung der Entwurfsbegründung folgt der Fassung des Gesetzentwurfs vom 28.11.2017 (Verbändeanhörung).
[18] Namentlich durch die Sachverständigen *Stockinger*, *Wächtler* und den *Verf.*; vgl. ferner *Brodmerkel*, BayRVR v. 09.03.2017 (Net-Dok. BayRVR2017030901) und *Heidebach*, BayRVR v. 13.03.2017 (Net-Dok. BayRVR2017031301) sowie ausf. *Löffelmann*, BayVBl. Heft 5/2018 (erscheint am 1. März 2018); gegen das Gesetz sind mittlerweile mehrere Popularklagen beim BayVerfGH anhängig, bzw. in Vorbereitung.
[19] Vgl. zu diesem Begriff *Dietrich*, in: Dietrich/Eiffler, Teil III § 3 Rn. 8 m.w.N.; *Paeffgen*, StV 2002, 336; *Paeffgen*, GA 2003, 647.
[20] Nach BVerfGE 133, 277, 327 seien der Polizei „Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen", Voraussetzung ihres Handelns sei „in der Regel, dass Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr" vorlägen; vgl. auch näher und für eine Beibehaltung des Gefahrbegriffs als „klare Grenzlinie zwischen dem Bereich der - oberhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten - Gefahrenabwehr und ihrem - unterhalb der Gefahrenschwelle angesiedelten - informationellen Vorfeld" *Möstl*, S. 180 f.

te Kriterien auf, die durch die Polizei selbst ausgefüllt werden müssten. Im Einzelnen handelt es sich dabei (in der Reihenfolge ihrer Erwähnung im Gesetztext) um folgende Merkmale:

- „bedeutendes Rechtsgut“[21],
- „das individuelle Verhalten einer Person“[22],
- „konkrete Wahrscheinlichkeit“[23],
- „Vorbereitungshandlungen“[24],
- „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“[25],
- „in absehbarer Zeit“[26],
- „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung“[27],
- „erhebliche Eigentumspositionen“[28],
- „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“[29].

Auch aus dem Begriff der „drohenden Gefahr“ selbst lässt sich kein Anhalt für eine Konkretisierung entnehmen. Der Gesetzgeber hat den Begriff der Rechtsprechung des BVerfG entlehnt[30], ohne zu berücksichtigen, dass „drohend“ dort nicht in einem die Qualität des Subjekts näher kennzeichnenden attributiven Sinn (wie im Falle von „abstrakt“, „konkret“, „dringend“, „gegenwärtig“) Verwendung findet, sondern als Prädikat.[31] Zusätzlich stiftet Verwirrung, dass der Begriff der „drohenden Gefahr“

[21] Soweit ersichtlich, wird der Begriff vom BVerfG überhaupt nur in BVerfGE 81, 310, 334 verwendet, ohne dort aber näher ausgefüllt zu werden. In BVerfGE 141, 220, 335 f. verweist das BVerfG im Zusammenhang mit der Übermittlung von Daten mit dem Begriff „Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut“ lediglich auf eine Auslegung des Begriffs der „erheblichen Gefahr“ im allgemeinen Sicherheitsrecht. Aus sich heraus vermittelt der Begriff keinerlei Einschränkung, denn „unbedeutende“ im Gegensatz zu „bedeutenden“ Rechtsgütern gibt es nicht. Ferner ergibt sich aus dem thematischen Zuschnitt des Katalogs keine substanzielle Begrenzung, denn zu den die genannten Rechtsgüter potenziell verletzenden Handlungen zählen z.B. auch einfache, sogar fahrlässige, Körperverletzungen, Sachbeschädigungen oder sexuell motivierte Belästigungen.

[22] Die Formulierung ist tautologisch; vgl. auch die Kritik an der mangelhaften Bestimmtheit der Formulierung in der Stellungnahme Nr. 33/2017 des Deutschen Anwaltvereins von April 2017 zum Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes, S. 27.

[23] Im gewöhnlichen wie auch juristischen Sprachgebrauch werden Wahrscheinlichkeiten üblicherweise nicht als „konkret“ charakterisiert, sondern im Rahmen einer ordinalen Skala zum Beispiel als niedrig, mittel oder hoch eingeordnet (vgl. etwa *Denninger*, in: Lisken/Denninger, Teil D Rn. 46, 52; *Pieroth*/*Schlink*/*Kniesel*, § 4 Rn. 6 f.; *Fischer*, § 63 Rn. 15 m. w. N.).

[24] Der normativ aufgeladene Begriff impliziert unausgesprochen eine im Gefahrenvorfeld noch gar nicht vorhandene Kenntnis dessen, was vorbereitet wird, wobei der Gesetztext im Unklaren lässt, worauf sich die Vorbereitung beziehen muss.

[25] Nach welchen Maßstäben die Klassifizierung des Geschehens als „seiner Art nach konkretisiert“ vorzunehmen sei (etwa nach Herkunft oder Gesinnung, Geschlecht, Alter oder Körpergröße der handelnden oder betroffenen Personen, Örtlichkeit, Deliktscharakter des Handelns, Art und Maß der polizeilichen Reaktion, etc. pp.), bleibt völlig im Unklaren.

[26] Soweit ersichtlich wird dieser Begriff im Sicherheitsrecht sonst nicht verwendet. Das BKAG benutzt seit der Novelle 2017 die etwas konkretere Formulierung „innerhalb eines übersehbaren Zeitraums“, vgl. §§ 20y, 20z BKAG.

[27] Im Bereich des Strafverfahrensrechts wird mit dem Begriff „erheblich“ ein mittleres Niveau von Rechtsgutbeeinträchtigungen umschrieben (vgl. BVerfGE 103, 21, 33 f.; 107, 299, 321 f.; 110, 33, 65). Wann einem Angriff eine mittlere „Intensität“ oder „Auswirkung“ zukommt, ist völlig unklar, zumal ein substanziell unterschiedlicher Bedeutungsgehalt der beiden alternativ verknüpften Begriffe nicht erkennbar ist.

[28] Auch dieser Begriff hat - soweit ersichtlich - im geltenden Verfassungsrecht und Sicherheitsrecht kein Vorbild.

[29] Öffentliche Straßen und Wege, Zäune, Mauern, Gebäude, Bäume, Schilder, Skulpturen, „Stolpersteine“, Leitpfosten, Blumenkübel, Rasenflächen, etc. pp.

[30] Vgl. BVerfGE 100, 313, 316; 115, 118, 145; 120, 274, 326; 125, 260, 330 f.; 141, 220, 272 f., 305.

[31] Gefahren sind drohende Rechtsgutsverletzungen. In Zusammenhänge wie den vom BVerfG beschriebenen gestellt, führt die Rede von der „drohenden Gefahr“ deshalb zu unsinnigen Doppelungen (etwa „eine im Einzelfall drohende drohende Gefahr“). Bereits unter sprachlichen Aspekten wäre daher eine andere Begriffsbildung vorzugswürdig (vgl. etwa *Thiel*,

bereits in der bisherigen polizeirechtlichen Literatur sowohl als Synonym für eine konkrete[32] als auch für eine gegenwärtige Gefahr[33] gebraucht wird. In einem technischen Sinne, der auf das Gefahrenvorfeld verweist, findet der Begriff hingegen in § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10, also im Bereich nachrichtendienstlicher Regelungsmaterie, Verwendung. Im dortigen Zusammenhang wird deutlich, dass drohende Gefahren gerade keine Gefahren sind, sondern eine Bedrohungslage kennzeichnen, für deren Bestehen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen müssen, d. h. es darf sich nicht um eine lediglich gefühlte oder vermutete Bedrohung handeln.[34] Hinzu kommt, dass sich aus dem Gesetztext nicht deutlich erschließt, in welchem systematischen Zusammenhang die einzelnen Befugnisvoraussetzungen zueinander stehen. So verlangt zwar Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG, dass die beabsichtigten Maßnahmen auf die Verhinderung der „Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zielen, lässt aber für die Feststellung einer „drohenden Gefahr“ eine durch „das individuelle Verhalten einer Person“ (Nr. 1) oder „Vorbereitungshandlungen“ bzw. andere „bestimmte Tatsachen“ (Nr. 2) konkretisierte Erwartung von „Angriffen von erheblicher Intensität oder Auswirkung“ - die sich also nicht gegen „bedeutende Rechtsgüter“ richten müssen - ausreichen. Nicht die Bezugnahme auf den Katalog bedeutender Rechtsgüter[35], der nur hinsichtlich der subjektiven Zielsetzung der Maßnahme eine Rolle spielt („um ... zu“), sondern die Qualität der zu erwartenden Angriffe stellt damit das eigentliche objektive (wenig) begrenzende Merkmal dar, wobei offen bleibt, wogegen sich die Angriffe richten müssen und ob gegebenenfalls auch die Erwartung eines singulären Angriffs ausreicht. Hinzu kommt, dass das BVerfG die situationsbezogene („ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“) und die personenbezogene Komponente („dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Maßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und koordiniert werden kann“) als kumulative Erfordernisse eines Tätigwerdens im Gefahrenvorfeld ansieht[36], Art. 11 Abs. 3 PAG hingegen als alternative Voraussetzungen. In konkretisierender Umsetzung der generalisierenden Formulierung des BVerfG, die viel Spielraum für gesetzgeberische Entscheidungen lässt, wäre es denkbar, beispielhaft Indizien zu benennen[37], aus denen auf die Wahrscheinlichkeit eines Gefahreintritts geschlossen werden kann.[38] Ein Beispiel für eine verfassungsrechtlich nicht beanstandete[39] Ausgestaltung von Vor-

S. 303, der mit Blick auf die missverständlichen Ausführungen in BVerfGE 120, 274, 329 die Begrifflichkeiten „konkrete Gefahrerwartung“ oder „konkrete Gefahrenbesorgnis“ vorschlägt; *Möstl*, DVBl. 2007, 581, 587 f. und *Möstl*, DVBl. 2010, 808, 810 f.: „konkreter personenbezogener Gefahrverdacht“; *Streiß*, S. 111: „präsumtive Gefahr“).

[32] Vgl. etwa *Schmidbauer/Steiner*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 PAG Rn. 54; darauf weist auch die Gesetzbegründung (Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299 S. 10) hin.

[33] Vgl. *Pewestorf*/Söllner/Tölle, § 1 ASOG Rn. 26 m. w. N.

[34] Vgl. näher zur Auslegung des Begriffs der drohenden Gefahr in § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Teil VI § 4 Rn. 33; *Huber*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, § 1 Art. 10-Gesetz Rn. 28.

[35] So aber Bayerischer Landtag, Drs. 17/17058.

[36] Darauf weist zutreffend hin *Darnstädt*, DVBl 2017, 88, 90.

[37] Z. B. bestimmte bereits verübte Straftaten, die erfahrungsgemäß indizielle Wirkung besitzen; die Rückkehr aus bestimmten, als Rückzugs- oder Ausbildungsorte für Terroristen bekannten Regionen nach Deutschland; Erkenntnisse der Nachrichtendienste über den Kontakt zu Mitgliedern terroristischer Vereinigungen oder über die Inanspruchnahme bestimmter Informationsquellen; Erkenntnisse der Ausländerbehörden aus Befragungen im Zusammenhang mit Asylverfahren.

[38] So auch *Kubiciel*, ZRP 2017, 57, 59.

[39] BVerfGK 10, 283.

feldbefugnissen stellt § 23a Abs. 1 ZfdG dar, der die Überwachung der Telekommunikation darauf beschränkt, dass Tatsachen die Annahme der Vorbereitung bestimmter Straftaten nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz rechtfertigen (Abs. 1), wobei der Begriff der Vorbereitung wiederum in Abs. 2 beispielhaft konkretisiert wird.

4

Der im PAG verwendete Begriff der drohenden Gefahr stellt damit eine schwer auf die Lebenswirklichkeit zu übertragende Konstruktion dar, welche Präzision und Normenklarheit lediglich suggeriert. Das gerade im Gefahrenvorfeld besonders hohe Prognoserisiko kann anhand der im Gesetz genannten Kriterien nicht adäquat eingeschränkt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG für Ermächtigungsgrundlagen im Gefahrenvorfeld ein gegenüber dem originären Bereich der Gefahrenabwehr höheres Maß an Bestimmtheit fordert, um eine vergleichbare Kontrolle zu ermöglichen:

> *„Bei der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten oder bei ihrer Verhütung kann nicht an dieselben Kriterien angeknüpft werden, die für die Gefahrenabwehr oder die Verfolgung begangener Straftaten entwickelt worden sind. Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die in die Freiheitsrechte der Bürger eingreifen, setzen eine konkrete Gefahrenlage voraus. Die Strafverfolgung knüpft an den Verdacht einer schon verwirklichten Straftat an. Solche Bezüge fehlen, soweit die Aufgabe darin besteht, im Vorfeld der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung Vorsorge im Hinblick auf in der Zukunft eventuell zu erwartende Straftaten zu treffen. Deshalb müssen hier die Bestimmtheitsanforderungen spezifisch an dieser Vorfeldsituation ausgerichtet werden.*
>
> *Bei der Vorverlagerung des Eingriffs in eine Phase, in der sich die Konturen eines Straftatbestandes noch nicht abzeichnen, besteht das Risiko, dass der Eingriff an ein nur durch relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Straftaten gekennzeichnetes, in der Bedeutung der beobachteten Einzelheiten noch schwer fassbares und unterschiedlich deutbares Geschehen anknüpft. Sachverhaltsfeststellung und Prognose sind mit vorgreiflichen Einschätzungen über das weitere Geschehen, ebenso wie über die erst noch bevorstehende strafrechtliche Relevanz der festgestellten Tatsachen verknüpft (vgl. BVerfGE 110, 33 <59>). Da der Eingriff sich auf mögliche zukünftige Aktivitäten bezieht, kann er sich häufig nur auf Tatsachen stützen, bei denen noch offen ist, ob sie sich zu einer Rechtsgutverletzung weiterentwickeln (vgl. BVerfGE 110, 33 <59>). Die Situation der Vorfeldermittlung ist insofern durch eine hohe Ambivalenz der potenziellen Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt. Die Indizien oder einzelne beobachtete Tätigkeiten können in harmlosen, strafrechtlich unerheblichen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat führt.*
>
> *Sieht der Gesetzgeber in solchen Situationen Grundrechtseingriffe vor, so hat er die den Anlass bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung hindeuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das im Bereich der Vorfeldermittlung besonders hohe Risiko einer Fehlprognose gleichwohl verfassungsrechtlich noch hinnehmbar ist. Die Norm muss handlungsbegrenzende Tatbestandselemente enthalten, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist (vgl. BVerfGE 110, 33 <56>).“*[40]

[40] BVerfGE 113, 348, 377 f.

Diesen erhöhten Anforderungen genügt der Begriff der drohenden Gefahr nicht. Namentlich reicht Art. 11 Abs. 3 PAG unter Bestimmtheitsgesichtspunkten nicht an die im BKAG verwendeten, auf das Gefahrenvorfeld verweisenden Kriterien heran, wo ein Zuschnitt der Gefahr auf die in § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG i. V. m. § 129a Abs. 1 und 2 StGB genannten terroristischen Straftaten gefordert wird. Weil durch die Begrenzung der die Anordnungsvoraussetzungen konkretisierenden Straftaten zugleich eine Einhegung des zulässigen Zwecks der Maßnahmen erfolgt und der Straftatenkatalog zudem auf den Schutz höchstrangiger Rechtsgüter verweist, begegnen die dortigen Regelungen unter Bestimmtheitsaspekten geringeren Bedenken, wenngleich eine noch aussagekräftigere Fassung wünschenswert wäre. Die entsprechenden Regelungen des BKAG machen auch deutlich, dass polizeiliche Vorfeldbefugnisse strengen Ausnahmecharakter haben, indem sie auf den Schutz höchstrangiger Rechtsgüter bezogen sein müssen und nur dann in Betracht kommen, wenn einer Bedrohungslage mit den herkömmlichen Mitteln des Polizeirechts nicht mehr begegnet werden kann.[41] Eine solche Differenzierung kann dem PAG-E nicht entnommen werden. Bei alledem ist nicht zu bestreiten, dass eine Ausweitung einzelner polizeilicher Befugnisse ins Gefahrenvorfeld notwendig sein kann, um veränderten Herausforderungen für die Gefahrenabwehr, insbesondere die Abwehr terroristischer Bedrohungen, gerecht zu werden.[42] Das bedeutet aber zum einen keine Legitimierung einer *generellen* Ausdehnung des polizeilichen Handelns auf das Gefahrenvorfeld und zum anderen keinen Verzicht auf eine hinreichend präzise Fassung der Voraussetzungen solchen Handelns. Die Übernahme des verfassungsrechtlichen Präzisierungsgebots in den Gesetztext ersetzt nicht die Benennung von Kriterien, anhand derer die Präzisierung durch die Rechtsanwendung im Einzelfall zu erfolgen hat.

b) Kumulierung erweiterter Handlungsbefugnisse:

5

Bereits im Verfahren zu dem Gesetz vom 24.07.2017 wurde zudem darauf hingewiesen, dass die Vorverlagerung des polizeilichen Aufgabenbereichs im Zusammenhang mit der zusätzlichen inhaltlichen Ausweitung polizeilicher Handlungsbefugnisse zu würdigen ist. Dass durch die damaligen Änderungen die Bayerische Polizei früher und zugleich in größerem Umfang tätig werden dürfe, leite einen Paradigmenwandel hin zu einer „omnipotenten" Polizei ein.[43]

Der gegenständliche Gesetzentwurf bestätigt diese Befürchtung. Mit der - euphemistisch als „Neuordnung" bezeichneten - beabsichtigten Novellierung wird die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr

[41] Vgl. ausf. *Kral*, S. 195 ff., der ein differenziertes rechtsgutbezogenes Schutzmodell entwickelt.
[42] Vgl. zum Übergang von einem repressiven zu einem präventiven Terrorismusbekämpfungsrecht *Darnstädt*, GSZ 2017, 16; zu veränderten Herausforderungen des Polizeirechts in der Gegenwart *Albers*, S. 97 ff.; *Schoch*, Der Staat 2004, 347; *Möstl*, DVBl 2007, 581 und DVBl 2010, 808; *Streiß*, S. 91 ff.; *Kral*, S. 21 ff.; *Park*, S. 149 ff.; *Kugelmann*, Die Verwaltung (47) 2014, 25; Überblick zur Problematik und zu aktuellen Ansätzen der Entwicklung einer neuen Polizeirechtsdogmatik *Baldus*, Die Verwaltung (47) 2014, 1.
[43] Vgl. *Löffelmann*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, unter III.

auf zahlreiche weitere informationelle und aktionelle Befugnisse ausgedehnt. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Maßnahmen, die in Zukunft bei Vorliegen einer (lediglich) drohenden Gefahr ergriffen werden können:

- Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) PAG (Identitätsfeststellung)
- Art. 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 PAG-E (Erkennungsdienstliche Maßnahmen)
- Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E (zwangsweise Durchsetzung der Vorladung)
- Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG (Platzverweisung)
- Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Kontaktverbot)
- Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. a) PAG-E (Aufenthaltsverbot)
- Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b) PAG-E (Aufenthaltsgebot)
- Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG-E (Meldeanordnung)
- Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG (Durchsuchung von Personen)
- Art. 22 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG (Durchsuchung von mitgeführten Sachen)
- Art. 22 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1, Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 Pag-E (Durchsuchung räumlich getrennter Speichermedien bei Mitsichführen von Zugangsgeräten)
- Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) PAG-E (Sicherstellung von Sachen)
- Art. 25 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 PAG-E (Sicherstellung von Vermögensrechten)
- Art. 25 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 PAG-E (Sicherstellung von Daten)
- Art. 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b) PAG-E (Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten)
- Art. 33 Abs. 2 PAG-E (offene Bild- und Tonaufnahmen)
- Art. 33 Abs. 5 S. 1 i. V. m. Abs. 2 PAG-E (Verwendung automatischer Mustererkennungssysteme)
- Art. 33 Abs. 5 S. 2 i. V. m. S. 1, Abs. 2 PAG-E (Verwendung automatischer Personenerkennungssysteme)
- Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Postsicherstellung)
- Art. 36 Abs. 2 PAG-E (Verwendung besonderer Mittel der Datenerhebung)
- Art. 37 i. V. m. Art. 36 Abs. 2 PAG-E (Einsatz Verdeckter Ermittler)
- Art. 38 i. V. m. Art. 36 Abs. 2 PAG-E (Einsatz von Vertrauensleuten)

- Art. 39 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art 13 Abs. 1 S. 1 lit. b) PAG-E (Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme)
- Art. 39 Abs. 3 S. 3 i. V. m. Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a), Art. 13 Abs. 1 S. 1 lit. b) PAG-E (Erstellung von Bewegungsbildern durch Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme)
- Art. 40 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E (Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung)
- Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Telekommunikationsüberwachung)
- Art. 42 Abs. 1 S. 2 i. V. m. S. 1 Nr. 1 PAG-E (Überwachung räumlich getrennter Kommunikationssysteme)
- Art. 42 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Quellen-Telekommunikationsüberwachung)
- Art. 42 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 S. 1 PAG-E (Einsatz des IMSI-/IMEI-Catchers)
- Art. 42 Abs. 4 PAG-E (Telekommunikationsüberwachung zu Schutzzwecken)
- Art. 42 Abs. 5 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Unterbrechung, Verhinderung und Entziehung von Kommunikationsverbindungen)
- Art. 42 Abs. 5 S. 3 i. V. m. S. 2, Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Unterbrechung des Zugangs zu Rundfunk, Fernsehen und vergleichbaren Medien)
- Art. 43 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Auskunftsersuchen betreffend Telekommunikationsverkehrsdaten)
- Art. 43 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Auskunftsersuchen betreffend Vorratsdaten)
- Art. 43 Abs. 4 i. V. m. Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Auskunftsersuchen betreffend Telemedien-Nutzungsdaten)
- Art. 43 Abs. 5 S. 1 PAG-E (Auskunftsersuchen betreffend Telekommunikationsbestandsdaten)
- Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Online-Durchsuchung)
- Art. 47 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5 i. V. m. Art. 33 Abs. 2, Art. 36 Abs. 1, 2, Art. 42 Abs. 1 bis 5, Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Drohneneinsatz)
- Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E (Übermittlungsersuchen an nachrichtendienstliche Stellen)

Damit sind nach dem Entwurf mit Ausnahme der Wohnraumüberwachung (Art. 41 PAG-E) und der Rasterfahndung (Art. 44 PAG-E) sämtliche polizeilichen Befugnisse unter bestimmten Voraussetzungen schon ab der Schwelle einer drohenden Gefahr verfügbar. Die durch diese Maßnahmen erlangten personenbezogenen Daten dürfen zu anderen Zwecken der Gefahrenabwehr verwendet (Art. 48 Abs. 1 PAG-E) und an andere für Gefahrenabwehr, Strafverfolgung und nachrichtendienstliche Aufklärung zuständige inländische Stellen (Art. 48 Abs. 2 und 3, Art. 56 PAG-E) sowie ausländische und suprana-

tionale öffentliche (Art. 57, 58 PAG-E) und nichtöffentliche Stellen (Art. 59 PAG-E) übermittelt werden. Der Umstand, dass die Daten auf der Grundlage einer lediglich drohenden Gefahr erhoben wurden, spielt dabei keine Rolle.

6

Die mit dem Entwurf verfolgte Ausweitung polizeilicher Befugnisse - sowohl hinsichtlich bestehender Maßnahmen durch die Absenkung von Anordnungsvoraussetzungen, als auch durch Schaffung neuer Eingriffsbefugnisse - erscheint mit Blick auf die Problematik der Kumulierung von Überwachungsmaßnahmen[44] und das Verbot einer Total- oder Rundumüberwachung[45] schon als solche in hohem Maße verfassungsrechtlich bedenklich. Durch die Verlagerung fast aller Befugnisse in das Gefahrenvorfeld wird diese Problematik nochmals ganz erheblich verschärft. Dies wird auch deutlich, wenn man die - verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden - informationellen Befugnisse des BKA im Gefahrenvorfeld mit den beabsichtigten Befugnissen der Bayerischen Polizei vergleicht. Während jene des BKA auf die Bekämpfung terroristischer Straftaten zielen, enthalten die der bayerischen Polizei keine entsprechend enge Begrenzung. Während das BKA lediglich über wenige ausgewählte Befugnisse im Bereich des Gefahrenvorfelds verfügt[46], steht der bayerischen Polizei im Gefahrenvorfeld beinahe das vollständige polizeiliche Handlungsspektrum offen.

2. Zu Art. 14 Abs. 3 PAG-E (DNA-Analyse):

7

Die in Art. 14 Abs. 3 PAG-E neu geschaffene Möglichkeit der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters als Mittel der erkennungsdienstlichen Behandlung begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken.

Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters greifen in das durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Dieses Recht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.[47] Diese Verbürgung darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weiter gehen

[44] Vgl. BVerfGE 112, 304, 319 f.; 141, 220, 280, 317.
[45] Vgl. BVerfGE 65, 1, 43; 112, 304, 319; 109, 279, 323.
[46] Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 49 Abs. 1 Satz 2, § 51 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 52 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 55 Abs. 1 und § 56 Abs. 1 BKAG (in der ab 25.05.2018 gültigen Fassung).
[47] Vgl. BVerfGE 65, 1, 41 f.

als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.[48] Diesen Maßstab hat das BVerfG für die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zur Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten (vgl. § 81g StPO) dahin konkretisiert, erforderlich sei eine Prognoseentscheidung, der eine zureichende Sachaufklärung zugrunde liegt[49], sowie in der betroffenen Person bestehende konkrete Anhaltspunkte dafür, es werde zu künftigen Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung gegen sie kommen.[50] Da es sich bei der Maßnahme nach § 81g StPO (trotz der kompetenzrechtlichen Zuordnung zur Strafverfolgung[51]) der Sache nach auch um eine solche mit präventiver Wirkung handelt[52], können diese Maßstäbe jedenfalls im Ansatz auf das Recht der Gefahrenabwehr übertragen werden.

8

Art. 14 Abs. 3 PAG-E genügt diesen Ansprüchen nicht. Die Vorschrift setzt keinerlei in der Person des Betroffenen liegende Umstände voraus, aufgrund derer die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zur Abwehr einer Gefahr unerlässlich sei. Eine Zuordnung dergestalt, dass die Gefahr überhaupt von der betroffenen Person ausgehe, fehlt. Die Subsidiarität gegenüber anderen erkennungsdienstlichen Maßnahmen bleibt hinter dem Unerlässlichkeitserfordernis zurück. Außerdem deckt sich der Begriff der „Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ hinsichtlich der Einschreitschwelle nicht mit derjenigen, die in § 81g Abs. 1 StPO durch die dort genannten Straftaten konkretisiert wird. Während es sich dort um eine im konkreten Fall erhebliche Rechtsgutverletzung handeln muss, reicht in Art. 14 Abs. 3 PAG-E auch eine geringfügige Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut (z. B. eine leichte oder auch fahrlässige Körperverletzung). Es besteht damit die Gefahr, dass die erhöhten, verfassungsrechtlich gebotenen Voraussetzungen des § 81g Abs. 1 StPO durch die Anordnung nach Art. 14 Abs. 3 PAG-E unterlaufen werden. Demgegenüber erlauben § 21a ASOG und andere entsprechende landesrechtliche Vorschriften die molekulargenetische Untersuchung nur in wesentlich geringerem Umfang, nämlich bei Verstorbenen und hilflosen Personen, weil dies erforderlich ist, um deren Identität außerhalb strafrechtlicher Verfahren klären zu können.[53] Anders als § 21a Abs. 2 S. 2 ASOG enthält Art. 14 Abs. 3 PAG-E auch keine Vorschrift zur Löschung der erlangten personenbezogenen Daten, was in Anbetracht der Sensibilität der Daten schon für sich verfassungsrechtlich bedenklich ist.

[48] Siehe BVerfGE 65, 1, 44; 67, 100, 143.
[49] Vgl. dazu BVerfGE 70, 297, 309.
[50] Vgl. *Krehl*, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Rn. 762 ff. m. w. N.
[51] Vgl. BVerfGE 103, 21.
[52] Vgl. *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 11 Rn. 193, der betont, das vorliegende Ergebnis einer molekulargenetischen Untersuchung entfalte „größte spezial- und generalpräventive Wirkung“.
[53] Vgl. Pewestorf/*Söllner*/Tölle, ASOG, § 21a vor Rn. 1; Tegtmeyer/*Vahle*, PolG NRW, § 14a Rn. 1.

3. Zu Art. 15 Abs. 3 PAG-E (Vorführung):

9

Die zwangsweise Durchsetzung der Vorladung gem. Art. 15 Abs. 3 PAG-E erlaubt einen Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Generell besitzt das Freiheitsgrundrecht unter den grundrechtlich verbürgten Rechten einen besonderen Rang[54], weshalb es als „unverletzlich" gekennzeichnet ist und Art. 104 GG für seine Beschränkung qualifizierte Anforderungen statuiert. Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht - zumal zu Zwecken, die nicht dem Schuldausgleich dienen - sind nur „aus besonders gewichtigen Gründen" unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.[55]

10

Diesem Maßstab genügt Art. 15 Abs. 3 PAG-E nicht, soweit er die zwangsweise Durchsetzung des Erscheinens einer Person bei der Polizei erlaubt, um Angaben entgegenzunehmen, die für die Abwehr einer lediglich „drohenden Gefahr" erforderlich sind. Aufgrund der weiten Verlagerung der Anknüpfungspunkte in das Gefahrenvorfeld kann die Maßnahme Personen betreffen, die selbst zu konkreten Gefahrenlagen in keinerlei persönlicher Beziehung stehen. Danach könnte z. B. das zwangsweise Erscheinen beliebiger Personen aus dem Umfeld einer Person, deren „individuelles Verhalten (…) die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet (…), wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind" (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PAG), durchgesetzt werden. Damit wäre für die Zielperson, von der eine „drohende Gefahr" ausgeht, zugleich eine erhebliche, u. U. rufschädigende Belastung verbunden. Letztlich wäre die Maßnahme geeignet, aufgrund nur vager Verdachtsmomente als Mittel der Einschüchterung und Gängelung missbraucht zu werden. In den anderen Bundesländern ist die zwangsweise Durchsetzung des Erscheinens nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen zulässig.[56] Als weniger eingriffsintensives Mittel wäre es außerdem jederzeit möglich, dass die Polizei die Auskunftsperson selbst aufsucht, wenn sie nicht bei der Polizei erscheinen möchte.

Richtigerweise sollte die Vorführung - wie in den Ländern Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt - nur durch den Richter angeordnet werden können.

[54] BVerfGE 104, 220, 234.
[55] BVerfGE 90, 145, 172; 58, 208, 224; 70, 297, 307; 128, 326, 372 f.; BVerfG NVwZ 2016, 1079.
[56] Vgl. Pewestorf/*Söllner*/Tölle, ASOG, § 20 Rn. 22; Tegtmeyer/*Vahle*, PolG NRW, § 10 Rn. 10.

4. Zu Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG-E (Meldeanordnung):

11

Soweit deutsche Staatsbürger betroffen sind, wird durch die Meldeanordnung - ebenso wie durch das Aufenthaltsverbot nach Art. 16 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) und das Aufenthaltsgebot nach Art. 16 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) PAG-E - in das Grundrecht auf Freizügigkeit gem. Art. 11 GG eingegriffen, das einen qualifizierten Schrankenvorbehalt vorsieht. Nach dem dortigen Kriminalvorbehalt (Art. 11 Abs. 2 Alt. 5 GG) sind Eingriffe nur zulässig, „um strafbaren Handlungen vorzubeugen". Erforderlich ist insoweit, dass im konkreten Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Begehung von Straftaten zu erwarten ist.[57] Diese Voraussetzung wird durch das Merkmal der Geeignetheit „zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut" - die nicht einmal die Schwelle der nach Nr. 2 erforderlichen (allerdings ebenfalls unzureichenden[58]) drohenden „Begehung von Straftaten" erreicht - zweifellos nicht erfüllt. Handelt es sich sogar um eine lediglich „drohende Gefahr", sind Straftaten gerade nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Obwohl es sich um ein praktisch bewährtes und effektives Instrument der Gefahrenabwehr handeln mag, dessen Kodifizierung grundsätzlich zu begrüßen ist, entspricht seine Ausgestaltung nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiterhin bestehenden erheblichen Bedenken gegen aufgrund der Regelung ermöglichte Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht auf die Stellungnahme des *Verf.* zu dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen Bezug genommen.[59]

5. Zu Art. 18 Abs. 1 S. 2 bis 5 PAG-E (Verzicht auf persönliche Anhörung):

12

Die praxisgerechte Änderung ist zu begrüßen. Entgegen der Auffassung des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz[60] dürfte hier keine kompetenzrechtliche Problematik vorliegen. Der bayerische Gesetzgeber übt mit der von § 422 Abs. 1 FamFG abweichenden Regelung des Art. 18 Abs. 1 S. 3 PAG-E keine Kompetenz im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung betreffend das gerichtliche Verfahren (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) aus, sondern seine originäre Kompetenz für das Poli-

[57] *Jarass*/Pieroth, Art. 11 Rn. 17 m. w. N.; vgl. auch *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 11 Rn. 217 m. d. V. auf OVG Berlin, B. v. 18.07.2001, 1SN61.01, demzufolge die "erforderliche konkrete Gefahr (…) regelmäßig in der Wahrscheinlichkeitsprognose, dass der Betroffene sich an einem bestimmten Ort innerhalb eines bestimmten Zeitraumes an Ausschreitungen oder der Begehung von Straftaten beteiligen will" liege. Entscheidend sei dabei "die Prognose über die Gewaltbereitschaft des Betroffenen."

[58] Die Schranke des Art. 11 GG wird durch die Formulierung „wenn die Begehung von Straftaten droht" nur dann gewahrt, wenn dieses Drohen die Qualität einer konkreten Gefahr erreicht, vgl. hierzu im Zusammenhang mit Aufenthaltsgeboten *Löffelmann*, BayVBl. Heft 5/2018 unter 2. b) bb).

[59] Vgl. *Löffelmann* (Fn. 43), unter II. 2.

[60] Vgl. Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, Stellungnahme vom 21.12.2017 zu den Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts, Verbändeanhörung, abrufbar unter: https://www.datenschutz-bayern.de/1/PAG-Stellungnahme.pdf, S. 9.

zeirecht, in dessen Rahmen er eine verfahrensrechtliche Regelung trifft. Dabei steht es ihm frei, eine solche Regelung selbst zu formulieren oder auf andere Verfahrensvorschriften - auch des Bundesrechts - zu verweisen.

6. Art. 22 Abs. 1 Nr. 6 PAG-E (Durchsuchung von Sachen an einer Kontrollstelle):

13

Die Erstreckung der Durchsuchungsbefugnis auf sämtliche bewegliche Sachen, die sich an einer Kontrollstelle befinden, erscheint sachgerecht und schließt eine Regelungslücke.[61] Angesichts der relativ hohen Schwelle des Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 PAG i. V. m. § 100a StPO bestehen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine Bedenken.

7. Art. 22 Abs. 2 PAG-E (Erstreckung der Durchsuchung auf räumlich getrennte Speichermedien):

14

Der Entwurf bildet die Regelung des Art. 22 Abs. 2 PAG-E derjenigen des § 110c Abs. 3 StPO nach (S. 72), berücksichtigt dabei aber nicht, dass die letztgenannte Norm nur zur Durchsicht eines elektronischen Speichermediums sowie damit verbundener räumlich getrennter weiterer Medien berechtigt, um festzustellen, ob sich darauf relevante Daten befinden und der betreffende Datenträger also zu beschlagnahmen ist. Sowohl bei der Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO als auch bei derjenigen nach Art. 22 PAG handelt es sich um offene Maßnahmen, die mit einem körperlichen Eindringen in geschützte Bereiche verbunden sind.[62] Die Analogie einer Durchsuchung von Datenträgern ist daher schief; man würde auch die Auswertung analoger Datenträger nicht als Durchsuchung bezeichnen. Hinzu kommt, dass § 110 Abs. 3 StPO die Durchsicht lediglich erlaubt, wenn andernfalls der Verlust der Daten zu besorgen ist. Eine entsprechende, der Schutzwürdigkeit der Daten Rechnung tragende Einschränkung enthält Art. 22 Abs. 2 PAG-E nicht.

15

Perspektivisch bedürften sowohl die Durchsuchungs- und Beschlagnahmeregelung der StPO als auch der Polizeigesetze einer Neuregelung, die den Besonderheiten digitaler Datenherrschaft und den hierzu entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäben Rechnung trägt. So hat das BVerfG anerkannt, dass die Beschlagnahme und Auswertung von Datenträgern grundsätzlich nach den strafprozessualen Vorschriften über die Beschlagnahme (§§ 94, 98 StPO) erfolgen könne, einer etwaigen besonderen

[61] Vgl. *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 22 Rn. 26.
[62] Vgl. auch VollzBek zu Art. 22, Ziff. 22.1: „Sache im Sinn dieser Vorschrift ist jeder körperliche Gegenstand (…)."

Schutzbedürftigkeit der Daten - etwa wenn es sich um solche aus Telekommunikationsvorgängen handelt - sei jedoch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.[63] Darüber hinaus - was bislang in Rechtsprechung und Schrifttum kaum ausdrücklich thematisiert wurde[64] - kann durch den Zugriff auf elektronische Speichermedien das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme berührt werden. Dieses, vom BVerfG im Zusammenhang mit der „Online-Durchsuchung" entwickelte Grundrecht *„bewahrt den persönlichen und privaten Lebensbereich der Grundrechtsträger vor staatlichem Zugriff im Bereich der Informationstechnik auch insoweit, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen wird und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten."*[65] Eine Einschränkung im Hinblick auf die Art und Weise des Zugriffs nimmt das BVerfG bei der Schutzbereichsbestimmung nicht vor. Das Auslesen der Festplatten von Personalcomputern, der Speichereinheiten von Mobiltelefonen oder von anderen externen Datenträgern erlaubt grundsätzlich einen umfassenden Zugriff auf die dort gespeicherten Daten und damit, *„einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten."*[66] Ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Person daran, dass die gespeicherten Daten vertraulich bleiben, ist hier zweifellos gegeben. Soweit durch das Auslesen Zugriffsbeschränkungen überwunden (z. B. Passwörter „gehackt") werden müssen, ist dadurch auch die Integrität des Systems betroffen.[67] Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die besondere Eingriffsintensität der Online-Durchsuchung gerade aus ihrer Heimlichkeit, Dynamik und großen Streubreite herrührt, weshalb das BVerfG die „offene Durchsuchung" grundsätzlich als milderes Mittel ansieht.[68] Dieser Unterschied spricht dafür, dass - obwohl das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme bei der Auswertung von Datenträgern betroffen sein dürfte - die erhöhten Anordnungsvoraussetzungen, die das BVerfG für Online-Durchsuchungen aufgestellt hat, auf diese Konstellation nicht übertragbar sind.[69]

16

Gleichwohl ist vor diesem Hintergrund eine differenzierte Regelung für den Zugriff auf elektronische Speichermedien samt grundrechtssichernder Verfahrensregeln erforderlich, die der besonderen Schutzwürdigkeit entsprechender Daten und ihrer Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit,

[63] BVerfGE 115, 166, 183 ff.; BVerfGE 120, 274, 307 f.; anders noch BVerfGK 5, 74, 82 ff. (Beschlagnahme und Auswertung von Mobiltelefonen nur unter den Voraussetzungen der Telekommunikationsverkehrsdatenabfrage); dazu ablehnend *Günther*, NStZ 2005, 485; *Hauschild*, NStZ 2005, 339 (Anm.); zur Kritik der kriminalistischen Praxis *Thiede*, Kriminalistik 2005, 346; *König*, Kriminalistik 2005, 520.
[64] Vgl. *Herrmann/Soiné*, NJW 2011, 2922, 2923.
[65] BVerfGE 120, 274, 313.
[66] BVerfGE 120, 274, 314.
[67] Vgl. BVerfGE 120, 274, 314.
[68] BVerfGE 120, 274, 321 f.
[69] Vgl. näher zum Zugriff auf dezentral gespeicherte Daten im Bereich des Rechts der Nachrichtendienste *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Teil VI § 5 Rn. 48 ff. m. w. N.

einschließlich einer etwaigen Gefährdung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und von Berufsgeheimnissen angemessen Rechnung trägt. Art. 22 Abs. 2 PAG-E genügt nicht diesem Anspruch.

8. Zu Art. 23 PAG-E (Betreten und Durchsuchen von Wohnungen):

17

Soweit der Entwurf die Erweiterung des Art. 23 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E auf (lediglich) dringende Gefahren damit begründet, eine Beschränkung auf gegenwärtige Gefahren sei verfassungsrechtlich nicht geboten (S. 74), ist darauf hinzuweisen, dass Art. 13 Abs. 7 Alt. 3 GG für das Betretungsrecht den Zweck der Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung anhand mehrerer Regelbeispiele der Art und Schwere nach konkretisiert (Behebung der Raumnot, Bekämpfung von Seuchengefahr, Schutz gefährdeter Jugendlicher). Damit kann verfassungsrechtlich nicht jegliche dringende Gefahr eine Wohnungsbetretung legitimieren. Ob alle in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG genannten Rechtsgüter mit dieser Schwelle vergleichbar sind, erscheint fraglich. Namentlich dürfte nicht jede dringende Gefahr für die Rechtsgüter Gesundheit, sexuelle Selbstbestimmung, erhebliche Eigentumspositionen und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, ein Eindringen in das „letzte Refugium“[70] der Privatwohnung legitimieren können.

Im Hinblick auf die unveränderte Beibehaltung von Art. 23 Abs. 1 Nr. 2 und 3 PAG wird der vom Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz geäußerten Kritik beigetreten.[71]

9. Zu Art. 24 Abs. 2 S. 2 PAG-E (Zuziehung von Durchsuchungszeugen):

18

Die Formulierung sollte - schon aus Praktikabilitätsgründen in Fällen von Gemengelagen - an § 105 Abs. 2 StPO angepasst werden.

10. Zu Art. 25 PAG-E (Sicherstellung):

19

Die Eingriffsschwelle wird hier von einer gegenwärtigen Gefahr auf eine nur konkrete oder auch lediglich „drohende“ Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut deutlich abgesenkt. Auf die allgemeine Kritik an den Begriffen „drohende Gefahr“ und „bedeutendes Rechtsgut“ wird Bezug genommen (Rn. 3

[70] BVerfGE 109, 279, 314.
[71] Vgl. (Fn. 60), S. 12 f.

f.). Da eine Konnexität dergestalt, dass die Gefahr von der Sache selbst ausgehen muss, nicht erforderlich ist, sondern die Gefahr auch aus dem Zustand des Besitzers oder der von ihm (vermeintlich) verfolgten Absichten hergeleitet werden kann[72], stellt die Änderung keine nur marginale Weiterung dar. Infolge der Änderung können bei einer Person, deren Verhalten die Erwartung einer „drohenden Gefahr" begründet, sämtliche Gegenstände sichergestellt werden, deren Verwendung zur Herbeiführung einer Gefahr geeignet ist, darunter zahlreiche Gegenstände des täglichen Gebrauchs wie Werkzeuge, Kraftfahrzeuge, aber auch datenverarbeitende Systeme und Kommunikationseinrichtungen, die erfahrungsgemäß für die Vorbereitung einer Gefahr Verwendung finden können. Durch die Entkoppelung von dem Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr verändern sich der Charakter und die Anwendungsbreite der Maßnahme grundlegend. Ein Eingriff in Art. 14 GG ist danach nicht nur, wie bisher, in Einzelfällen zur unmittelbaren Abwendung einer tatsächlich bevorstehenden Gefahr durch die Sicherstellung des Gegenstands, von dem die Gefahr ausgeht oder der sie erhöht, zulässig, sondern aufgrund vager Verdachtsmomente zur präventiven Entziehung von Gegenständen, von denen potenziell eine Gefahr ausgehen könnte. Damit überschreitet die Norm die Schwelle von der Gefahrenabwehr zur Gefahrvorsorge. Für die große Weite und Tiefe der durch die Norm ermöglichten Grundrechtseingriffe stellen sich die Anordnungsvoraussetzungen als deutlich zu undifferenziert und unpräzise dar (vgl. demgegenüber die Vorschriften zur strafprozessualen Einziehung in §§ 111b ff. StPO).

20

Diese Kritik gilt erst recht für die Erweiterung der Sicherstellung auf Vermögensrechte nach Art. 25 Abs. 2 PAG-E. Nach dieser Vorschrift können z. B. bei einer Person, deren Verhalten die Erwartung einer „drohenden Gefahr" begründet, sämtliche Konten gepfändet werden. Es liegt auf der Hand, dass derart schwer wiegende und u. U. existenzvernichtende Eingriffe in Eigentumsrechte nicht auf der Grundlage einer Prognoseentscheidung im Gefahrenvorfeld anhand unbestimmter Kriterien erfolgen darf.

21

Soweit Art. 25 Abs. 3 PAG-E die Sicherstellung auf Daten erweitert, wird auf die Ausführungen unter Rn. 14 ff. Bezug genommen. Erforderlich wäre hier aufgrund der etwaigen besonderen Schutzbedürftigkeit der sicherzustellenden Daten eine differenzierte Regelung einschließlich grundrechtssichernder Verfahrensvorschriften (Richtervorbehalt, technische Sicherungen). So ist kein durchgreifender Grund ersichtlich, warum auf kernbereichs- und berufsgeheimnisschützende Vorkehrungen schon auf der Erhebungsebene verzichtet werden sollte. Anhand von Dateibezeichnungen oder Metadaten ist hier eine Auswahl grundsätzlich möglich. Art. 25 Abs. 3 PAG-E verfolgt demgegenüber das - freilich für die Polizeibehörden bequemere - Modell einer zunächst globalen Datensicherstellung mit erst auf der

[72] Vgl. VollzBek zu Art. 25, Ziff. 25.3; *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 25 Rn. 11 ff.

Verwendungsebene greifenden Schutzvorkehrungen (Art. 25 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Art. 49 Abs. 5 PAG-E).

11. Zu Art. 29 PAG-E (Wahrnehmung grenzpolizeilicher Aufgaben):

22

Die durch den Entwurf vorgesehenen Änderungen erweitern die grenzpolizeilichen Befugnisse der Bayerischen Landespolizei. [73] Soweit die Begründung ausführt, in Abs. 1 werde „die Diktion mit dem neuen Abs. 3 harmonisiert“ (S. 79), ist darauf hinzuweisen, dass der einfachgesetzlichen Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Abs. 1 der bisherigen Fassung durchaus eine Funktion zukommt, indem der Polizei für die Bewertung der Notwendigkeit kein Beurteilungsspielraum oder Ermessen zukommt. Vielmehr handelt es sich bei dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der gerichtlich voll überprüfbar ist.[74] Gerade dann, wenn dieselben grenzpolizeilichen Aufgaben auch durch eine Bundesbehörde wahrgenommen werden oder wenn es zu Konflikten zwischen Bundes- und Landespolizei im Rahmen des Grenzschutzes kommt[75], kann es an der Erforderlichkeit i. S. d. Art. 29 Abs. 1 PAG fehlen. Die Änderung dürfte also auf eine Stärkung der Befugnisse der Bayerischen Polizei gegenüber denen der Bundespolizei zielen. Die Klarstellung in dem neuen Abs. 3 begegnet mit Blick auf die Ermächtigung in § 2 Abs. 4 BPolG i. V. m. Art. 71 GG (als Ausnahme zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Grenzschutz nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG) und den Grundsatz der exekutiven Eigenverantwortung der Länder (Art. 83 GG) keinen Bedenken.[76] Für die Rechtsanwendung hilfreich wäre aber ein klarstellender Hinweis (zumindest in der Gesetzbegründung), um welche bundesrechtlichen Befugnisse es sich im Einzelnen handelt.

12. Zu III. Abschnitt PAG-E (Datenverarbeitung):

23

Der neu gefasste III. Abschnitt des PAG-E dient der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/680. Dass insoweit eine Ausweitung des Datenschutzes im PAG erfolgt, ist zu begrüßen. In ge-

[73] Derzeit beschränkt sich die grenzsichernde Zuständigkeit der Bayerischen Landespolizei nach der Befugnisübertragung gem. § 2 Abs. 1 und 3 BPolG i. V. m. § 1 Abs. 1 des Verwaltungsabkommens zwischen dem Bundesministerium des Innern und der Bayerischen Staatsregierung über die Wahrnehmung von Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes in Bayern vom 17.04.2008 (GVBl. S. 149) auf die Sicherung der auf dem Bayerischen Staatsgebiet liegenden Flughäfen mit Ausnahme des Flughafens München (MUC).
[74] *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 29 Rn. 2; *Grünewald*, in: Beck-OK BayPAG, Art. 29 Rn. 4.
[75] Vgl. die Kooperationsgebote nach § 4 und die Kontrollbefugnisse von Bundesbeamten nach § 5 des Verwaltungsabkommens (Fn. 73).
[76] Vgl. *Graulich*, in: Schenke/Ruthig/Graulich, BPolG, § 2 Rn. 5, 36.

setzestechnischer und systematischer Hinsicht gerät der III. Abschnitt allerdings reichlich unübersichtlich. Nach der Fassung des Entwurfs soll der III. Abschnitt künftig vier Unterabschnitte enthalten, nämlich erstens betreffend „Datenerhebung“ (Art. 31 und 32 PAG-E), zweitens betreffend „besondere Befugnisse und Maßnahmen der Datenerhebung“ (Art. 33 bis 52 PAG-E), drittens betreffend „Datenspeicherung, -übermittlung und sonstige Datenverarbeitung“ (Art. 53 bis 65 PAG-E) und viertens betreffend die „Anwendung des Bayerischen Datenschutzgesetzes“ (Art. 66 PAG-E). Diesen vier Unterabschnitten ist ein Art. 30 PAG-E mit „Allgemeinen Grundsätzen“ vorangestellt. Art. 30 PAG-E enthält - anders als Art. 4 RiLi - allerdings nicht sämtliche allgemeinen Grundsätze, die „vor die Klammer gezogen“ werden könnten, sondern stellt nur die Anwendbarkeit der nachfolgenden Regelungen für jegliche Form der Datenspeicherung klar (Abs. 1) und bezieht sich weiter auf Anforderungen an die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (Abs. 2, Art. 10 RiLi), die Unterscheidung zwischen faktenbasierten und auf persönlichen Einschätzungen beruhenden personenbezogenen Daten (Abs. 3, Art. 7 Abs. 1 RiLi) sowie verschiedene Kategorien betroffener Personen (Abs. 4, Art. 6 RiLi). Weitere allgemeine Grundsätze sind z. B. die der Verhältnismäßigkeit, der Zweckbindung, der Datensparsamkeit, der Datenlöschung nach Zweckerfüllung, der Kennzeichnung qualifiziert erhobener Daten, der Datenrichtigkeit und der Transparenz.[77] Auch Vorschriften betreffend den besonderen Schutz grundrechtssensibler Bereiche könnten hier verortet werden, sowie die Verweisungsnorm des Art. 66 PAG-E, der als einzige Vorschrift einen eigenen Unterabschnitt bildet. Andererseits finden sich unter dem 2. Unterabschnitt über „Besondere Befugnisse und Maßnahmen der Datenerhebung“ auch Vorschriften, die nicht die Erhebung, sondern daran anschließende Formen der Datenverarbeitung betreffen (etwa Art. 48 PAG-E) sowie Normen, die den Rechtsschutz Betroffener (Art. 50 PAG-E) und andere externe Kontrollmechanismen regeln (Art. 51, 52 PAG-E). Umgekehrt enthält der II. Abschnitt über „Befugnisse der Polizei“ auch Regelungen, die mit der Erhebung personenbezogener Daten einhergehen (etwa Art. 12 bis 14 und 21 bis 23 PAG-E). Insgesamt sollte im Wege der Novellierung viel konsequenter zwischen Regelungen betreffend die Datenerhebung und betreffend die weitere Verwendung bereits erhobener Daten differenziert werden. Rechtsschutz- und Kontrollmechanismen sollten in einem eigenen Abschnitt gebündelt werden. Zentrale allgemeine Grundsätze, etwa betreffend den Schutz grundrechtssensibler Bereiche, sollten in einem eigenen Abschnitt vorangestellt werden.

[77] Vgl. Art. 5 der Europäischen Datenschutzgrundverordnung; *Wolff*, in: Wolff/Brink, Syst. A Rn. 2 ff.

13. Zu Art. 30 PAG-E (Allgemeine Grundsätze):

24

In Umsetzung von Art. 10 RiLi erlaubt Art. 30 Abs. 2 PAG-E die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nur unter besonderen Voraussetzungen, nämlich in S. 1 Nr. 1 ihrer subsidiären Erforderlichkeit, in Nr. 2 der Beschränkung des Verwendungszwecks auf die Abwehr von Gefahren oder drohenden Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut [wobei unklar ist, ob sich lit. a) allgemein auf Gefahren oder nur auf solche für ein bedeutendes Rechtsgut bezieht], in Nr. 3 einer ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung des Betroffenen, in Nr. 4, sofern der Betroffene die Daten bereits offensichtlich öffentlich gemacht hat, und in Nr. 5 für Zwecke der Eigensicherung. Die einzelnen Erlaubnistatbestände überschneiden sich dabei, insbesondere dürfte Nr. 1 aufgrund seiner weiten Formulierung i. d. R. auch die Fälle der Nr. 2 umfassen. Nr. 3 und 4 beruhen auf allgemeinen datenschutzrechtlichen Gedanken, die im Katalog der „Allgemeinen Grundsätze" systematisch besser aufgehoben wären. Generell erscheint die differenzierende Regelung in Abs. 1 S. 1 wenig praxisgerecht. Sie führt dazu, dass, sofern besondere Kategorien personenbezogener Daten betroffen sind, auf einer weiteren Stufe zusätzlich zu den jeweiligen maßnahmespezifischen Datenverarbeitungsbefugnissen der Katalog des Abs. 1 S. 1 geprüft werden muss. Die jeweiligen Zulässigkeitsvoraussetzungen auf beiden Stufen können dabei voneinander abweichen. Praktisch wird es zudem häufig nicht möglich sein, besondere Kategorien personenbezogener Daten getrennt von den übrigen personenbezogenen Daten zu würdigen, etwa wenn im Rahmen eines überwachten Gesprächs auch politische Meinungen, religiöse oder weltanschaulicher Überzeugungen erfasst werden. Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr, dass der Schutz besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Anwendungsfall nur pro forma erfolgt. Praxisgerechter als das abgestufte Schutzkonzept der RiLi erschiene eine Regelung, die - in Anlehnung an das vom BVerfG zum Kernbereichsschutz entwickelte „Zwei-Stufen-Modell"[78] - einen maßnahmespezifischen Schutzmechanismus auf der Erhebungsebene und einen allgemeinen Schutzmechanismus auf der Verwendungsebene vorsähe. Auf der Erhebungsebne würde durch erhöhte Anordnungsvoraussetzungen bei solchen Maßnahmen, die die gezielte Erfassung personenbezogener Daten einer besonderen Kategorie bezwecken (z. B. DNA-Analyse) oder bei denen jedenfalls insofern eine Verletzungsgeneigtheit[79] besteht, der besonderen Schutzbedürftigkeit solcher Daten i. S. d. von Art. 10 RiLi geforderten „unbedingten Erforderlichkeit" Rechnung getragen. Auf der Verwendungsebene müssten besondere Kennzeichnungspflichten und Weiterverarbeitungsbeschränkungen sowie Rechtsschutzmechanismen für Betroffene vorgesehen sein. Ergänzend würde auf beiden Ebenen ein ebenfalls zweistufiges System zum besonderen Schutz grundrechtssensibler Bereiche zum Tragen kommen. Ein derartiges, in der deutschen Verfassungsdogmatik besser verankertes, Regelungsmodell stünde im

[78] BVerfGE 109, 279, 318, 320, 323, 328 ff.; 120, 274, 337 ff.; 129, 208, 245 f.; 141, 220, 278 f., 295.

Einklang mit der RiLi, denn „geeignete Garantien für die (…) Rechte und Freiheiten der betroffenen Person“ können auch auf der Verwendungsebene geschaffen werden. Im Übrigen erfordert die RiLi neben der Voraussetzung, dass die Verarbeitung „unbedingt erforderlich“ (also streng subsidiär gegenüber Maßnahmen, bei denen keine Daten einer besonderen Kategorie erhoben werden) sein müsse nur, dass die Datenverarbeitung „in durch Rechtsvorschriften geregelten Fällen erlaubt ist“ (vgl. Erwägungsgrund 37). Die RiLi fordert also einen strengen Gesetzesvorbehalt, dem polizeiliche Befugnisse, welche in Grundrechte eingreifen, ohnehin von Verfassung wegen genügen müssen.[80] Die bloße Soll-Vorschrift des Abs. 2 S. 2 genügt auf der Verwendungsebene dem Erfordernis „geeigneter Garantien“ allerdings nicht; hier müsste eine verbindliche und präzisere Regelung vorgesehen werden. Um welche Daten es sich bei solchen handelt, die einer „besonderen Kategorie“ i. S. v. Art. 10 RiLi zugehören, sollte außerdem aus Gründen der Praktikabilität unmittelbar im PAG (deklaratorisch) festgelegt werden.

14. Zu Art. 31 PAG-E (Grundsätze der Datenerhebung):

25

In Umsetzung der Vorgaben von Art. 12 und 13 RiLi werden in Art. 31 Abs. 3 S. 2 und 3 PAG-E allgemeine Informationspflichten der Polizei eingeführt. Nach der Entwurfsbegründung könnten die relevanten Informationen über den Internetauftritt der Polizei zur Verfügung gestellt werden (S. 84). Entsprechend lässt sich Abs. 3 S. 2 so verstehen, dass nicht Informationen zu einem konkreten, eine bestimmte Person betreffenden, Datenerhebungsvorgang gemeint sind, sondern lediglich generelle Angaben. Ob dieser allgemeine Zuschnitt der Informationspflichten den Vorgaben der RiLi gerecht wird, ist fraglich. Laut Erwägungsgrund 38 der RiLi sollte eine automatisierte Datenverarbeitung *„mit geeigneten Garantien verbunden sein, einschließlich der spezifischen Unterrichtung der betroffenen Person (…).“* Nach Erwägungsgrund 39 sollen, *„damit die betroffene Person ihre Rechte wahrnehmen kann, (…) alle Informationen für sie leicht zugänglich - auch auf der Website des Verantwortlichen - (…) sein.“* Art. 12 Abs. 1 S. 2 RiLi spricht von der *„Übermittlung“* der relevanten Informationen *„in einer beliebigen geeigneten Form, wozu auch die elektronische Übermittlung zählt“*. Generell zielt die RiLi auf eine signifikante Anhebung des Rechtsschutzes betroffener Personen. Dies setzt zunächst voraus, dass die betroffene Person von dem Vorgang der Datenerhebung überhaupt Kenntnis erhält. Art. 12 und 13 RiLi dürften vor diesem Hintergrund so zu verstehen sein, dass in jedem Fall eine spezifische Unterrichtung der betroffenen Person darüber, dass ihre personenbezogenen Daten erhoben

[79] BVerfGE 141, 220, 277, 279; ausf. zu eine Kernbereichsgefährdung indizierenden Gesichtspunkten *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Teil III § 3 Rn. 6 ff.

[80] Vgl. ähnlich zu dem Art. 10 der RiLi korrespondierenden Art. 9 der Datenschutzgrundverordnung und allg. krit. zum abgestuften europäischen Schutzkonzept *Kampert*, in: Sydow, Artikel 9 Rn. 2 f., 65 f., 83 ff.

wurden, erforderlich ist.[81] Entsprechend spricht Erwägungsgrund 42 von der *„Existenz des Verarbeitungsvorgangs“*, über die informiert werden müsse. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die RiLi in diesem Punkt uneindeutig ist, denn im selben Erwägungsgrund wird ausdrücklich festgestellt, die Bereitstellung der Informationen könne *„auf der Website der zuständigen Behörde erfolgen.“* Dazu, auf welche Weise die betroffene Person auf der Webseite der zuständigen Behörde über die Existenz eines diese Person betreffenden Verarbeitungsvorgangs in Kenntnis gesetzt werden kann (etwa durch Bereitstellung eines Passworts), verhält sich die RiLi nicht. Art. 31 Abs. 3 S. 2 PAG-E sieht jedenfalls eine *spezifische* Unterrichtung der betroffenen Person nicht vor und bleibt daher hinter dem Anliegen der RiLi zurück. Dass ergänzend zu einer spezifischen Unterrichtung allgemeine Informationen über die Rechte der betroffenen Person auf der Webseite der Polizei zur Verfügung gestellt werden, wäre freilich zu begrüßen.

26

Soweit Art. 31 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 PAG-E die Zulässigkeit verdeckter Datenerhebungen darauf ausdehnt, dass dies überwiegenden Belangen Dritter diene, erschließt sich - auch aus der Entwurfsbegründung - nicht, welche Belange damit gemeint sind. Verfassungsdogmatisch erscheint es außerhalb des Bereichs der Drittwirkung von Grundrechten prekär, grundrechtlich geschützte Interessen der von hoheitlichen Maßnahmen betroffenen Personen gegen „Belange“ dritter Personen abzuwägen, zumal hier eine einfache Eignung der Maßnahme, solchen Belangen zu „dienen“, ausreichen soll. Die Formulierung „oder Dritter“ sollte daher gestrichen und anstelle der Formulierung „dient“ der bisherige Wortlaut beibehalten werden.

27

Nicht den Vorgaben der Richtlinie (vgl. Art. 13 Abs. 3 RiLi) dürfte ferner Art. 31 Abs. 4 S. 4 PAG-E entsprechen, der ein dauerhaftes Absehen von der Benachrichtigung der betroffenen Person erlaubt, *„wenn es sich nur um einen kurzfristigen Eingriff handelt, an den sich keine Folgemaßnahmen anschließen.“* Ein derartiger Ausnahmetatbestand ist in der RiLi nicht vorgesehen. Auch kurzzeitige Grundrechtseingriffe können außerdem mit erheblichen Beeinträchtigungen einhergehen. Der in der Entwurfsbegründung ergänzend herangezogene Gedanke einer etwaigen Vertiefung des Eingriffs durch die Benachrichtigung ist hiervon zu unterscheiden und als Rechtfertigung eines Absehens von der Benachrichtigung anerkannt.[82] Unter einem praktischen Blickwinkel ist die Regelung freilich gut nachvollziehbar.

---

[81] Ähnlich zum entsprechenden Art. 12 der Datenschutzgrundverordnung *Greve*, in: Sydow, Artikel 12 Rn. 17: „Die an den Betroffenen zu richtenden Informationen müssen individuell und gezielt erfolgen (…). Erst wenn die Informationen gezielt und für ihn deutlich erkennbar an den Betroffenen adressiert sind, wird den Anforderungen des Transparenzgebots entsprochen.“ Dass die Information auch über das Internet, z. B. mittels Pop-Up-Fenster zur Verfügung gestellt werden könnten (Rn. 18), macht nur dann Sinn, wenn der Betroffene von sich aus Dienste über das Internet in Anspruch nimmt. Für die aufgrund polizeilicher Datenerhebungen erforderlichen Informationspflichten trifft das nicht zu.

[82] Vgl. BVerfGE 109, 279, 365.

28

Übergreifend ist festzustellen, dass Art. 31 PAG-E entgegen der Intention der Verfasser (vgl. S. 84 o.) kaum an Übersichtlichkeit gewinnt. Nach der Entwurfssystematik würden die allgemeinen Informationspflichten des Abs. 3 S. 2 und 3 nur für offene, nicht aber für verdeckte Maßnahmen gelten, wofür kein Grund erkennbar ist. Andererseits würde der Ausnahmetatbestand des Abs. 4 S. 2 - entgegen der bisherigen Rechtslage - für offene Maßnahmen keine Wirkung entfalten. Vor dem Hintergrund der RiLi, die eine umfassende Stärkung der Betroffenenrechte fordert, ist diese Differenzierung schwer nachzuvollziehen.

15. Zu Art. 32 PAG-E (Datenerhebung):

29

Die Erweiterung der Analyse von DNA-Spurenmaterial in Art. 32 Abs. 1 S. 2 und 3 PAG-E ist zu begrüßen. Für eine entsprechende Ausweitung hatten sich anlässlich der Innenministerkonferenz im Juni 2017 bereits die Innenminister von Bund und Ländern ausgesprochen. Der Bundesminister der Justiz hatte sich im Rahmen der Justizministerkonferenz im Juni 2017 dieser Auffassung angeschlossen.[83] Bedenken hinsichtlich einer Nutzung kodierender Bereiche der DNA greifen insoweit nicht durch. Auch in § 81e StPO hat der Gesetzgeber eine Unterscheidung von zulässigen und nicht zulässigen Untersuchungen anhand der Begriffe „kodierender" und „nicht kodierender" Merkmale nicht vorgenommen.[84] Die Gesetzbegründung zu § 81e StPO führt in diesem Zusammenhang aus: *„Eine Unterscheidung von zulässigen und nichtzulässigen Untersuchungen anhand der Begriffe ‚kodierender' und ‚nicht-kodierender' Merkmale berücksichtigt ohnehin nicht ausreichend die neueren wissenschaftlichen Erkenntnisse. Auch nicht-kodierende Abschnitte des menschlichen Genoms sind nämlich Persönlichkeitsmerkmale. (...) Im Übrigen ist die DNA-Analyse nur Teilaspekt eines umfassenden Spurengutachtens. Herkunft, Entstehungsweise und Zusammensetzung des Spurenmaterials müssen oft im Wege einer ‚Genprodukt-Analyse' (ABO-Blutgruppen und zahlreiche weitere ‚genetisch' determinierte Blutmerkmalsysteme) untersucht werden, die zunehmend durch ‚Gen-Analysen' ersetzt werden. In unterschiedlichem Maße enthalten also bereits die derzeitigen Spurengutachten Informationen über kodierende und nicht-kodierende Anteile."*[85] § 81e StPO gestattet damit grundsätzlich auch die Analyse kodierender Bereiche der DNA, soweit hierdurch keine Feststellungen über schutzbedürftige Persönlichkeitsmerkmale getroffen werden und also der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit nicht betroffen ist.[86] Die Vorschrift ermöglicht es auf diese Weise, wissenschaftlichen Fortent-

[83] Vgl. becklink 2007036: „Justizministerkonferenz: Maas für Nutzung erweiterter DNA-Analyse im Strafverfahren".
[84] *Krause*, in: Löwe-Rosenberg, § 81e Rn. 25 m. w. N.; für eine Beschränkung der Untersuchungen im nicht-kodierenden Bereich allerdings der Entwurf der Fraktion der SPD unter BT-Drs. 13/3116, S. 6.
[85] BT-Drs. 13/667, S. 6.
[86] Vgl. auch BVerfGE 103, 21, 32.

wicklungen bei den Analysemethoden - in den von § 81e Abs.1 Satz 3 StPO gesetzten Grenzen - Rechnung zu tragen. Diese Überlegungen lassen sich auch auf die Verwendung zu Zwecken der Gefahrenabwehr übertragen. Soweit der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz in seiner insoweit ablehnenden Stellungnahme die Geeignetheit der Untersuchung in Frage stellt[87], ist darauf hinzuweisen, dass unter den prognostischen Erfordernissen der Gefahrenabwehr Wahrscheinlichkeiten zwischen 75 und 98 %[88] als praktisch äußerst relevant angesehen werden können. Insoweit sind andere Maßstäbe als für die Verurteilungswahrscheinlichkeit im strafprozessualen Bereich anzulegen.

16. Zu Art. 33 PAG-E (Offene Bild- und Tonaufnahmen):

a) Zu Abs. 1 Nr. 2 (Bildaufnahmen wegen Größe oder Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit):

30

Dass bei Veranstaltungen oder Ansammlungen, die an unübersichtlichen oder ausgedehnten Örtlichkeiten stattfinden, ein praktisches Bedürfnis für eine ressourcenschonende Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung besteht, ist im Ansatz nachvollziehbar. Indem Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E den Einsatz offener Bild- und Tonaufnahmen lediglich an ein nicht näher spezifiziertes Kriterium der Erforderlichkeit bindet, verletzt die Norm das verfassungsrechtliche Erfordernis einer präzisen bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage für diesen intensiven Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Betroffener.[89] Bereits in einer Kammerentscheidung aus dem Jahre 2007 hatte das BVerfG die auf Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 BayDSG gestützte Videoüberwachung eines öffentlichen Platzes als verfassungswidrig angesehen. Das Gericht führte aus, die Videoüberwachung sei ein *„intensiver Eingriff. Sie beeinträchtigt alle, die den betroffenen Raum betreten. Sie dient dazu, belastende hoheitliche Maßnahmen vorzubereiten und das Verhalten der den Raum nutzenden Personen zu lenken. Das Gewicht dieser Maßnahme wird dadurch erhöht, dass infolge der Aufzeichnung das gewonnene Bildmaterial in vielfältiger Weise ausgewertet, bearbeitet und mit anderen Informationen verknüpft werden kann. Von den Personen, die die Begegnungsstätte betreten, dürfte nur eine Minderheit gegen die Benutzungssatzung oder andere rechtliche Vorgaben, die sich aus der allgemeinen Rechtsordnung für die Benutzung der Begegnungsstätte ergeben, verstoßen. Die Videoüberwachung und die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials erfassen daher - wie bei solchen Maßnahmen stets - überwiegend Personen, die selbst keinen Anlass schaffen, dessentwegen die Überwachung vorgenommen wird.“*[90] Eine allgemeine Regelung, die die Datenerhebung lediglich durch das Gebot der Erforderlichkeit begrenze und bei der aufgaben- oder bereichsspezifische Voraus-

[87] (Fn. 60), S. 22 f.
[88] Vgl. BR-Drs. 117/17, S. 5.
[89] Vgl. BVerfGE 65, 1, 44 ff.; 100, 313, 359 f.; 110, 33, 52; 113, 348, 375.
[90] BVerfG NVwZ 2007, 688, 691.

setzungen der Datenerhebung fehlten, genüge nicht dem Bestimmtheitsgebot. *„Das in Art.16 Abs.1 BayDSG enthaltene Gebot der Erforderlichkeit kann die behördliche Praxis nicht hinreichend anleiten oder Kontrollmaßstäbe bereitstellen, wenn es nicht auf ein näher beschriebenes Normziel ausgerichtet wird. Die Norm bietet daher keine hinreichenden Maßstäbe für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Videoüberwachung. Auch kann der Einzelne auf dieser Grundlage nicht vorhersehen, bei welcher Gelegenheit, zu welchem Zweck und auf welche Weise Informationen über ihn erhoben werden dürfen.“*[91]

31

An diesen Maßstäben ist auch Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E zu messen. Zwar findet hier eine gewisse bereichsspezifische und ermessensleitende Konkretisierung dergestalt statt, dass die Maßnahme „wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit“ erforderlich sein muss. Die Vorschrift lässt aber völlig offen, wozu die Maßnahme erforderlich sein muss, welcher Zweck also mit ihr verfolgt wird. Auch spezifiziert die Vorschrift nicht, ob die betroffenen Personen für die Maßnahme einen Anlass geben müssen und wie dieser beschaffen sein muss. Damit wird die Entscheidung über ihren Einsatz einseitig in das Ermessen der Polizei gestellt und erlaubt die Vorschrift letzten Endes die anlasslose Überwachung jeglicher Menschenansammlungen (etwa: Konzertveranstaltungen, Bürgerfeste, Sportveranstaltungen, public viewing-Veranstaltungen) und Örtlichkeiten (etwa: belebte öffentliche Plätze und Straßen, Einkaufszentren, Bahnhöfe, Pausenhöfe, Schwimmbäder), die nicht ohne weiteres ohne Einsatz von Videotechnik überblickt werden können. Schon die Vielzahl der möglichen Einsatzszenarien zeigt, dass der Einzelne anhand der gesetzlichen Norm nicht vorhersehen kann, bei welcher Gelegenheit, zu welchem Zweck und auf welche Weise Informationen über ihn erhoben werden dürfen. Die Ermächtigung des Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E dürfte damit verfassungswidrig sein.

b) Zu Abs. 4 (Aufnahmegeräte zum Personenschutz):

32

Die Einführung einer Rechtsgrundlage in Art. 33 Abs. 4 PAG-E für den Einsatz von sog. Bodycams und ähnlichen Aufzeichnungsgeräten zum Personenschutz insbesondere eingesetzter Polizeibeamter ist ausdrücklich zu begrüßen. Mit dem - dringend regelungsbedürftigen - Einsatz solcher Geräte zu privaten Zwecken[92] ist die Maßnahme unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu vergleichen. Von einer abschreckenden und das Verhalten betroffener Personen lenkenden Wirkung von Videoaufzeichnungen geht auch das BVerfG grundsätzlich aus[93], weshalb an der Eignung der Maßnahme, das Ziel des Personenschutzes zu fördern - trotz erwägenswerter Einwände des Bayerischen Lan-

[91] A. a. O.
[92] Vgl. *Löffelmann*, JR 2016, 661.
[93] Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 688, 690 m. d. H. auf *Geiger*, Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, 1994, S. 52 ff.

desbeauftragten für den Datenschutz[94] - keine durchgreifenden Zweifel bestehen. Auch die technikoffene Ausgestaltung der Vorschrift ist sachgerecht. Verfassungsrechtlich problematisch erscheint hingegen die Regelung in Abs. 4 S. 2 zum Einsatz solcher Geräte in Wohnungen. Den erläuternden Hinweisen in der Entwurfsbegründung (S. 88 f.), die diesen Einsatzzweck auf die Schranke des Art. 13 Abs. 7 GG stützen, kann nicht gefolgt werden. Art. 13 Abs. 7 GG betrifft als Auffangtatbestand lediglich Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht, die nicht eine Durchsuchung darstellen oder durch den Einsatz technischer Mittel erfolgen.[95] Einschlägig wäre hier die Schranke des Art. 13 Abs. 5 GG, allerdings müsste in diesem Fall der Einsatz streng auf den Schutz der in der Wohnung tätigen Polizeibeamten beschränkt sein, da der Einsatz technischer Mittel sich ausdrücklich nicht auf den Schutz dritter Personen bezieht. Am einfachsten ließe sich die Verfassungskonformität der Regelung daher durch Streichung der Formulierung „oder eines Dritten" in S. 2 herstellen. Die mit Blick auf die Schranke des Art. 13 Abs. 4 GG wichtige Einschränkung „sofern damit nicht die Überwachung der Wohnung verbunden ist", wäre dann entbehrlich, ohne dass es einer Festlegung bedürfte, ob durch den Einsatz von Bodycams in Wohnungen eine (ungezielte) technische Überwachung der Wohnung zu sehen sei.[96]

c) Zu Abs. 5 (Verwendung automatischer Erkennungs- und Auswertungssysteme):

33

Durch den Einsatz automatischer Erkennungs- und Auswertungssysteme bei Maßnahmen nach den Abs. 1 bis 3, zu dem Abs. 5 ermächtigt, erhöht sich beträchtlich die jeweilige Leistungsfähigkeit der Maßnahme zur Erfassung relevanter personenbezogener Daten, an die sich weitere Verwendungsmöglichkeiten anschließen können, und damit ihre Eingriffsintensität. In diesem Sinne hat das BVerfG festgestellt, eine *„Besonderheit des Eingriffspotentials von Maßnahmen der elektronischen Datenverarbeitung liegt in der Menge der verarbeitbaren Daten, die auf konventionellem Wege gar nicht bewältigt werden könnte. Der mit solchen technischen Möglichkeiten einhergehenden gesteigerten Gefährdungslage entspricht der hierauf bezogene Grundrechtsschutz."*[97] In seiner Entscheidung zur automatisierten Kfz-Kennzeichenerfassung hat das BVerfG ausgeführt, die *„besondere Schlagkraft und Eingriffsintensität eines derartigen Observationsmittels entsteht sowohl aus der Vervielfachung der Zahl der möglichen Erfassungsvorgänge (vgl. BVerfGE 107, 299 [328]; 115, 320 [357]) gegenüber den bisherigen technischen und personellen Möglichkeiten der Polizei als auch aus den durch die*

[94] (Fn. 60), S. 25.
[95] *Jarass*/Pieroth, Art. 13 Rn. 34.
[96] So der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, (Fn. 60), S. 26; ggf. ließe sich eine (weitgehende) Beschränkung des Einsatzes auf den Personenschutz auch durch geeignete technische Vorkehrungen erreichen, etwa durch die Verwendung von nur für Nahaufnahmen geeignete Geräte.
[97] BVerfGE 65, 1, 42; 113, 29, 45 f.; 115, 320, 342; 120, 278, 398.

Automatisierung und Vernetzung ermöglichten verbesserten Bedingungen für eine effektive und zudem heimliche Datenerfassung und -verarbeitung.“[98]

34

Dieser Befund trifft auch auf den Einsatz automatischer Erkennungs- und Auswertungssysteme für Video- und Bildaufzeichnungen zu. Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs.[99] Hier handelt es sich um eine Maßnahme, die über eine große Streubreite verfügt und von der entsprechend Einschüchterungseffekte und ein Gefühl des Überwachtwerdens ausgehen können[100], zumal den betroffenen Personen nicht erkennbar ist, ob die Aufzeichnungen automatisiert ausgewertet werden. Teilweise knüpft die Maßnahme sogar an Voraussetzungen an, die vollkommen unabhängig von einer etwaigen Verantwortlichkeit der betroffenen Personen für eine Gefahr (Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3) oder davon sind, ob überhaupt eine Gefahr für ein Rechtsgut gegeben ist (Abs. 1 Nr. 2). An die erfolgreiche Datenanalyse können sich zudem weitere Maßnahmen von großer Tragweite anschließen, bis hin zur strafrechtlichen Verfolgung. Dabei sind die betroffenen Personen einem rein automatischen Vorgang ausgesetzt, auf den sie keinerlei Einfluss haben.[101] Vor diesem Hintergrund ist der Einsatz automatischer Erkennungs- und Auswertungssysteme als schwer wiegender Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffener Personen zu qualifizieren. Eine Ermächtigung hierfür bedarf einer präzisen bereichsspezifischen Grundlage, die sicherstellt, dass sich Anlass und Umfang der Maßnahme sowie die Verwendung daraus gewonnener Daten in den vom Gesetzgeber festgelegten Grenzen der Verhältnismäßigkeit halten. Diese Funktion erfüllt Abs. 5 nicht. S. 1 macht den Einsatz solcher Systeme ausschließlich davon abhängig, dass dies „die jeweilige Gefahrenlage auf Grund entsprechender Erkenntnisse erfordert.“ Ermessensleitende Kriterien dafür, unter welchen Umständen dies der Fall sei, fehlen vollständig. Damit legt die Norm die Entscheidung über die relevanten Maßstäbe und damit den Einsatz der Systeme ganz in die Hand der Polizeibehörden. Auch eine Beschränkung der Maßnahme auf die Bekämpfung von Bedrohungen durch Terrorismus und gewaltbereiten Extremismus, worauf die Begründung hinweist (S. 89), enthält die Norm nicht. Die Ermächtigung nach Abs. 5 S. 1 dürfte daher als verfassungswidrig zu qualifizieren sein. Mit Blick auf das gezielte Tracking individueller Personen nach Abs. 5 S. 2 ist die Norm zwar präziser gefasst, da dieser Einsatz nur zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zulässig ist. In Konstellationen nach Abs. 1 Nr. 2 schließt dies eine Anwendung aus, in den anderen Konstellationen nach Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2

[98] BVerfGE 120, 278, 407.
[99] BVerfGE 110, 33, 55.
[100] Zu diesen Topoi vgl. BVerfGE 65, 1, 42; 107, 299, 328; 113, 29, 46; 115, 320, 354 f.; 120, 378, 402; 125, 260, 319, 332; ähnlich EuGH, Urteil vom 8.4.2014, C293/12 und C594/12, Rn. 37 zur „Vorratsdatenspeicherung“.
[101] Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/680 verlangt daher, „dass eine ausschließlich auf einer automatischen Verarbeitung beruhende Entscheidung - einschließlich Profiling -, die eine nachteilige Rechtsfolge für die betroffene Person hat oder sie erheblich beeinträchtigt, verboten ist, es sei denn, sie ist nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten,

und 3 schränkt es sie ein. Vor dem Hintergrund, dass die Eingriffsintensität hier nochmals höher anzusetzen ist, erscheint die Maßnahme aber jedenfalls, soweit sie auch bei lediglich drohenden Gefahren eingesetzt werden kann, verfassungsrechtlich als nicht unbedenklich.

17. Zu Art. 34 PAG-E (Elektronische Aufenthaltsüberwachung):

35

Auf die im Gesetzgebungsverfahren zur Einführung der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung durch das Gesetz vom 24.07.2017 geäußerte Kritik wird Bezug genommen.[102] Die Novellierung der Vorschrift sollte Anlass bieten, die rechtstatsächliche Wirksamkeit und Praxistauglichkeit der Maßnahme anhand der bislang gewonnenen Erfahrungswerte zu überprüfen.

Eine Weiterung enthält die Norm in der Fassung des Entwurfs nur dahin, dass nach Abs. 1 Hs. 2 des Art. 48 PAG-E, der Art. 34a Abs. 5 und 6 PAG ersetzt, für die weitere Verwendung der erhobenen Daten für Zwecke der Gefahrenabwehr nunmehr „auch ein Ansatz für weitere Sachverhaltsaufklärungen“ ausreichend ist. Da es sich bei den durch eine elektronische Aufenthaltsüberwachung erhobenen personenbezogenen Daten um solche von hoher Persönlichkeitsrelevanz handelt, die u. a. auch die Erstellung eines lückenlosen Bewegungsprofils über einen längeren Zeitraum erlauben, erscheint diese Schwelle unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten als zu niedrig. Ein bloßer „Ansatz für weitere Sachverhaltsaufklärungen“ auch in anderen Zusammenhängen kann sich aus diesen Daten z. B. dergestalt ergeben, dass sie Auskunft über Örtlichkeiten geben, an denen sich die überwachte Person aufgehalten hat, und an denen weitere Aufklärungsmaßnahmen ansetzen können. Damit können die erlangten sensiblen Daten praktisch unbegrenzt weiter verarbeitet werden.

18. Zu Art. 35 PAG-E (Postsicherstellung):

a) Zu Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (Anordnung bei drohender Gefahr):

36

Die neu geschaffene Ermächtigung zur Postsicherstellung ist zu beanstanden, soweit sie als Anlass eine drohende Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 oder 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut ausreichen lässt. Angesichts dessen, dass die Maßnahme in schwer wiegender Weise in das Postgeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG eingreift, sind die an das Bestehen einer drohenden Gefahr geknüpften Anordnungsvoraussetzungen zu vage. Auf die Ausführungen unter Rn. 3 f. wird Bezug genommen.

dem der Verantwortliche unterliegt und das geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person bietet, zumindest aber das Recht auf persönliches Eingreifen seitens des Verantwortlichen erlaubt.“

[102] Vgl. *Löffelmann* (Fn. 43) unter II. 3.; *ders*., BayVBl. Heft 5/2018 unter 2. c).

Der Zuschnitt des § 50 BKAG, auf den sich die Entwurfsbegründung bezieht, ist schon im Ansatz wegen des engeren Aufgabenbereichs des BKA deutlich enger.

b) Zu Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (Anordnung gegen Nachrichtenmittler):

37

Die Bedenken des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz zu Art. 35 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E betreffend die Einbeziehung von Nachrichtenmittlern in die Überwachung[103] werden hingegen nicht geteilt. Die entsprechenden Ausführungen des BVerfG im BKAG-Urteil, auf die sich der Landesbeauftragte bezieht, sind einerseits im Zusammenhang mit den dort überprüften – noch eingriffsintensiveren – heimlichen technischen Überwachungsmaßnahmen zu sehen. Auf die Postbeschlagnahme, die eine wesentlich geringere Streubreite aufweist, können diese Maßstäbe nicht ohne weiteres übertragen werden, da das BVerfG der Eingriffstiefe maßgebliche Bedeutung für die Art der Überwachungsmaßnahmen gegenüber Dritten zumisst.[104] Entsprechend erlaubt § 99 S. 2 StPO - bislang verfassungsrechtlich unbeanstandet - die Beschlagnahme von Postsendungen bei dritten Personen, wenn *„aus vorliegenden Tatsachen zu schließen ist, dass sie von dem Beschuldigten herrühren oder für ihn bestimmt sind.“* Nicht beanstandet hat das BVerfG[105] zudem sogar im Bereich der strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung die Anordnung gegen Personen, *„von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt“* (§ 100a Abs. 3 StPO). Im BKAG-Urteil ist das BVerfG vor diesem Hintergrund so zu verstehen, dass die erforderliche *„spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr oder Straftat“* gerade aus der Eigenschaft, Nachrichtenmittler für die verantwortliche Person zu sein, herrühren kann. Demgegenüber *„reicht es nicht schon, dass sie mit der Zielperson überhaupt in irgendeinem Austausch stehen. Vielmehr bedarf es zusätzlicher Anhaltspunkte, dass der Kontakt einen Bezug zum Ermittlungsziel aufweist und so eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Überwachungsmaßnahme der Aufklärung der Gefahr dienlich sein wird (vgl. BVerfGE 107, 299 <322 f.>; 113, 348 <380 f.>).“* Nachrichtenmittler zu sein, ist mehr, als „in irgendeinem Austausch“ zu stehen; die dieser Wertung zugrunde liegenden Tatsachen stellen „zusätzliche Anhaltspunkte“ für die Geeignetheit der Maßnahme dar. Die Formulierung „und sie daher mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage steht“ in Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E ist daher entbehrlich und missverständlich und sollte gestrichen werden.

[103] (Fn. 60), S. 31 f.
[104] BVerfGE 141, 220, 274 f.
[105] BVerfGE 129, 208, 242 f.

c) Zu Abs. 3 (gerichtliche Anordnung):

38

Um dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechtseingriffs angemessen Rechnung zu tragen, sollte neben den qualifizierten Begründungspflicht für die gerichtliche Anordnung in Art. 35 Abs. 3 PAG-E - wie auch in § 50 Abs. 2 und 3 BKAG[106] - ein qualifiziertes Antragserfordernis vorgesehen werden.

d) Zu Abs. 4 S. 2 (Übertragung der Befugnis zum Öffnen):

39

Soweit in Art. 35 Abs. 4 S. 2 PAG-E die Befugnis zur Öffnung der Sendungen auf die Polizei übertragen werden kann, erscheint auch dies zu weit. Die Übertragung ist – anders als in § 100 Abs. 3 S. 2 StPO, wo dies nur in Betracht kommt, wenn der Erfolg der Ermittlungen von einem sofortigen Eingreifen der Staatsanwaltschaft abhängt und damit zu rechnen ist, dass sich aus der beschlagnahmten Post Anhaltspunkte für Art, Umfang oder Ort weiterer Ermittlungen ergeben[107] – an keinerlei substanzielle Voraussetzungen gebunden. Die Formulierung „soweit dies in zeitlicher Hinsicht erforderlich ist“, ermöglicht eine Übertragung z. B. bereits bei jeder aus der zusätzlichen Belastung des Gerichts resultierenden Verzögerung der Überprüfung. Hinzu kommt, dass, anders als von der Staatsanwaltschaft, bei der es sich um ein Organ der Rechtspflege handelt, die Wahrnehmung einer präventiv grundrechtsschützenden Funktion von der Polizei nicht ohne weiteres erwartet werden kann. Entsprechend ist die Übertragungsbefugnis nach § 50 Abs. 5 S. 2 BKAG deutlich enger gestaltet (Zuständigkeit des Präsidenten des BKA oder seiner Vertretung) und auch nur bei Gefahr im Verzug möglich.

Im Übrigen ist die Schaffung der Ermächtigung, die eine Regelungslücke zur Telekommunikationsüberwachung schließt[108], zu begrüßen.

19. Zu Art. 36 PAG-E (Besondere Mittel der Datenerhebung):

a) Zur Überschrift und Systematik:

40

Die Überschrift der Norm, die bislang diverse Mittel der Datenerhebung versammelt (langfristige Observation, verdeckte Bildaufnahmen, verdeckter Einsatz von Peilsendern und ähnlichen Geräten, „kleiner Lauschangriff“, Einsatz von V-Leuten, automatische Kennzeichenüberwachung), ist nach der

[106] Vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 119.
[107] BT-Drs. 7/551, S. 65.
[108] Vgl. BT-Drs. 18/11163, S. 119, wo zu § 50 BKAG darauf hingewiesen wird, die Regelung sei „notwendig, da terroristische Tätergruppen verstärkt auf konventionelle Postsendungen in bestimmten Bereichen Ihrer Kommunikation zugreifen. Auch für die Verbringung von logistischen Gütern erlangt der Postweg zunehmende Bedeutung gegenüber den bisher prak-

beabsichtigten „Auslagerung“ der in Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 geregelten Maßnahmen wenig aussagekräftig. Es sollte daher erwogen werden, im Zuge der Novellierung entsprechend der sonstigen Systematik des Entwurfs den verbleibenden Maßnahmen jeweils eigene Normen zuzuweisen, auch um ihre selbständige Bedeutung und unterschiedliche Eingriffsintensität deutlich zu machen.

b) Zu Abs. 1 Nr. 2 lit. a) (Einsatz automatisierter Erkennungs- und Auswertungssysteme):

41

Auf die erheblich erhöhte Eingriffsintensität von Bildaufnahmen und Videoaufzeichnungen, wenn deren Einsatz mit automatisierten Erkennungs- und Auswertungssystemen verbunden ist, wurde bereits hingewiesen (oben Rn. 33 f.). Die Ermächtigungsnorm trägt dem nicht durch erhöhte Anordnungsvoraussetzungen Rechnung und begegnet daher, insbesondere, soweit sie bei nur drohenden Gefahren zulässig ist, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten verfassungsrechtlichen Bedenken. Anders als für die längerfristige Observation und die akustische Überwachung des gesprochenen Worts außerhalb von Wohnraum (vgl. Abs. 4 S. 1) wird hier auch keine verfahrensrechtliche Absicherung in Form eines Richtervorbehalts geschaffen, sondern lediglich ein Behördenleitervorbehalt mit weiterer Delegationsmöglichkeit (Abs. 5 S. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 4 S. 2 und 3).

c) Zu Abs. 1 Nr. 2 lit. b) (längerfristiger Einsatz von technischen Observationsmitteln):

42

Ähnliches gilt für die Befugnis unter Abs. 1 Nr. 2 lit. b), soweit diese auch eine Ermächtigung zum Erstellen von Bewegungsbildern enthält. Das BVerfG hat insoweit in seinem Urteil zum BKAG ausgeführt, nicht zu beanstanden sei, *„dass für die Anfertigung von Bildaufnahmen sowie für nur kurzfristige Observationen - auch mittels Bildaufzeichnungen oder technischer Mittel wie Peilsender - ein Richtervorbehalt nicht vorgesehen ist. Bleiben die Überwachungsmaßnahmen in dieser Weise begrenzt, haben sie kein so großes Eingriffsgewicht, dass deren Anordnung durch einen Richter verfassungsrechtlich geboten ist (…). Demgegenüber ist eine unabhängige Kontrolle verfassungsrechtlich aber unverzichtbar, wenn Observationen im Sinne des § 20g Abs. 2 Nr. 1 BKAG längerfristig - zumal unter Anfertigung von Bildaufzeichnungen oder unter Nutzung besonderer technischer Mittel wie Peilsender - durchgeführt werden, wenn nichtöffentliche Gespräche erfasst oder Vertrauenspersonen eingesetzt werden. Diese Maßnahmen dringen unter Umständen so tief in die Privatsphäre ein, dass deren Anordnung einer unabhängigen Instanz, etwa einem Gericht, vorbehalten bleiben muss.“*[109] Danach ist für den längerfristigen Einsatz von technischen Observationsmitteln und erst recht dann, wenn

tizierten persönlichen Übergaben.“ Das gilt auch für bestimmte Bereiche nicht-terroristischer Kriminalität, etwa den Handel mit Betäubungsmitteln.

[109] BVerfGE 141, 220, 294.

damit die Erstellung von Bewegungsbildern verbunden ist, eine richterliche Anordnung erforderlich, zumal die Einsatzmöglichkeiten nach PAG-E ungleich weiter sind als nach dem BKAG.

d) Zu Abs. 1 Nr. 2 lit. c) („kleiner Lauschangriff"):

43

In seiner Eingriffsintensität ist das heimliche Mithören und Aufzeichnen des gesprochenen Worts außerhalb von Wohnraum grundsätzlich dem Gewicht einer Telekommunikationsüberwachung vergleichbar (vgl. auch § 100f StPO).[110] Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Recht am gesprochenen Wort einen stärkeren persönlichkeitsrelevanten Gehalt hat, der in unterschiedlichen Überwachungssituationen stark variieren kann. Bei Art. 10 GG steht hingegen unabhängig von der Gesprächssituation und den Gesprächsinhalten der Schutz der technisch bedingten Einbuße an Privatheit im Vordergrund des Normzwecks.[111] Vor dem Hintergrund des im Einzelfall durch die Überwachung außerhalb von Wohnraum vermittelten beachtlichen Grundrechtseingriffs erscheint das Fehlen qualifizierter Anordnungsvoraussetzungen auch hier, insbesondere soweit die Maßnahme schon bei nur drohender Gefahr, also im Gefahrenvorfeld, angeordnet werden kann, verfassungsrechtlich bedenklich. Zu begrüßen ist allerdings, dass in Art. 36 Abs. 4 S. 1 PAG-E nunmehr die notwendige Anordnung durch einen Richter vorgesehen ist.

e) Zu Abs. 2 Nr. 2 (Maßnahmen gegen Kontakt- und Begleitpersonen):

44

Anders als bei Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E (vgl. oben Rn. 37) genügt die Erstreckung besonderer Maßnahmen der Datenerhebung auf „mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehende Kontakt- und Begleitpersonen" nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die heimliche Überwachung dritter Personen. Bestimmte Tatsachen, die auf eine „spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr" deuten, sind hier nicht vorausgesetzt. Auch die bereits konkretisierte Annahme eines Kontakts in Gestalt der Eigenschaft, Nachrichtenmittler zu sein, spielt hier keine Rolle. Gesetzliche Voraussetzung ist allein die auf die Erkenntnis, dass es sich um eine Kontakt- oder Begleitperson handelt, gestützte Vermutung, die Person stehe in einem Zusammenhang mit der Gefahrenlage. Anders als in § 16a Abs. 1 S. 3 und 4 PolG NRW enthält der PAG-E auch keine konkretisierenden Kriterien zur Bestimmung von Kontakt- und Begleitpersonen. Damit können beliebige Personen, mit denen die Zielperson in Kontakt tritt, überwacht werden. In seinem Urteil zum

[110] So BT-Drs. 12/989, S. 39; vgl. auch die Anlehnung der einschlägigen Regelung in § 100f StPO an die Vorschriften zur Telekommunikationsüberwachung.
[111] Vgl. BVerfGE 106, 28, 36; 107, 299, 313; BVerfGK 9, 62; BVerfG NJW 2007, 2752; 2007, 3343, 3344. Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob Art. 10 GG generell als lex specialis gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbe-

BKAG hat das BVerfG deutlich festgestellt: *„Eine Überwachung von Personen, die - allein gestützt auf die Tatsache eines Kontaktes zu einer Zielperson - erst versucht herauszufinden, ob sich hierüber weitere Ermittlungsansätze erschließen, ist verfassungsrechtlich unzulässig.“*[112] Hier handelt es sich auch nicht durchgehend um Überwachungsmaßnahmen, die eine geringere als die dort maßgebliche Eingriffstiefe aufweisen, so dass geringere Anforderungen an die Überwachung dritter Personen gestellt werden könnten.[113] Namentlich trifft dies nicht auf die akustische Überwachung des gesprochenen Worts außerhalb von Wohnraum und auf die Erstellung von Bewegungsbildern zu.[114]

f) Zu Abs. 2 Nr. 3 (Maßnahmen gegen nicht verantwortliche Personen):

45

Auch die Anforderungen an den Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung gegen nicht verantwortliche Personen werden gegenüber dem geltenden Recht beträchtlich abgesenkt, indem auf die Einschränkung, dass *„dies erforderlich ist zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint“* verzichtet wird. Die besonderen Mittel der Datenerhebung stellen damit im Hinblick auf nicht verantwortliche Personen eine Standardbefugnis dar, die nicht mehr als verhältnismäßig angesehen werden kann. Soweit die Entwurfsbegründung (S. 95) unter Verweis auf das Urteil des BVerfG zum BKAG davon ausgeht, die Überwachung von Nichtstörern unter den Voraussetzungen des Art. 10 PAG sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, verwundert dies. Das BVerfG würdigt die Möglichkeit der Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen unzweideutig und differenzierend im Kontext der Aufgabe des BKA zur Terrorabwehr und kommt zu dem Schluss: *„Erforderlich ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für die in § 20g Abs. 1 Satz 1 BKAG genannten Rechtsgüter, für deren Abwehr die Maßnahme unmittelbar zielführend sein muss. Unter diesen Maßgaben ist eine Inanspruchnahme des Nichtstörers nicht unverhältnismäßig.“*[115] Weder entspricht der Katalog der Rechtsgüter des § 20g Abs. 1 BKAG dem des Art. 36 Abs. 2 PAG-E, noch stehen die dortigen Maßnahmen - entgegen der Entwurfsbegründung, die von „ultima ratio“ spricht (S. 95) - unter einem strengen Subsidiaritätsvorbehalt („auf andere Weise aussichtslos“).

---

stimmung angesehen werden kann, da es der verschiedenen Persönlichkeitsrelevanz von Gesprächsinhalten nicht ausreichend Rechnung trägt.

[112] BVerfGE 141, 220, 274 f.

[113] Vgl. a. a. O. a. E.: „Dies hindert hinsichtlich solcher Kontaktpersonen allerdings von Verfassungs wegen nicht Ermittlungsmaßnahmen geringerer Eingriffstiefe mit dem Ziel, gegebenenfalls die Eingriffsschwelle für intensivere Überwachungsmaßnahmen zu erreichen.“

[114] BVerfGE 141, 220, 287.

g) Zu Abs. 3 S. 2 (Erstellung von Bewegungsbildern in Wohnungen):

46

Unzureichend ist auch der in Abs. 3 S. 2 neu in Bezug genommene Schutzmechanismus des Art. 34 Abs. 2 S. 2 und 3 PAG-E bei der Erstellung von Bewegungsbildern, soweit Daten aus Wohnungen betroffen sind. Auf die entsprechende Kritik im Verfahren zu dem Gesetz vom 24.07.2017 wird Bezug genommen.[116]

20. Zu Art. 37 und 38 PAG-E (Einsatz Verdeckter Ermittler und von Vertrauenspersonen):

47

Die ausdrückliche und separate Regelung des Einsatzes Verdeckter Ermittler und von Vertrauenspersonen in Art. 37 und 38 PAG-E ist zu begrüßen. Sie folgt einer breiteren Tendenz in der Sicherheitsgesetzgebung auf Bundes- und Landesebene, dieses, für die Aufklärung konspirativer Strukturen wichtige Mittel normenklar zu regeln und dabei insbesondere die Handlungsspielräume klar zu begrenzen sowie unzuverlässige Personen von einer Verwendung als V-Person auszuschließen.[117] Die Eingriffsschwelle in Art. 37 Abs. 1 PAG-E und Art. 38 Abs. 1 PAG-E ist nur insoweit zu beanstanden, als der Einsatz auch bei lediglich drohender Gefahr zulässig ist. Auf die Ausführungen unter Rn. 3 f. und Rn. 41 - 43 wird Bezug genommen. Entsprechend gilt auch hier die Kritik am zulässigen Kreis der Zielpersonen (vgl. oben Rn. 44 f.). Daran anschließend stellt sich freilich die Frage, ob der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen ein geeignetes und erforderliches Instrument auch im Bereich der Gefahrenabwehr darstellt. Dieses Mittel findet seinen primären Anwendungsbereich in der präventiven Ausleuchtung staatsgefährdender und krimineller konspirativer Strukturen, also im Bereich der nachrichtendienstlichen Aufklärung und der Organisationsdelikte, dort namentlich zur Gewinnung weiterer Ermittlungsansätze.[118] Die Beweisrelevanz der durch den Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen für die Verfolgung von Straftaten gewonnenen Erkenntnisse ist demgegenüber erfahrungsgemäß sehr gering, gerade auch aufgrund der begrenzten gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Offenlegung der Einsatzmodalitäten und des dadurch stark verminderten Beweiswerts der erlangten Erkenntnisse. Ähnlich dürfte für den Bereich der Gefahrenabwehr zutreffen, dass die Geheimhaltung der Identität von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen riskiert wird, um eine Gefahr abzuwehren. Vor diesem Hintergrund wäre

---

[115] BVerfGE 141, 220, 289.
[116] Vgl. *Löffelmann* (Fn. 43) unter II. 3. a).
[117] Vgl. §§ 9a und 9b BVerfSchG, eingeführt durch das Änderungsgesetz vom 17.11.2015, BGBl. I, 1938; Art. 18, 19 BayVSG, eingeführt durch das Änderungsgesetz vom 12.07.2016, GVBl. 2016, 145; §§ 13, 14 Entwurf eines Gesetzes zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Hessen, Hessischer Landtag Drucksache 19/5412.
[118] Ausf. zu Bedeutung und Notwendigkeit des Einsatzes geheimer Mitarbeiter im Bereich der Nachrichtendienste *Dietrich*, in: Dietrich/Eiffler, Teil VI § 2, insbes. Rn. 50 ff.

grundsätzlich zu erwägen, ob der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen nicht konsequent auf den Einsatz zu Zwecken der nachrichtendienstlichen Aufklärung und der Verfolgung von Organisationsdelikten konzentriert werden sollte, auch um Kompetenzüberschneidungen nach Möglichkeit zu vermeiden. Um einen verbleibenden Bereich identifizieren zu können, in welchem der Einsatz geheimer Mitarbeiter zum Zweck der Gefahrenabwehr Sinn macht, wären rechtstatsächliche Erkenntnisse über die dort gesammelten Erfahrungen notwendig.[119]

48

Grundsätzlich sachgerecht und mit Blick auf die zunehmende Bedeutung von Aufklärungsmaßnahmen im Internet zu begrüßen ist die Erstreckung der Befugnisse nach Art. 37 Abs. 4 S. 1 und 3 PAG-E auf Internetermittler (Abs. 4 S. 4 Nr. 1).[120] Allerdings trägt sie nicht den insoweit in Betracht kommenden unterschiedlichen Eingriffsintensitäten verschiedener Arten von Internetrecherche Rechnung.[121] So bedarf zwar das Recherchieren in öffentlich zugänglichen Bereichen im Internet - auch wenn diese eine Registrierung als Nutzer erfordern[122] - nach allgemein konsentierter Auffassung keiner besonderen Ermächtigung[123], wohl aber, wenn die so gewonnenen Daten durch ihre systematische Erfassung, Sammlung und Verarbeitung einen zusätzlichen Aussagewert erhalten[124], wenn durch Sichtung allgemein zugänglicher Inhalte und unter Hinzuziehung weiterer Daten ein umfassendes Persönlichkeitsprofil des Betroffenen erstellt wird[125], wenn in zugangsgeschützte Kommunikationsbereiche im Internet ohne Einwilligung eines der Kommunikationsteilnehmer eingedrungen wird[126] sowie wenn ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausgenutzt wird, um persönliche Daten zu erheben, die die staatlichen Stellen ansonsten nicht erhalten würden [127]. Vor diesem Hintergrund ist zu befürchten, dass Art. 37 Abs. 4 S. 4 PAG-E in der Praxis als Ermächtigungsgrundlage für jedwede Art von Datenerhebung im Internet herangezogen wird.

49

Erwägenswert wäre es zudem, im Gesetztext klarzustellen, dass Verdeckte Ermittler keine Straftaten begehen dürfen und ggf. ihr Einsatz unverzüglich zu beenden ist. In § 9a Abs. 2 BVerfSchG und Art.

---

[119] Über den tatsächlichen Umfang und die Bedeutung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und V-Personen im Bereich der Gefahrenabwehr liegen keine Erkenntnisse vor, vgl. die wenig aussagekräftige Antwort der Bayerischen Staatsregierung auf die schriftliche Anfrage des Abgeordneten *Schindler* unter Bayerischer Landtag Drucksache 17/18079.

[120] So bereits in Art. 18 Abs. 4 BayVSG, dazu *Löffelmann*, BayVBl. 2017, 253, 261.

[121] Dazu ausf. *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Teil VI § 5 Rn. 53 ff., auch zu weiteren landesrechtlichen Sonderregelungen.

[122] Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100a Rn. 7; *Kudlich*, GA 2011, 193, 198 f.

[123] Vgl. BVerfGE 120, 274, 340 ff., 344 ff.; *Zöller*, GA 2000, 563, 567, 569; *Böckenförde*, S. 196 f.; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100a Rn. 7; *Kudlich*, StV 2012, 560, 566; *Bär*, ZIS 2011, 58; *Schulz*/*Hoffmann*, CR 2010, 131 , 136; *Soiné*, NStZ 2014, 248; ausf. *Biemann*, S. 65 ff.

[124] BVerfGE 120, 351, 361 f.; vgl. auch BVerfGE 115, 320 zur präventiv-polizeilichen Rasterfahndung; BVerwG NVwZ 2011, 161, 163; enger *Singelnstein*, NStZ 2012, 593, 600: Eingriff bereits bei gezielter Recherche zu einer bestimmten Person.

[125] BVerfGE 120, 274, 344 f.

[126] BVerfGE 120, 274, 341; vgl. auch *Zöller*, GA 2000, 563, 573; *Böckenförde*, S. 255; *Sankol*, JuS 2006, 698, 699; *Singelnstein*, NStZ 2012, 593, 600.

[127] BVerfGE 120, 274, 344 f.; dazu *Soiné*, NStZ 2014, 248, 249.

18 Abs. 2 BayVSG findet sich hierfür ein Regelungsvorbild. Der in diese Richtung zielenden Kritik des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz wird beigetreten.[128]

Im Übrigen sind Art. 37 und 38 PAG-E - auch mit Blick auf die erweiterte Höchstdauer der Anordnung von sechs Monaten[129] - nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf die Bedenken des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz an der Ausgestaltung des Zuverlässigkeitsüberprüfungsverfahrens[130] erscheint fraglich, ob Vertrauenspersonen tatsächlich in einem Subordinationsverhältnis stehen, da sie - anders als Verdeckte Ermittler - nicht weisungsgebunden sind und keinem Dienstrecht unterstehen. Da die einfachgesetzliche Regelung des Einsatzes von Verdeckten Mitarbeitern und V-Leuten auf Bundesebene in dem dortigen Gesetzgebungsverfahren eingehend erörtert wurde[131], wird hier auf eine weitere vertiefte Auseinandersetzung der Problematik verzichtet.

21. Zu Art. 39 PAG-E (Automatisierte Kennzeichenerfassungsysteme):

50

Die beabsichtigte Regelung der automatisierten Kennzeichenerfassung in einer eigenständigen Norm ist unter systematischen Gesichtspunkten zu begrüßen. Soweit die Maßnahme durch Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) PAG-E nunmehr auch bei lediglich drohenden Gefahren zulässig ist und soweit sie die Erstellung von Bewegungsbildern erlaubt, ist dies allerdings zu beanstanden.

In seiner Entscheidung zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen hat das BVerfG herausgearbeitet, dass dieser Maßnahme, soweit sie nicht ausschließlich auf die Identifizierung eines (z. B. gestohlenen) Fahrzeugs gerichtet ist, sondern genutzt werde, um die gewonnen Informationen für weitere Zwecke zu nutzen, etwa um Aufschluss über das Verhalten des Fahrers zu erhalten, eine beträchtliche Grundrechtsrelevanz zukomme. So ließen sich durch die Kennzeichenerfassung Informationen über das Bewegungsverhalten des Betroffenen sowie Zeitpunkte und Dauer seiner Aufenthalte an bestimmten Örtlichkeiten gewinnen, die Rückschlüsse auf sein Verhalten und seine Gewohnheiten zulassen. Bei einem längeren Einsatz könne die Kennzeichenerfassung als ein Mittel der Observation eingesetzt werden. Die *„besondere Schlagkraft und Eingriffsintensität eines derartigen Observationsmittels“* entstehe *„sowohl aus der Vervielfachung der Zahl möglicher 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*

[128] (Fn. 60), S. 36.
[129] Zum Vergleich: § 110b StPO sieht eine Höchstfrist gar nicht vor; a. A. der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, (Fn. 60), S. 35.
[130] (Fn. 60), S. 38.
[131] Vgl. insbes. die Stellungnahmen der Sachverständigen unter Deutscher Bundestag, Innenausschuss, Ausschussdrucksachen 18(4)328A (*Bäcker*), 18(4)328B (*Körting*), 18(4)328C (*Maaßen*), 18(4)328 D (*Roth*), 18(4)328E (*Wolff*), 18(4)328F

heimliche Datenerfassung und -verarbeitung."[132] Vor diesem Hintergrund moniert das BVerfG u. a., dass die damals in Rede stehende Regelung des HessSOG die Maßnahme nicht auf die Abwehr einer konkreten Gefahr beschränke.[133]

51

Indem die Regelung des Art. 39 Abs. 1 PAG-E ausdrücklich an Art. 13 Abs. 1 PAG-E anknüpft, also an Maßnahmen der Identitätsfeststellung, zielt sie auf das Erlangen von Informationen, die über die Identifizierung des Fahrzeugs hinausgehen und unmittelbar den Fahrer betreffen. Erfasst werden neben dem Kennzeichen Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung. Sind Personen zur polizeilichen Beobachtung, gezielten Kontrolle oder verdeckten Registrierung ausgeschrieben [Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a)], dürfen die einzelnen Daten auch zu einem Bewegungsbild verbunden werden (Abs. 3 S. 3). Die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung oder gezielten Kontrolle unterliegt dabei nach Art. 40 PAG-E selbst keinen sonderlich hohen Anforderungen und ist insbesondere nach dem dortigen Abs. 1 Nr. 2 auch bei lediglich drohender Gefahr für bedeutende Rechtsgüter und nach der dortigen Nr. 3 sogar im Falle von Kontaktpersonen zulässig. Damit ermöglicht Art. 39 PAG-E im Gefahrenvorfeld die Erstellung von Bewegungsbildern mutmaßlicher Kontaktpersonen vermeintlicher „Gefährder". Ihrer gesetzlichen Ausgestaltung nach eignet ihr daher eine sehr große Streubreite, von der maßgebliche Einschüchterungseffekte ausgehen können, und auch eine große Eingriffstiefe. Daran gemessen erscheinen die Anordnungsvoraussetzungen deutlich zu niedrig und jedenfalls im Falle lediglich drohender Gefahren nicht mehr verfassungsmäßig. Die - an Ausführungen des BVerfG anschließende[134] - Eingrenzung durch das „Vorliegen entsprechender Lageerkenntnisse" (S. 1) begrenzt die Weite der Norm nicht hinreichend, denn dieser Formulierung fehlt jede Konkretisierung dahin, worauf sich solche Erkenntnisse beziehen müssen: Auch die Erkenntnis, dass sich eine mutmaßliche Kontaktperson eines vermeintlichen „Gefährders" gegenwärtig auf deutschem Staatsgebiet aufhält, stellt in diesem allgemeinen Sinn eine „Lageerkenntnis" dar. Soweit die Vorschrift die Erstellung von Bewegungsbildern erlaubt, ist aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs außerdem eine verfahrensrechtliche Absicherung in Gestalt eines Richtervorbehalts und von Höchstfristen angezeigt (vgl. bereits oben Rn. 42).

(*Scharmer*) und 18(4)328G (*Aden*), sowie das Wortprotokoll der 48. Sitzung des Innenausschusses am 08.06.2015, Protokoll-Nr. 18/48 und die Bundestags-Plenarprotokolle 18/101, S. 9686D ff. und 18/116, S. 11283B ff.

[132] BVerfGE 120, 378, 406 f.

[133] BVerfGE 120, 378, 430.

[134] BVerfGE 120, 378, 431: „Die automatisierte Kennzeichenerfassung ist auch nicht auf Situationen begrenzt worden, in denen Umstände der konkreten Örtlichkeit – zum Beispiel das Fahren auf Straßen in Bereichen nahe der Bundesgrenze – oder **dokumentierte Lageerkenntnisse über Kriminalitätsschwerpunkte** einen Anknüpfungspunkt geben, der auf gesteigerte Risiken der Rechtsgutgefährdung oder -verletzung und zugleich auf eine hinreichende Wahrscheinlichkeit hinweist, dass diesen Risiken mit Hilfe der automatisierten Kennzeichenerfassung begegnet werden kann." (Hervorh. d. d. Verf.)

22. Zu Art. 40 PAG-E (Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung):

52

Die bestehende Regelung in Art. 36 Abs. 1 PAG lässt die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung nur zu, wenn von der betroffenen Person künftig Straftaten von erheblicher Bedeutung zu erwarten sind und die Beobachtung zur vorbeugenden Abwehr dieser Straftaten erforderlich ist. Bei Straftaten von erheblicher Bedeutung handelt es sich um solche, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen und geeignet sind, das Sicherheitsempfinden der Bevölkerung in erheblicher Weise zu beeinträchtigen.[135]

53

Art. 40 Abs. 1 PAG-E senkt die Anforderungen an eine Ausschreibung beträchtlich ab. Die Prognose einer künftigen Begehung von Straftaten ist danach nicht mehr erforderlich, es reicht vielmehr unter Nr. 1 die Prognose, dass von der betroffenen Person künftig eine - nicht zwingend strafbare - Gefahr für bedeutende Rechtsgüter ausgeht. Hierunter fallen z. B. auch selbstschädigende Handlungen oder fahrlässige Sachbeschädigungen, die erhebliche Eigentumspositionen oder Sachen betreffen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt (vgl. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 und 5 PAG). Unter Nr. 2 kann eine Ausschreibung zudem erfolgen, wenn die betroffene Person für eine drohende Gefahr für bedeutende Rechtsgüter verantwortlich ist. Inwiefern sich Nr. 1 und 2 unterscheiden, ist schwer zu sagen, denn die im Gefahrenvorfeld angesiedelte Feststellung einer drohenden Gefahr setzt ihrerseits die Prognose einer künftigen Rechtsgutverletzung voraus (vgl. Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG). Nr. 3 erlaubt die Ausschreibung schließlich auch betreffend Kontaktpersonen von Zielpersonen i. S. d. Nr. 1 und 2, die mutmaßlich im Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehen. Damit kann auf Grundlage einer bloßen Vermutung und einer im Gefahrenvorfeld erstellten und daher mit einem hohen Prognoserisiko behafteten Gefahrenprognose eine Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung erfolgen.

54

Da an diese Maßnahme - was namentlich im Fall der Ausschreibung zur gezielten Kontrolle intendiert ist - weitere konkrete und eingriffsintensive polizeiliche Maßnahmen anknüpfen können, wie etwa die Erstellung eines Bewegungsbilds mittels automatisierter Kennzeichenerfassung [Art. 39 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a) PAG-E], andere Observationsmaßnahmen oder Durchsuchungsmaßnahmen, vermittelt sie schwere Eingriffe in Grundrechte. Entsprechend wäre es notwendig, die Maßnahme nach Anlass, Zweck und Dauer eng zu begrenzen, was in keiner der Alternativen von Abs. 1 ausreichend geschieht.

[135] Vgl. *BVerfGE* 103, 21, 33 f.; 107, 299, 321 f.; 110, 33, 65; BVerfG, NJW 2001, 2320, 2321; *BVerfG*, StV 2003, 1; vgl. auch *Rieß*, GA 2004, 623 m. w. N. sowie BT-Drucks. 13/10791, S. 5.

55

Die Ermächtigung zur Ausschreibung von Kontaktpersonen ist zudem nicht vereinbar mit den Vorgaben des BVerfG zur Überwachung dritter Personen (vgl. bereits oben Rn. 44)[136], da die Eigenschaft, „Kontaktperson" zu sein (anders, als die Eigenschaft, Nachrichten für die Zielperson zu überbringen oder entgegenzunehmen), zu unspezifisch ist, um eine ausreichende Begrenzung des Kreises betroffener Personen zu gewährleisten.[137] Soweit die Entwurfsbegründung (S. 103) in diesem Zusammenhang auf Ausführungen des BVerfG im Zusammenhang mit § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG abstellt, ist darauf hinzuweisen, dass in der genannten Vorschrift der Begriff der „Kontakt- und Begleitperson" weitaus spezifischer gefasst ist und deshalb die darauf gründende Ermächtigung vom BVerfG als „verfassungsrechtlich tragfähig" angesehen wird.[138]

56

Abs. 2 S. 1 dehnt die polizeilichen Befugnisse noch weiter aus, indem er die Übermittlung von Erkenntnissen über mutmaßlich im Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehende Begleitpersonen und Fahrzeugführer an die ausschreibende Polizeidienststelle erlaubt. Aufgrund reiner Mutmaßungen können damit personenbezogene Daten von Begleitpersonen mutmaßlich mit der Gefahrenlage im Zusammenhang stehender Kontaktpersonen vermeintlicher „Gefährder" übermittelt werden. Es ist unschwer zu sehen, dass eine derartige Kumulierung von Mutmaßungen und Prognosen über mehrere Ebenen keine geeignete Grundlage für die Rechtfertigung eines Eingriffs in Grundrechte darstellt.

Angesichts der Eingriffstiefe der Maßnahme wäre - wie auch in § 163e Abs. 4 S. 1 StPO - eine gerichtliche Anordnung zudem zwingend erforderlich.

23. Zu Art. 41 PAG-E (Einsatz technischer Mittel in Wohnungen):

a) Zur rechtstatsächlichen Relevanz:

57

Die rechtstatsächliche Relevanz des verdeckten Einsatzes technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung im Bereich der Gefahrenabwehr ist marginal. In den gemäß Art. 13 Abs. 6 GG jährlich dem Bundestag zu erstattenden Berichten haben entsprechende durch das BKA durchgeführte Maßnahmen Einzelfallcharakter.[139] Dasselbe gilt für entsprechende Maßnahmen der Bayerischen Polizei nach Art. 34 PAG, wo im Nachgang zur Entscheidung des BVerfG zur akustischen Wohnraumüberwachung im Jahr 2004 eine deutlich abnehmende Tendenz zu erkennen ist. In den vergangenen 10 Jahren wurde in

[136] BVerfGE 141, 220, 274.
[137] Vgl. i. d. S. auch BVerfGE 113, 348, 380.
[138] BVerfGE 141, 220, 291 f.
[139] Vgl. bisher BT-Drs. 18/9660 (2015); 18/5900 (2014); 18/2495 (2013); 17/14835 (2012); 17/10601 (2011); 17/7008 (2010); 17/3038 (2009); 16/14116 (2008); 16/10300 (2007); 16/6336 (2006); 16/3068 (2005); 15/5971 (2004); 15/3699 (2003); 15/1504 (2002); 14/9860 (2001); 14/6778 (2000); 14/3998 (1999); 14/2452 (1998).

Bayern überhaupt nur eine einzige solche Maßnahme im Bereich der Gefahrenabwehr durchgeführt.[140] Vor diesem Hintergrund stellt sich nachdrücklich die Frage, ob auf dieses ressourcenaufwändige und in hohem Maße eingriffsintensive Instrument nicht verzichtet werden sollte, da ein substanzieller Anwendungsbedarf bislang offenbar nicht bestanden hat. Das dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass die Schranke des Art. 13 Abs. 4 GG eine dringende Gefahr voraussetzt, die technische Überwachung von Wohnraum aber einen gewissen zeitlichen Vorlauf erfordert, der bei dringenden Gefahren naturgemäß nicht zur Verfügung steht. Schon von den verfassungsrechtlichen Vorgaben her ist daher nur ein äußerst begrenzter und eher theoretischer Anwendungsbereich der Wohnraumüberwachung zum Zwecke der Gefahrenabwehr eröffnet.

b) Zu Abs. 1 S. 1 (Anordnungsvoraussetzungen):

58

Durch die beabsichtigte Änderung soll der bisherige Anlassgefahrenkatalog (Gefahren für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person) durch einen Verweis auf Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG ersetzt und die Anordnungsschwelle damit abgesenkt werden. Ob die neu hinzugenommenen Rechtsgüter Gesundheit und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, ohne weitere Konkretisierung diesen schweren Eingriff in Art. 13 GG legitimieren können, erscheint zweifelhaft. Gefährdungen der Gesundheit (z. B. durch den Konsum von Betäubungsmitteln) und von Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt (z. B. Kunstwerke), stellen nicht ohne weiteres Gefahren für die öffentliche Sicherheit i. S. d. Art. 13 Abs. 4 GG dar.[141] Ein rechtstatsächliches Bedürfnis für die Ausweitung ist außerdem nicht erkennbar.

c) Zu. Abs. 1 S. 2 (Schutz des Kernbereichs und von Berufsgeheimnisträgern):

59

Abgesehen davon, dass die verschachtelte Regelung kaum verständlich ist, genügt sie nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Kernbereichsschutz bei der Wohnraumüberwachung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Wohnraumüberwachung nach der Rechtsprechung des BVerfG um eine im Hinblick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung typischerweise verletzungsgeneigte Maßnahme handelt. Das BVerfG fordert daher schon bei der nur akustischen Überwachung von Wohnraum (erst recht müsste dies also für die darüber hinausreichende optische Überwa-

[140] Vgl. Bayerischer Landtag, Drs. 14/12498, S. 7 (3 Maßnahmen); 14/9754, S. 1 (keine Maßnahmen); 15/3945, S. 7 (4 Maßnahmen); 15/1443, S. 8 (4 Maßnahmen); 15/10675, S. 1 (keine Maßnahmen); 15/6226, S. 4 (2 Maßnahmen); 16/17319, S. 1 (keine Maßnahme); 16/12870, S. 1 (keine Maßnahme); 16/8368, S. 1 (keine Maßnahme); 16/4833, S. 6 (1 Maßnahme); 16/1388, S. 1 (keine Maßnahme); 17/18179, S. 1 (keine Maßnahme); 17/12096, S. 1 (keine Maßnahme); 17/7152, S. 1 (keine Maßnahme); 17/2180, S. 1 (keine Maßnahme).

chung gelten) ein strenges präventiv wirkendes Schutzkonzept in Gestalt einer negativen Kernbereichsprognose.[142] Dem wird Abs. 2 S. 2 nicht gerecht, der nur unter den in Nr. 1 genannten Voraussetzungen eine - wiederum mit Ausnahmen versehene - Einschränkung vorsieht. Die dortige Regelung stellt das vom BVerfG geforderte Schutzkonzept, demzufolge präventive Anstrengungen unternommen werden müssen, damit ein Eingriff in den Kernbereich von vornherein unterbleibt, auf den Kopf. Nach Abs. 2 S. 2 wären z. B. kernbereichsschützende Maßnahmen in Geschäftsräumen generell entbehrlich, wohingegen diese nach Maßgabe des BVerfG nur eine Vermutung begründen, dass es zu kernbereichsrelevanten Gesprächen in der Regel nicht kommt.[143] Auch sofern sich die betroffene Person in einer Wohnung mit anderen als den unter Nr. 1 genannten Personen aufhält, würde der Schutzmechanismus des Abs. 2 S. 2 nicht greifen. Liegen die Voraussetzungen nach Nr. 1 vor, handelt es sich also um eine prima facie kernbereichsrelevante Überwachungssituation, soll für die Zulässigkeit ausreichen, dass (überhaupt) Gespräche geführt werden, die einen unmittelbaren Bezug zu den in S. 1 genannten Gefahren haben. Hier wird das weniger strenge und faktisch wirkungslose - gleichwohl dort vom BVerfG wegen der Wirksamkeit von Schutzvorkehrungen auf der Verwertungsebene akzeptierte[144] - Schutzmodell aus dem Bereich der Telekommunikationsüberwachung auf die Wohnraumüberwachung übertragen. Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass überhaupt solche Gespräche geführt werden, sind aber bereits Voraussetzung, um die Maßnahme als geeignet zu qualifizieren. Dieses Defizit im Bereich des präventiven Rechtsschutzes wird auch nicht durch die Regelung des Art. 49 PAG-E kompensiert, die den bereits laufenden Überwachungsvorgang betrifft. Auch um im Falle einer Gemengelage einen Gleichlauf mit den entsprechenden - verfassungsmäßigen[145] - strafprozessualen Regelungen zu gewährleisten, ist eine Anlehnung des Kernbereichsschutzes an § 100c Abs. 4 StPO dringen anzuraten.

60

Soweit Abs. 2 S. 2 darüber hinaus auf §§ 53, 53a StPO Bezug nimmt, ist in diesem Zusammenhang ferner darauf hinzuweisen, dass dadurch in unkritischer Weise Kautelen, die auf den Bereich des Strafverfahrensrechts zugeschnitten sind und dort entwickelt wurden, auf das Recht der Gefahrenabwehr übertragen werden.[146] Soweit der Schutz von Berufsgeheimnisträgern an das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht der Mitglieder bestimmter Berufsgruppen (§ 53 StPO) anknüpft, gibt es hierfür im Recht der Gefahrenabwehr mangels Zeugnispflicht schon keinen Anwendungsbereich.

---

[141] Vgl. auch die prägnante und zutreffende Kritik des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz, (Fn. 60), S. 41 f.
[142] Ausf. zur Dogmatik des Kernbereichsschutzes *Löffelmann*, in Dietrich/Eiffler, Teil VI § 3 Rn. 6 ff.; zur negativen Kernbereichsprognose *ders*., NJW 2005, 2033 und ZIS 2006, 87, 89 ff.
[143] BVerfGE 109, 279, 320 f.; vgl. auch BT-Drs. 15/5486, S. 17.
[144] BVerfGE 113, 348, 390; 129, 208, 245 ff.; BVerfG NJW 2016, 3508, 3511; zur Frage der Übertragbarkeit der in der Entscheidung zur Wohnraumüberwachung entwickelten Maßstäbe auf die Telekommunikationsüberwachung auch *Löffelmann*, ZStW 118 (2006), 358.
[145] BVerfGK 11, 164 = NJW 2007, 2753 m. zust. Anm. *Geis*, CR 2007, 501 und *Sankol*, MMR 2007, 574.
[146] Vgl. zu dieser generellen Kritik bereits mit Blick auf das Recht der Nachrichtendienste *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Teil VI § 4 Rn. 58, § 5 Rn. 39; *ders*., BayVBl 2017, 253, 255.

Sinnvoll könnte hier ein Anknüpfen an Zeugnisverweigerungsrechte nur für die Übermittlung erhobener Daten an Strafverfolgungsbehörden sein. Generell ist außerdem anerkannt, dass der Schutz von Berufsgeheimnisträgern schon im Strafverfahrensrecht einer schlüssigen dogmatischen Grundlage entbehrt und reformbedürftig ist.[147] An die Stelle der dort für die Güterabwägung u. a. maßgeblichen, das Strafverfahren tragenden Prinzipien der umfassenden Erforschung der materiellen Wahrheit[148] und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege[149] müsste im Polizeirecht das öffentliche Interesse an der Abwehr qualifizierter Gefahrenlagen treten. Dies macht ein dortiges eigenständiges Schutzkonzept erforderlich, bei dem etwa auch an den Gedanken des § 203 StGB angeknüpft werden könnte, dessen hoheitliche Durchbrechung selbst eine - dem Zweck der Gefahrenabwehr entgegengesetzte - Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründen würde. Ein polizeirechtsspezifisches Schutzkonzept für Berufsgeheimnisträger müsste folglich auf einer Abwägung der ihrem Schutz zugrundeliegenden öffentlichen Interessen mit denen der Gefahrenabwehr aufbauen.[150]

d) Zu Abs. 1 S. 3 (Art der technischen Überwachung):

61

Ausdrücklich zu begrüßen ist die einschränkende Klarstellung der zulässigen Arten der technischen Überwachung in Abs. 1 S. 3. Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten ist Art. 34 PAG bislang dahin zu beanstanden, dass der Eingriff in Art. 13 GG durch jedwede technische Mittel erfolgen darf, ohne dass diese näher konkretisiert werden. Denkbar ist danach z. B. ein Abgreifen von Daten der Haustechnik (Heizungsverbrauch, Wasserzähler, Licht- und Rollladensteuerung, Alarmmelder, Fernsehempfang etc.) mittels durch die Polizei angebrachter technischer Einrichtungen, wodurch sich ein relativ detailliertes Bild der Lebensgewohnheiten der Bewohner gewinnen ließe. Darüber hinaus eröffnet das „Internet der Dinge“ faktisch ganz neue, in diese Richtung zielende Aufklärungsansätze durch die hoheitliche Befugnis zum Eindringen in die Integrität informationstechnischer Systeme. Diese neuartigen Überwachungstechniken schließt S. 3 nun aus, indem der Anwendungsbereich auf eine (nur) akustische und/oder optische Überwachung beschränkt wird. S. 4 trägt außerdem den Erwägungen des BVerfG in seiner Entscheidung zum BKAG zur erhöhten Eingriffsintensität der Wohnraumüberwachung bei kumuliert akustischer und optischer Überwachung Rechnung.[151]

---

[147] Vgl. grundlegend zu dieser Kritik mit einem alternativen differenzierenden Regelungsvorschlag *Löffelmann*, Schutz von Berufsgeheimnisträgern, in: *ders.*, Rechtspolitik 2013, S. 66 ff.; kritisch zur geltenden Rechtslage auch *Baum*/*Schantz*, ZRP 2008, 137, 139; prägnant *Gärditz*/*Stuckenberg*, in: Wolter/Schenke, S. 132: die grundrechtliche Fundierung des Schutzes sei „allenfalls fragmentarisch und konzeptionslos verwirklicht“.

[148] Näher *Löffelmann*, S. 99 ff.

[149] BVerfGE 33, 367, 383; 51, 324, 345; 77, 65, 75 f.; BVerfG NJW 1996, 771.

[150] Vgl. zu einem entsprechenden Regelungsvorschlag für den Bereich des Verfassungsschutzrechts der Änderungsantrag der Fraktion der SPD zum Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des BayVSG, Bayerischer Landtag, Drs. 17/11610 S. 2, 20 ff.

e) Zu Abs. 4 S. 3 (Betretungsrecht):

62

Dass das Betretungsrecht zur Vorbereitung einer Wohnraumüberwachung (erneut) ausdrücklich geregelt wird, ist aus Gründen der Normklarheit zu begrüßen. Als Annexkompetenz wurde es bislang ganz überwiegend als von der Ermächtigungsnorm umfasst angesehen.[152]

f) Zu Abs. 5 (unabhängige Stelle):

63

In Abs. 5 werden die Vorgaben des BVerfG im BKAG-Urteil zur notwendigen Kontrolle der Datenverwendung durch eine „unabhängige Stelle“ sachgerecht umgesetzt.

24. Zu Art. 42 PAG-E (Eingriffe in den Telekommunikationsbereich):

a) Zu Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (Anordnungsvoraussetzungen):

64

Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung werden durch die beabsichtigte Änderung - entgegen der Entwurfsbegründung (S. 108) - beträchtlich abgesenkt. Bisher kam diese Maßnahme nur in Betracht *„zur Abwehr einer dringenden Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen, soweit eine gemeine Gefahr besteht“*. Sowohl den Grad der Gefahr als auch die Auswahl der zu schützenden Rechtsgüter betreffend enthält S. 1 Nr. 1 Weiterungen. So soll die Telekommunikationsüberwachung künftig bereits ab der Schwelle einer konkreten Gefahr (Alt. 1) und sogar einer nur drohenden Gefahr (Alt. 2) zulässig sein. Hinsichtlich der zu schützenden Rechtsgüter wird auf den Katalog des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG Bezug genommen. Die dort genannten Rechtsgüter Gesundheit und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt sind in ihrem Gewicht nicht mit den bislang in Abs. 1 S. 1 Nr. 1 genannten Rechtsgütern Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes sowie Leib, Leben oder Freiheit einer Person vergleichbar. Auf die Ausführungen zu Rn. 58 wird Bezug genommen. Soweit Sachen betroffen sind, bindet die bisherige Regelung die Maßnahme an die qualifizierte Kategorie einer gemeinen Gefahr. Künftig soll die Telekommunikationsüberwachung hingegen bereits bei drohender Gefahr für Sachen zulässig sein, soweit deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt. Dieser Einschränkung kommt jedoch keine substanziell begrenzende Funktion zu, da sie in hohem Maße unbestimmt ist.

---

[151] Vgl. auch BVerfGE 141, 220, 297.
[152] Vgl. BT-Drs. 13/8651, S. 13; *Schwabenbauer*, in: BeckOK BayPAG, Art. 34 Rn. 49; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100c Rn. 7; *Hauck*, in: Löwe-Rosenberg, § 100c Rn. 8 f., 97; BGHSt 46, 266, 273 f.

65

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten sind diese Weiterungen nicht akzeptabel. Bei der Überwachung der Telekommunikation handelt es sich um einen intensiven, schwer wiegenden Eingriff in Art. 10 GG.[153] Indem das Fernmeldegeheimnis die einzelnen Kommunikationsvorgänge grundsätzlich dem staatlichen Zugriff entzieht, will es zugleich die Bedingungen einer freien Telekommunikation aufrechterhalten.[154] Außerdem gewährleistet Art. 10 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation und schützt damit zugleich die Würde des Menschen, besitzt also einen starken Menschenwürdegehalt.[155] In seinen das Polizeirecht betreffenden Entscheidungen zur Telekommunikationsüberwachung nach dem AWG[156] und dem NdsSOG[157] forderte das BVerfG vor diesem Hintergrund, Anlass, Zweck und Grenzen eines präventiven Eingriffs in Art. 10 GG müssten in der Ermächtigung bereichsspezifisch, normenklar und so präzise festgelegt werden, *„dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist.“*[158] Im Gegensatz zum Bereich der Strafverfolgung, in welchem die Ermächtigung an *„einen in der Vergangenheit liegenden, zumindest teilweise abgeschlossenen Sachverhalt“* anknüpfe, trete für das Abhören im Vorfeld einer strafbaren Handlung als Anknüpfungskriterium *„ein zunächst meist nur durch relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Straftaten gekennzeichnetes, in der Bedeutung der beobachteten Einzelheiten noch schwer fassbares Geschehen“*. Die führe *„zu dem erheblichen Risiko, dass die Überwachungsmaßnahme an ein Verhalten anknüpft, das sich im Nachhinein als strafrechtlich irrelevant erweist.“*[159] Dem müsse die Ermächtigungsnorm in geeigneter Weise entgegenwirken. Die Bestimmtheitsanforderungen müssten *„spezifisch an dieser Vorfeldsituation ausgerichtet werden.“*[160] Bei der erforderlichen Verhältnismäßigkeitsabwägung spielt ferner der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung betonte komplementäre Charakter von prognostischen Elementen und dem Gewicht zu erwartender Rechtsgutverletzungen eine Rolle: *„Je gewichtiger das durch die geplante Tat betroffene Rechtsgut ist und je weiter gehend es beeinträchtigt würde, desto geringer darf die Wahrscheinlichkeit sein, mit der auf eine geplante Straftat geschlossen werden kann, und desto weniger fundierend dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die dem Verdacht zu Grunde liegen.“*[161]

Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben wird Art. 42 PAG-E nicht gerecht, soweit er die Telekommunikationsüberwachung schon bei drohenden Gefahren erlaubt. Der Begriff der drohenden Gefahr ist zu unbestimmt, um zu gewährleisten, dass betroffene Personen grundsätzlich erkennen könnten, bei

[153] BVerfGE 110, 33, 53, 57; 113, 348, 365.
[154] BVerfGE 100, 313, 359, 381.
[155] BVerfGE 110, 33, 53; 113, 348, 391; 115, 166, 182; nicht aber BVerfGK 9, 62.
[156] BVerfGE 110, 33.
[157] BVerfGE 113, 348.
[158] BVerfGE 113, 348, 375 f.; BVerfGE 110, 33, 53.
[159] BVerfGE 110, 33, 57 ff.; ähnlich BVerfGE 113, 348, 377.
[160] BVerfGE 113, 348, 377.
[161] BVerfGE 110, 33, 60 m. d. H. auf BVerfGE 100, 313, 392.

welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist (vgl. näher Rn. 3 f.). Die im Gefahrenvorfeld bestehende Schwierigkeit der Abgrenzung eines harmlosen Verhaltens von dem, das in eine Gefahr mündet, wird in der Ermächtigung nicht durch einschränkend wirkende Tatbestandsmerkmale bewältigt. Auf eine - durch die Bezugnahme auf bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen vermittelte - Konkretisierung des Anlasses der Überwachung anhand von ausgewählten Straftatbeständen wird in Art. 42 PAG-E ganz verzichtet. Das Bemühen, ein gefahrenabwehrspezifisches, am Rechtsgüterschutz orientiertes alternatives Regelungsmodell umzusetzen, verdient zwar grundsätzlich Zustimmung[162]; ein solches Modell müsste aber einen vergleichbaren Bestimmtheitsgrad aufweisen, was hier nicht der Fall ist. Letztlich obliegt die Bestimmung der Voraussetzungen und Grenzen des Eingriffs allein den ausführenden Behörden, die sich ihre Maßstäbe dafür, in welchen Grenzen in das Fernmeldegeheimnis eingegriffen werden darf, selbst zurechtlegen und insoweit tatbestandsergänzend tätig werden.

66

Hinzu kommt, dass es sich bei den in Abs. 1 S. 1 genannten Rechtsgütern des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG nicht durchgehend um solche von so hohem Gewicht handelt, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit abgesenkt werden könnten, zumal die Ermächtigungsnorm und auch Art. 11 Abs. 3 PAG keinerlei Aussage über den Grad ihrer zu erwartenden Verletzung treffen. Der bloße Umstand, dass ein hochrangiges Rechtsgut verletzt wird, bedeutet nicht, dass diese Verletzung ein Ausmaß erreicht, das geeignet ist, einen schweren Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund ist die Ermächtigung in Art. 42 PAG-E - entgegen der Entwurfsbegründung (S. 108[163]) - ganz anders zu bewerten, als die vom BVerfG im BKAG-Urteil ausnahmsweise für zulässig erachteten informationellen Maßnahmen im Gefahrenvorfeld. Bei den dort in Rede stehenden terroristischen Taten handelt es sich per definitionem um schwerste Verletzungen höchstrangiger Rechtsgüter. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten begegnet daher auch die Absenkung der Eingriffsschwelle des Art. 42 Abs. 1 PAG-E soweit nunmehr konkrete Gefahren für die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG genannten Rechtsgüter ausreichend sind, verfassungsrechtlichen Bedenken.

b) Zu Abs. 1 S. 2 (Erstreckung auf räumlich getrennte Kommunikationssysteme):

67

Der Sinn der Änderung erschließt sich nicht. Nach der Entwurfsbegründung (S. 109) werde dadurch *„klargestellt bzw. berücksichtigt, dass die laufende Kommunikation auch unter Verwendung von Systemen, die von dem von Betroffenen physisch benutzen Kommunikationssystem entfernt sind (etwa*

[162] Vgl. dazu BVerfGE 125, 260, 329 f.

[163] Soweit die Begründung zur Rechtfertigung auf Rn. 232 des BKAG-Urteils verweist, ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG dort ausdrücklich - und im gerade entgegengesetzten Sinn - erklärt, die Erstreckung der Telekommunikations-

entsprechende Server bei IP-basierter Telekommunikation) erfolgt, auf die sich im Rahmen der Möglichkeiten dann im Einzelfall ebenfalls eine TKÜ-Maßnahme nach Satz 1 erstrecken darf." Die Durchführung der Maßnahme erfolgt in der Regel durch Ausleitung der Kommunikation bei den Telekommunikationsdiensteanbietern und ihrer Zurverfügungstellung an die Polizei über eine Schnittstelle. An welche Konstellationen die Entwurfsverfasser denken, in denen (durch die Polizei selbst?) auf räumlich getrennte Kommunikationssysteme zugegriffen werden soll, ist nicht durchschaubar. Um etwaigen, vom Gesetzgeber nicht gesehenen oder gewollten Einsatzmöglichkeiten der Maßnahme vorzubeugen, sollte die Änderung gestrichen werden.

c) Zu Abs. 4 (Überwachung zum Schutz der betroffenen Person):

68

Die Erstreckung der Maßnahme auf das Gefahrenvorfeld erscheint hier unbedenklich, da die Überwachung, welche eine schnelle wirkungsvolle Rettung hilfloser, verirrter oder vermisster Personen bezweckt[164], ausschließlich deren Schutz dient. Allerdings passt das dogmatische Konzept der drohenden Gefahr i. S. d. Art. 11 Abs. 3 PAG schlecht zu dem gegebenen Regelungszweck, da es schief ist, von dem Verhalten einer schutzbedürftigen Person als einem „Angriff von erheblicher Intensität und Auswirkung" zu sprechen. Der hier gegebene Regelungskontext veranschaulicht, dass die vom BVerfG für die Abwehr terroristischer Bedrohungen im Gefahrenvorfeld entwickelten Kriterien nicht verallgemeinert werden können.

69

Sehr problematisch erscheint hingegen die - laut Entwurfsbegründung lediglich „redaktionelle" (S. 110) - Änderung in Nr. 1. Hierdurch wird die Maßnahme dergestalt ausgeweitet, dass nicht nur die Erhebung personenbezogener Daten der schutzbedürftigen Person mittels Telekommunikationsüberwachung (also in der Regel die Überwachung der Telekommunikation *dieser* Person), sondern ohne jede Eingrenzung jedwede Telekommunikationsüberwachung zum Zweck des Schutzes dieser Person zulässig ist. Das ist unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten dezidiert abzulehnen.

überwachung auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten, sei mit der Verfassung nicht zu vereinbaren.

d) Zu Abs. 5 (Unterbrechung von Kommunikationsverbindungen):

70

Nach der Entwurfsfassung erlaubt S. 1 nicht mehr lediglich die Unterbrechung oder Verhinderung von Kommunikationsverbindungen des Störers[165], sondern jeglicher Personen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für ein Rechtsgut i. S. d. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 oder 5 PAG erforderlich ist. Es handelt sich daher - entgegen der Entwurfsbegründung (S. 110) - nicht um eine lediglich klarstellende Änderung.

Gegen die (sehr eingriffsintensive) Weiterung in S. 3 bestehen wegen der hohen Eingriffsschwelle (gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben, Freiheit; strenge Subsidiarität) keine Bedenken.

Systematisch erwägenswert wäre schließlich eine Kodifizierung der Maßnahmen nach Abs. 5 in einer eigenständigen Norm samt Verfahrensregelungen (vgl. Art. 44 Abs. 2 PAG-E), da es sich hinsichtlich ihrer Zielrichtung um besondere, nicht der Überwachung dienende, Eingriffe handelt.

e) Zu Abs. 7 (Einbeziehung der unabhängigen Stelle):

71

Unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten ist die Einbeziehung der unabhängigen Stelle in die Prüfung der erhobenen Daten im Falle einer automatischen Aufzeichnung grundsätzlich zu begrüßen. Da - anders als bei der Wohnraumüberwachung - im Falle der Telekommunikationsüberwachung die automatische Aufzeichnung aber die Regel ist, stellt sich die Frage, wie die unabhängige Stelle die bislang von der Polizei geleistete hoch personalaufwändige Sichtung und Auswertung der Aufzeichnungen leisten kann. Das BVerfG verlangt in seiner Entscheidung zum BKAG bei Telekommunikationsüberwachungen, da es sich nicht um sog. verletzungsgeneigte Maßnahmen handelt, gerade nicht die zwingende Befassung einer unabhängigen Stelle mit sämtlichem Datenmaterial.[166] Dies lässt Raum für eine vorgängige Sichtung durch die Polizeibehörden, die aus Praktikabilitätsgründen vorzugswürdig erscheint.

25. Zu Art. 43 PAG-E (Mitwirkungspflichten der Diensteanbieter):

a) Zu Abs. 1 (Mitwirkungspflichten):

72

Systematisch gehören die Mitwirkungspflichten nach Abs. 1 zur inhaltsbezogenen Telekommunikationsüberwachung und wären daher besser in Art. 42 PAG-E verortet. Art. 43 PAG-E könnte aussage-

[164] Vgl. *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 34a Rn. 97.
[165] Vgl. *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 34a Rn. 103.

kräftiger mit der Überschrift „Auskunftspflichten der Diensteanbieter“ versehen werden. Im Übrigen ist die Zusammenführung der diversen Auskunftsersuchen über Telekommunikationsverkehrsdaten, Telemedien-Nutzungsdaten und Bestandsdaten in einer Vorschrift zu begrüßen.

b) Zu Abs. 2 S. 1 (Auskunft über Telekommunikationsverkehrsdaten):

73

Durch die Verweisung auf Art. 42 Abs. 1 S. 1 PAG-E ist das Auskunftsersuchen nach dem Änderungsentwurf auch im Falle einer nur drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 oder 5 PAG genanntes Rechtsgut zulässig. Auf die unter Rn. 3 f. und Rn. 64 bis 66 dargestellte Kritik wird Bezug genommen. Da der Beauskunftung von Verkehrsdaten allerdings ein geringeres Gewicht als der inhaltsbezogenen Telekommunikationsüberwachung zukommt[167], wirken sich die Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsdefizite hier weniger schwer aus, weshalb die Weiterung verfassungsrechtlich noch akzeptabel sein dürfte.

74

Zutreffend ist andererseits die Feststellung des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz[168], Art. 43 PAG-E enthalte (anders als seit geraumer Zeit § 100g StPO) keine Regelung der sog. Funkzellenabfrage. Mangels erforderlicher Rechtsgrundlage ist diese Maßnahme mithin auch nach dem PAG-E unzulässig. Dasselbe gilt für das sog. stealth ping-Verfahren („stille SMS“). Da es sich dabei um eine praktisch sehr wichtige Methode zur Standortbestimmung handelt, könnte über die Schaffung einer entsprechenden Rechtsgrundlage nachgedacht werden.[169]

c) Zu Abs. 2 S. 2 und Abs. 4 (Auskunft über Vorratsdaten und Nutzungsdaten):

75

Vor dem Hintergrund, dass die Neuregelung des § 113b TKG nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH als europarechtswidrig anzusehen ist[170] und einzelne Fachgerichte mittlerweile betroffene Telekommunikationsdiensteanbieter von einer Umsetzung der Speicherpflicht entbunden haben[171], sollte auf die Regelung (vorläufig) verzichtet werden, bis die „Vorratsdatenspeicherung“ einer europarechts-

---

[166] BVerfGE 141, 220, 279, 313.
[167] BVerfGE 107, 299, 318 ff.
[168] (Fn. 60), S. 43 ff. Zu der im Bericht zitierten Gesetzbegründung unter BR-Drs. 249/15, S. 32 f. ist freilich zu bemerken, dass das BVerfG bereits in seiner Entscheidung zu § 12 FAG (BVerfGE 107, 299, 328) festgestellt hat, die automatische Aussonderung einer Vielzahl von Verkehrsdaten, ohne dass sich daran weitere Eingriffe anschließen, entbehre bereits der Eingriffsqualität. Diese Rechtsprechung hat das BVerfG nachfolgend in einer Vielzahl anderer Entscheidungen aufrechterhalten (BVerfGE 115, 320, 343; 120, 378, 399; BVerfGK 9, 62; 15, 71; noch weiter geht BVerwG NJW 2015, 906, 908, wo - zutreffend - auch bei einem manuellen Aussondern eines „unechten“ Treffers die Eingriffsqualität verneint wird). Verfassungsrechtlich wäre eine „Nachjustierung“ der Vorschrift des § 100g Abs. 3 StPO daher nicht geboten.
[169] Dazu näher *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Teil VI § 5 Rn. 76, 78 f. m. w. N.
[170] EuGH NJW 2017, 717 (Tele2Sverige).
[171] OVG Münster GSZ 2017, 33 m. Anm. *Löffelmann*.

konformen Neuregelung zugeführt wurde. Für die erweiterte Abfragebefugnis betreffend Telemedien-Nutzungsdaten (Abs. 4) gilt das entsprechend.

d) Zu Abs. 5 S. 1 (Bestandsdatenabfrage):

76

Gegen die Erweiterung der Bestandsdatenabfrage auf drohende Gefahren bestehen – ungeachtet der auch hier angezeigten dogmatischen Kritik an diesem Konzept – wegen der geringen mit der Erhebung von Bestandsdaten verbundenen Eingriffstiefe, unter Verhältnismäßigkeitsaspekten keine Einwände.

e) Zu Abs. 8 (Richtervorbehalt):

77

Die Regelung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Erwägenswert wäre freilich unter Praktikabilitätsgesichtspunkten eine durchgängige Vereinheitlichung des Richtervorbehalts für *alle* Auskunftsersuchen, da so verschiedene Anordnungen mit unterschiedlicher Zielrichtung besser miteinander verbunden werden könnten.

26. Zu Art. 44 PAG-E (Besondere Verfahrensregeln für Maßnahmen nach Art. 42 und 43):

78

In Abs. 5 S. 3 sieht der Entwurf eine Kompetenz zur nicht offenen Durchsuchung von Sachen sowie zum verdeckten Betreten und Durchsuchen der Wohnung des Betroffenen vor, soweit dies zur Durchführung einer Telekommunikationsüberwachung nach Art. 42 PAG-E erforderlich ist. Diese, früher bereits in Art. 34e PAG a. F. enthaltene und wieder gestrichene Ermächtigung erscheint verfassungsrechtlich hoch problematisch. Wegen der Betroffenheit verschiedener Grundrechte (einerseits Art. 10 GG, andererseits Art. 13, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, u. U. Art. 14 GG) dürfte - anders als beim Betretungsrecht zur Vorbereitung einer Wohnraumüberwachung (vgl. Rn. 62) - eine Ermächtigung im Wege der Annexkompetenz nicht in Betracht kommen, weshalb eine gesetzliche Regelung zu begrüßen ist. Für die Befugnis zur nicht offenen Durchsuchung von Sachen stellt die gesetzliche Regelung in Abs. 5 S. 3 i. V. m. Art. 42 PAG-E eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dar, da insoweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die einzige zu beachtende Schranke darstellt. Anderes gilt für das Recht zum heimlichen Betreten und Durchsuchen der Wohnung des Betroffenen. Art. 13 GG sieht hierfür keine verfassungsrechtliche Schranke vor, denn Art. 13 Abs. 2 GG bezieht sich ausschließlich auf offene Maßnahmen der Durchsuchung und Art. 13 Abs. 3, 4 und 5 GG auf den Einsatz technischer Mittel zur Überwachung der Wohnung. Art. 13 Abs. 7 GG stellt zwar einen Auffangtatbe-

stand dar, setzt aber voraus, dass der Eingriff in das Wohnungsrecht „zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ erfolgt. Diese Voraussetzung deckt sich nicht mit denen des Abs. 5 S. 3 i. V. m. Art. 42 Abs. 1 PAG-E. Soweit das Recht, Wohnungen zu betreten und zu durchsuchen betroffen ist, dürfte Art. 44 Abs. 5 S. 3 PAG-E daher verfassungswidrig sein.

27. Zu Art. 45 PAG-E (Online-Durchsuchung):

a) Zu Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (Anordnungsvoraussetzungen):

79

Nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 soll die Online-Durchsuchung künftig auch zulässig sein zur Abwehr drohender Gefahren für die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 2 PAG bezeichneten Rechtsgüter (Bestand oder Sicherheit des Bundes oder eines Landes; Leben, Gesundheit, Freiheit). Damit werden die Anordnungsvoraussetzungen sowohl hinsichtlich des erforderlichen Gefahrgrads (bislang: dringende Gefahr) als auch der geschützten Rechtsgüter (bislang: Bestand oder Sicherheit des Bundes oder eines Landes; Leib, Leben, Freiheit einer Person) abgesenkt. Darüber hinaus stellt auch die Zulässigkeit bei konkreter Gefahr eine Absenkung dar, wie sich aus Abs. 1 S. 6, wo der Begriff der dringenden Gefahr im Sinne einer erhöhten Schwelle verwendet wird, erschließt.

80

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Online-Durchsuchung um den schwersten informationstechnischen Eingriff handelt, den das Sicherheitsrecht erlaubt, und sich bereits die bisherige Regelung an der Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegte, erscheint die Weiterung nicht verfassungskonform. Hinsichtlich des Kriteriums der Rechtsgüter ist nach den Vorgaben des BVerfG die Online-Durchsuchung nur zulässig zum Schutz von „überragend wichtigen Rechtsgütern“, zu denen grundsätzlich Leib, Leben und Freiheit der Person zählen, außerdem solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt, wie z. B. die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.[172] Es muss sich allgemein für den Einzelnen oder die Gemeinschaft um eine existenzielle Bedrohungslage handeln.[173] Darüber geht Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E jedenfalls insoweit hinaus, als er die Gesundheit der Person einbezieht. Darüber hinaus bedürfen auch die anderen genannten Rechtsgüter der verfassungskonformen Auslegung dahin, dass nicht jedwede Gefährdung, sondern nur solche, die ein existenzielles Ausmaß erreichen, eine Online-Durchsuchung legitimieren können. Das sollte auch im Gesetztext zum Ausdruck kommen. Hinsichtlich des erforderlichen

[172] BVerfGE 120, 274, 328.
[173] BVerfGE 120, 274, 328.

Gefahrengrads verlangt das BVerfG (nur[174]) das Vorliegen einer „konkreten Gefahr“[175] und versteht darunter *„eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch bestimmte Personen verursacht wird.“*[176] Sofern es sich um eine Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut handelt, sei es hingegen nicht erforderlich, dass sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, die Gefahr werde schon in näherer Zukunft eintreten. In diesem Fall müssen die Tatsachen den Schluss auf ein *„wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen“*, sowie 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. (…) 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.“*[177] Diese Formulierung hat der Bayerische Gesetzgeber in weiten Teilen in seine Legaldefinition der drohenden Gefahr in Art. 11 Abs. 3 PAG übernommen und folgert daraus, dass die Online-Durchsuchung generell schon bei Vorliegen einer drohenden Gefahr zulässig sei (Entwurfsbegründung S. 115). Dabei wird einerseits übersehen, dass die Ausführungen des BVerfG im Kontext der Terrorismusbekämpfung stehen, wo erfahrungsgemäß von einem hohen Grad an Konspiration ausgegangen werden muss, der eine Vorverlagerung des polizeilichen Tätigwerdens ins Gefahrenvorfeld zusätzlich legitimiert. Und andererseits bleibt unberücksichtigt, dass die entsprechenden Ausführungen des BVerfG einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber enthalten, die genannten Begrenzungen in bereichsspezifischer und normenklarer Weise in so konkrete Anordnungsvoraussetzungen umzugestalten, dass eine verlässliche Rechtsanwendung gewährleistet ist. Diese erforderliche Bestimmtheit weist Art. 11 Abs. 3 PAG aber nicht auf (näher oben Rn. 3 f.), was wegen der hier gegebenen hohen Eingriffsintensität verstärkt zum Tragen kommt.

81

Bei alldem ist durchaus anzuerkennen, dass die Online-Durchsuchung gerade im Gefahrenvorfeld - namentlich also für die Nachrichtendienste von Bund und Ländern - ein effizientes, effektives und zielgerichtetes Mittel darstellen kann, um Bedrohungslagen, die von einem hohen Maß an Konspiration geprägt sind, frühzeitig zu erkennen. Nach den Vorgaben des BVerfG in der Entscheidung zum BKAG setzt dies aber entsprechend hochrangige zu schützende Rechtsgüter voraus sowie eine präzise und normenklare Begrenzung des Anlasses der Maßnahme. Beiden Kriterien genügt das Regelungsmodell im PAG-E, wie dargestellt, nicht.

[174] Vgl. BVerfGE 141, 220, 296.
[175] BVerfGE 141, 220, 304 f.
[176] BVerfGE 120, 274, 328 f.; 141, 220, 305.
[177] A. a. O.

b) Zu Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (weitere Zielpersonen):

82

Die Streichung der Nachrichtenmittler aus Nr. 2 ist nicht nur nach Maßgabe der Entscheidung des BVerfG zum BKAG geboten[178], sondern auch sachgerecht, da deren Einbeziehung in den Anwendungsbereich nur im Rahmen der Überwachung laufender Kommunikation (also bei der Quellen-Telekommunikationsüberwachung) Sinn macht. Der Halbsatz „und die Personen daher mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehen" dürfte entbehrlich sein. Die auf bestimmten Tatsachen gründende Annahme, dass die verantwortliche Person informationstechnische Systeme der Zielperson nutzt stellt eine ausreichend spezifische individuelle Nähe der Zielperson zu der abzuwehrenden Gefahr i. S. d. Rechtsprechung des BVerfG dar.[179]

c) Zu Abs. 1 S. 2 (Erstreckung auf räumlich getrennte Systeme):

83

Die Regelung zur Erstreckung der Online-Durchsuchung auf verbundene aber räumlich getrennte Systeme (z. B. Cloud-Speicher) ist verfassungsmäßig[180], sachgerecht und zu begrüßen. Sie setzt aber voraus, dass die Eingriffsermächtigung im Ausgang ausreichend eng gefasst ist. Die zur Erstreckung der offenen „Durchsuchung" von Speichermedien auf räumlich getrennte Systeme angebrachten Einwände (vgl. oben Rn. 14 ff.) greifen hier nicht, da der Umstand, dass ein schwer wiegender Eingriff in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gegeben ist, bereits bei der Gestaltung der Anordnungsvoraussetzungen zu berücksichtigen ist.

d) Zu Abs. 1 S. 6 (Löschung und Manipulation von Daten):

84

Erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet hingegen die Befugnis zum Löschen und Verändern von Daten des infiltrierten Systems bei einer dringenden Gefahr für ein in S. 1 bezeichnetes Rechtsgut. Die Maßnahme erhält durch diese Befugnis zur Datenvernichtung und Datenmanipulation nochmals ein beträchtlich erhöhtes Gewicht. Da das BVerfG die Online-Durchsuchung überhaupt nur unter der Voraussetzung als verfassungsgemäß angesehen hat, dass mittels technischer Vorkehrungen sichergestellt wird, die Verletzung der Integrität des betroffenen Systems werde so gering wie möglich gehalten[181], stellt eine - nicht nur unvermeidbare, durch die Durchsuchung technisch bedingte, sondern

[178] BVerfGE 141, 220, 273 f.
[179] BVerfGE 141, 220, 274 f.
[180] BVerfGE 141, 220, 303.
[181] BVerfGE 120, 274, 331 ff.; 141, 220, 305 f.

gezielt beabsichtigte - Integritätsverletzung eine gänzlich andere Eingriffsqualität dar. Schon im geltenden Recht ist zweifelhaft, ob die Befugnis zu Datenlöschungen in Art. 34d Abs. 1 S. 3 PAG unter der Voraussetzung, dass eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben nicht anders abgewehrt werden kann, den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Die neue Befugnis in Abs. 1 S. 6 geht darüber noch hinaus, indem sie einerseits nicht nur Datenlöschungen, sondern (erneut[182]) auch Datenmanipulationen erlaubt und andererseits die Eingriffsschwelle von einer gegenwärtigen auf eine dringende Gefahr herabstuft. Andererseits sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen eine derartige Manipulation die einzige wirksame Art darstellt, eine Gefahr zu beseitigen, weshalb die vorgeschlagene Weiterung insoweit nicht von vornherein abgelehnt werden sollte. Eine solche Maßnahme darf aber nur unter engsten Voraussetzungen und im absoluten Ausnahmefall zulässig sein. Denkbar wären in einem derartigen Fall auch zusätzliche prozessuale Absicherungen, z. B. die Anordnung nicht „nur" durch einen Richter, sondern durch ein Kollegialorgan (vgl. etwa Art. 13 Abs. 3 S. 3 GG).

e) Zu Abs. 3 S. 5 (Durchsuchungs- und Betretungsrecht):

85

Im Hinblick auf die unter Abs. 3 S. 5 neu beabsichtigte Befugnis, zur Durchführung der Online-Durchsuchung Sachen der betroffenen Person zu durchsuchen sowie ihre Wohnung zu betreten und zu durchsuchen, stellt sich dieselbe Problematik wie bei der Telekommunikationsüberwachung (oben Rn. 78).[183] Eine Annexkompetenz zum Betreten der Wohnung ist nach geltendem Recht abzulehnen.[184] Würde die Online-Durchsuchung verfassungskonform ausgestaltet und streng auf die Abwehr dringender Gefahren für höchstrangige Rechtsgüter beschränkt, könnte eine Befugnis zum Eingriff in das Wohnungsgrundrecht allerdings auf Art. 13 Abs. 7 GG gestützt werden.

f) Zu Abs. 3 S. 6 (Verlängerungsanordnung):

86

Ein durchgreifender sachlicher Grund für die Erweiterung der Verlängerungsmöglichkeit von einem auf drei Monate ist nicht erkennbar. Aufgrund der hohen Eingriffsintensität sollte eine Überprüfung in möglichst kurzen Abständen erfolgen.

[182] Vgl. Art. 34d Abs. 1 S. 2 PAG a. F., der mit Gesetz vom 27.07.2009 aufgehoben wurde.
[183] Vgl. auch *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Teil VI § 5 Rn. 41 zur Regelung im BayVSG, wo ein Betretungsrecht derzeit nicht geregelt ist. Die ursprünglich in Art. 6g S. 1 BayVSG a. F. als vorbereitende Maßnahme vorgesehene Betretens- und Durchsuchungsbefugnis für Wohnungen, in denen sich informationstechnische Systeme befinden, wurde mit Wirkung vom 1.9.2009 wieder aufgehoben.
[184] So zutr. *Petri*, in: BeckOK BayPAG, Art. 34d Rn. 34 f. m. w. N.

28. Zu Art. 46 PAG-E (Rasterfahndung):

87

Durch die Bezugnahme auf Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 PAG in Abs. 1 S. 1 wird der Anwendungsbereich der Maßnahme leicht ausgeweitet. In seiner Entscheidung zur Rasterfahndung nach dem PolG NW 1990 hat das BVerfG festgestellt, diese Maßnahme dürfe für Zwecke der Gefahrenabwehr nur eingesetzt werden, wenn eine *„konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegeben ist.“*[185] Dieses Gewicht erreichen die Rechtsgüter Gesundheit (Nr. 2) und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt (Nr. 5), wie bereits ausgeführt (s. oben Rn. 58, 66), nicht. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Entscheidung zur präventiv-polizeilichen Rasterfahndung - die im Übrigen viel Kritik erfahren hat[186] - bei einer Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung des BVerfG im Bereich des Sicherheitsrechts etwas aus dem Rahmen fällt.[187] So dürfte aus heutiger Perspektive die Rasterfahndung als ein weniger eingriffsintensives Instrument als die Online-Durchsuchung anzusehen sein, was dafür spricht, dass die Anordnungsvoraussetzungen niedriger ausfallen können. In diesem Sinne sieht die - bislang verfassungsrechtlich nicht beanstandete - Rasterfahndung nach § 98a StPO relativ moderate Anordnungsvoraussetzungen vor, nämlich den Verdacht einer durch einen Straftatenkatalog näher qualifizierten Straftat von erheblicher Bedeutung.[188] Diese Schwelle liegt deutlich unter derjenigen für die strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung und erst recht derjenigen für die Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung.

88

Auch ist aus heutiger Sicht schwer nachvollziehbar, dass das BVerfG die Rasterfahndung im Gefahrenvorfeld grundsätzlich - wenngleich nicht kategorisch, wie die Entwurfsverfasser annehmen (S. 120) - ausgeschlossen hat.[189] Gerade im Gefahrenvorfeld[190] - aufgrund des Trennungsgebots freilich vorzugsweise im Tätigkeitsbereich der Nachrichtendienste - stellt das Zusammenführen von bereits erhobenen personenbezogenen Daten ein wirksames Mittel der Aufklärung dar, das zugleich eine vergleichsweise geringere Eingriffstiefe als die Datenerhebung aufweist. Die - praktisch wichtige und sinnvolle - Tendenz zur Errichtung spezifischer „Gefährderdateien“ (vgl. etwa die Antiterrordatei nach

[185] BVerfGE 115, 320 - amtlicher Leitsatz. S. 60 f.
[186] Vgl. u. a. *Kirchberg*, CR 2007, 10; *Brenneisen*/*Bock*, DuD 2006, 685; *Schewe*, NVwZ 2007, 174.
[187] Vgl. auch die zutreffende Kritik im Sondervotum der Richterin Haas, die u. a. darauf hinweist, bei der Rasterfahndung handele es sich um ein „umständliches Verfahren“, welches im Zeitrahmen der konkreten Gefahr „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht zum Abschluss zu bringen“ sei (BVerfGE 115, 371, 377 f.). Das Erfordernis eines Nähebezugs der Betroffenen zur Bedrohung sei „im Ansatz verfehlt“, werde doch „typischerweise die Rasterfahndung gerade dann eingesetzt, wenn die möglichen Täter noch unbekannt sind.“
[188] Zu diesem Begriff die Nachweise unter Fn. 135.
[189] BVerfGE 115, 320, 360 ff.
[190] Vgl. BVerfGE 115, 320, 355: „Die Rasterfahndung ist ‚Verdachts-‘ oder ‚Verdächtigengewinnungseingriff‘ (…) insbesondere dann, wenn sie (…) zur Aufdeckung von so genannten terroristischen Schläfern führen soll.“

ATDG, die Rechtsextremistendatei nach REDG oder auch Dateianordnungen nach dem reformierten BNDG) folgt dieser Logik. Da nur durch ein Zusammenführen von personenbezogenen Daten aus verschiedenen Quellen im Gefahrenvorfeld eine aussagekräftige Identifizierung gefährlicher Personen gelingen kann (und damit zugleich eine größtmögliche Schonung unbeteiligter Personen), sollte in der Schaffung entsprechender Rechtsgrundlagen ein Schwerpunkt der legislatorischen Tätigkeit liegen. In diesem Zusammenhang müsste dann auch die Frage gestellt werden, in welchem Umfang den Polizeibehörden Kompetenzen im Bereich des Gefahrenvorfelds zustehen sollen. Gemessen am eigenen Anspruch, die Polizei insoweit mit möglichst umfassenden Befugnissen auszustatten, greift der Entwurf vor diesem Hintergrund in Art. 46 PAG-E zu kurz. Die Entscheidung des BVerfG zur Rasterfahndung eröffnet dabei durchaus einen Weg zu deren Nutzung im Gefahrenvorfeld, wenn nämlich *„das rechtsstaatliche Defizit, das mit dem für die Rasterfahndung typischen Verzicht auf eine Nähebeziehung zwischen dem gefährdeten Rechtsgut und den von dem Grundrechtseingriff Betroffenen verbunden ist, (…) auf andere Weise kompensiert werden“* kann, *„um die Uferlosigkeit der Ermächtigung auszuschließen.“*[191] Dabei müsste hinsichtlich der Eingriffsschwelle konsequent zwischen der Verarbeitung von Daten, die aus hoheitlich geführten Dateien stammen und solchen aus privaten Dateien differenziert werden.

Die Einführung einer Eilkompetenz in Abs. 3 S. 1 ist nicht zu beanstanden.

29. Zu Art. 47 PAG-E (Einsatz von unbemannten Luftfahrtsystemen):

89

Die Vorschrift ist nicht in allen Aspekten nachvollziehbar.

Drohnen sind ohne Zweifel geeignete technische Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen aus der Luft. Dass offene Bildaufnahmen nach Art. 33 PAG-E auch durch Drohnen angefertigt werden sollen (Nr. 1 Alt. 1), leuchtet also ein. In diesem Fall kommt der Maßnahme - worauf auch die Entwurfsbegründung generell hinweist (S. 121) - eine zusätzliche nicht unerhebliche Eingriffsqualität zu, weshalb es erforderlich wäre, die Anordnungsvoraussetzungen insoweit enger zu fassen. Systematisch ließe sich das am besten im Zusammenhang mit der Befugnisnorm für das Erstellen von Bildaufnahmen machen, also in Art. 33 und Art. 36 PAG-E.

Weniger schlüssig erscheint der Einsatz von Drohnen hingegen bereits im Falle offener Tonaufnahmen (Nr. 1 Alt. 2). Erfahrungsgemäß setzt die Erstellung brauchbarer Tonaufnahmen eine größere Nähe zur Geräuschquelle voraus. Der Vorteil von Bildaufnahmen aus der Vogelperspektive bei un-

[191] BVerfGE 115, 320, 362 f.

übersichtlichen Situationen, etwa großen Menschenansammlungen, kommt bei Tonaufnahmen überhaupt nicht zum Tragen.

Noch fragwürdiger erscheint der Einsatz von Drohnen zum Zweck des heimlichen Abhörens des gesprochenen Worts außerhalb von Wohnungen [Nr. 2 i. V. m. Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) PAG-E]. Dass Zielpersonen, deren Gespräche abgehört werden sollen, sich unbeeindruckt von einer über ihren Köpfen kreisenden Drohne über für die Gefahrenabwehr relevante Themen unterhalten, ist eher unwahrscheinlich.

Soweit die Verwendung von Drohnen außerdem im Zusammenhang mit dem Einsatz technischer Mittel in Wohnungen (Nr. 3), mit Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung (Nr. 4) und solchen der Online-Durchsuchung (Nr. 5) zulässig sein soll, erschließt sich schon nicht, auf welche Weise ein derartiger Einsatz überhaupt denkbar ist. Der Entwurf enthält zu den technischen Möglichkeiten und Grenzen des Drohneneinsatzes keinerlei Hinweise.

Vor diesem Hintergrund muss prima facie davon ausgegangen werden, dass es sich mit Ausnahme des Erstellens von Bildaufzeichnungen um ungeeignete und damit unverhältnismäßige Maßnahmen handelt. Darüber hinaus wird mit Blick auf die Eingriffsintensität der beträchtliche Einschüchterungseffekt zu bedenken gegeben, der mit dem Einsatz von Drohnen verbunden ist. Dieser ist zugleich im Kontext der erheblichen Ausweitung der polizeilichen Kompetenzen im Gefahrenvorfeld zu sehen. Dass in Zukunft im Falle vager Anhaltspunkte für etwaige künftige Gefahren aufgrund zahlreicher Eingriffsbefugnisse - also mit einer sehr hohen Streubreite - Drohnen eingesetzt werden können, stellt ein Besorgnis erregendes Szenario dar.

30. Zu Art. 48 PAG-E (Weiterverarbeitung von Daten):

a) Zur Systematik:

90

Die Bündelung der Befugnisse zur Weiterverarbeitung von Daten aus qualifizierten Erhebungsmaßnahmen und die Unterteilung nach den verschiedenen Weiterverarbeitungszwecken (Abs. 1: zur eigenen Gefahrenabwehr; Abs. 2: zur Gefahrenabwehr durch andere Behörden; Abs. 3: zur Strafverfolgung) ist wegen der dadurch erreichten größeren Übersichtlichkeit zu begrüßen. Die Vorgaben des BVerfG aus der Entscheidung zum BKAG werden sachgerecht umgesetzt. Allgemein ist unter systematischen Gesichtspunkten jedoch anzumerken, dass die Gedanken der Zweckbindung und der hypothetischen Datenneuerhebung allgemeiner Natur sind und deshalb als allgemeine Grundsätze „vor die Klammer“ gezogen werden könnten (vgl. bereits oben Rn. 23 f.). Maßnahmespezifische Abweichungen könnten dann bei den jeweiligen Maßnahmen geregelt werden. So könnte eine noch größere Anwendungsfreundlichkeit hergestellt werden.

91

Allgemein festzuhalten ist, dass sich die durchgängige Ausweitung der Datenerhebungsbefugnisse auf der Ebene der Weiterverarbeitung fortsetzt, indem die diversen Weiterverarbeitungsbefugnisse des Art. 48 PAG-E abstrakt an die Zwecke und Rechtsgüter der Erhebungsbefugnisnormen anknüpfen. Die Grundsätze der Zweckbindung und der hypothetischen Datenneuerhebung können sich auf diese Weise auch grundrechtsbelastend auswirken, wenn nämlich die Erhebung unter höheren Voraussetzungen (etwa aufgrund einer konkreten Gefahr) erfolgte als die Weiterverarbeitung (etwa aufgrund einer drohenden Gefahr) zulässig ist. Außerdem erfordert die Weiterverarbeitung auch dann keine höheren Voraussetzungen, wenn solche im Erhebungsfall unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geboten wären. Generell gilt: Je niedriger die Schwelle in der Erhebungsbefugnis ausgestaltet ist, umso mehr potenzieren sich die Möglichkeiten der Weiterverarbeitung und umso unwahrscheinlicher ist es, dass erhobene Daten einmal endgültig gelöscht werden.

Vor diesem Hintergrund sollte perspektivisch darüber nachgedacht werden, ob an einem - so vom BVerfG wohl nicht verstandenen[192] - Automatismus der hypothetischen Datenneuerhebung festgehalten werden kann oder nicht vielmehr mit besonders weit reichenden und ins Gefahrenvorfeld verlagerten Erhebungsbefugnissen eher restriktive Verarbeitungsregelungen kombiniert werden müssten - und umgekehrt.

b) Zu Abs. 1 (Weiterverarbeitung zu eigenen Zwecken):

92

Die Auffassung des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz, die Möglichkeit der Weiterverarbeitung sei auf das jeweilige Polizeipräsidium zu begrenzen, kann nicht geteilt werden. Diese Einschränkung lässt sich den Vorgaben des BVerfG nicht entnehmen. Sie stünde auch quer zu der praktischen Notwendigkeit und Tatsächlichkeit einer übergreifenden Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Polizeibehörden. Jedenfalls im Bereich der Strafverfolgung ist es gang und gäbe, dass Ermittlungen an spezialisierte oder mit Parallelverfahren befasste Polizeibehörden - auch präsidiumsübergreifend - oder das LKA abgegeben werden.

c) Zu Abs. 2 (Weiterverarbeitung für andere Zwecke der Gefahrenabwehr):

93

In Abs. 2 sollte klargestellt werden, dass mit „anderen für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörden“ auch die Nachrichtendienste des Bundes und der Länder gemeint sind.

[192] BVerfGE 141, 220, 327 f., 329.

d) Zu Abs. 3 (Weiterverarbeitung für Zwecke der Strafverfolgung):

94

Die Straffung in Abs. 3 ist zu begrüßen, die Norm in der Fassung der Drucksache sprachlich aber immer noch ungenau. Verständlicher wäre hier die Formulierung:

> *„Die Polizei darf personenbezogene Daten, die durch in Abs. 1 genannte Maßnahmen erhoben wurden, für Zwecke der Strafverfolgung weiterverarbeiten und an andere Strafverfolgungsbehörden übermitteln, wenn die Daten insoweit einen konkreten Ermittlungsansatz erkennen lassen,*
>
> *1. im Falle ihrer Erhebung mittels elektronischer Aufenthaltsüberwachung nach Art. 34 Abs. 1*
>
> *a) wenn die Voraussetzungen des § 68b Abs. 1 Satz 3 StGB vorliegen, zur (...),*
>
> *b) zur Verfolgung von Straftaten der in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB genannten Art,*
>
> *2. im Falle ihrer Erhebung durch eine der in Abs. 1 Nr. 2 bis 7 genannten Maßnahmen zur Verfolgung von Straftaten, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach den entsprechenden strafprozessualen Befugnissen angeordnet werden dürfte."*

e) Zu Abs. 4 (Sonderregelungen für Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung):

95

Der Regelungsgehalt des Abs. 4 ließe sich eleganter abbilden, indem die Maßnahmen der Online-Durchsuchung und der Wohnraumüberwachung auch in den Katalog des Abs. 1 aufgenommen und die jeweiligen verfassungsrechtlich gebotenen Einschränkungen der Verwendbarkeit in Abs. 2 bzw. Abs. 3 als Ausnahmen angefügt würden.

31. Zu Art. 49 PAG-E (Schutz von Berufsgeheimnisträgern und des Kernbereichs):

a) Zu Abs. 1, 2 und 5 (Schutz von Berufsgeheimnisträgern):

96

Die Bündelung der Vorschriften zum Schutz grundrechtssensibler Bereiche ist ebenfalls im Grundsatz zu begrüßen. Soweit der Schutz von Berufsgeheimnisträgern betroffen ist, entbehrt der Entwurf allerdings eines schlüssigen bereichsspezifischen Konzepts. Die Anlehnung des Schutzes an die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 53, 53a StPO übernimmt die dortigen dogmatischen Schwächen und lässt eine eigene gesetzgeberische Abwägung der im Bereich der Gefahrenabwehr relevanten Belange vermissen. Außerdem stellt sich die Frage, warum der Schutz bestimmter Vertrauensverhältnisse nur auf die in Abs. 1 S. 1 bezeichneten besonderen Maßnahmen der Datenerhebung beschränkt sein soll. In ein geschütztes Vertrauensverhältnis kann durch jede - auch (teilweise erst recht) durch eine offene -

Datenerhebung eingegriffen werden. Andererseits genießen die schutzwürdigen Interessen der Berufsgeheimnisträger (und der Öffentlichkeit an deren Tätigkeiten) keinen absoluten Vorrang vor Belangen der Gefahrenabwehr.[193] Warum also z. B. zur Abwehr gegenwärtiger Gefahren für hochrangige Rechtsgüter von vornherein nicht in solche Vertrauensverhältnisse soll eingegriffen werden können, erscheint unausgewogen und widersprüchlich. Wenn zur Abwehr etwa einer gegenwärtigen Lebensgefahr so massive aktionelle Eingriffe wie ein finaler Rettungsschuss zulässig sind, sollte ein informationeller Eingriff in ein besonderem grundrechtlichen Schutz unterstehendes Vertrauensverhältnis auch möglich sein. Richtigerweise müsste zudem zwischen dem unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Gewicht des Schutzes der verschiedenen Vertrauensverhältnisse differenziert werden. So ist z. B. der Schutz von Seelsorgern (Beichtgeheimnis, Kernbereich[194]), Suchtberatern (Persönlichkeitsrecht, evtl. Selbstbelastungsfreiheit[195]) oder Abgeordneten (institutioneller Schutz des Mandats[196]) nicht an denselben verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu messen. All dies macht ein eigenständiges ausgewogenes polizeirechtliches Schutzkonzept erforderlich. Auf die weiteren Ausführungen unter Rn. 60 wird ergänzend Bezug genommen.

b) Zu Abs. 3 und 5 (Kernbereichsschutz):

97

Soweit in Abs. 3 S. 1 der Kernbereichsschutz ausgeschlossen wird, sofern Anhaltspunkte dafür bestehen, „dass diese Daten dazu dienen sollen, ein Erhebungsverbot herbeizuführen“, wird dadurch der vom BVerfG gemeinte Missbrauchsgedanke nur unzureichend erfasst. Gemeint ist, dass eine Kernbereichsrelevanz lediglich vorgetäuscht wird, es sich also nur prima vista aber nicht tatsächlich um Kernbereichsdaten handelt[197] (z. B. Gespräche über geplante Straftaten werden im Beichtstuhl geführt). Sind die Daten hingegen zweifellos als Kernbereichsdaten zu qualifizieren, und werden sie (auch) erzeugt oder verwendet, um ein Erhebungsverbot herbeizuführen (z. B. Gespräche über geplante Straftaten werden bewusst bei der Vornahme intimer sexueller Handlungen geführt), muss konsequenter Weise der Kernbereichsschutz greifen. Das ist aus Sicht der Gefahrenabwehr zwar unbefriedigend, verfassungsrechtlich aber nicht zu umgehen.

98

Erfreulich ist, dass der Kernbereichsschutz auf der Erhebungsebene für alle unter Abs. 3 S. 1 genannten Maßnahmen gleich ausgestaltet ist. Das erleichtert die praktische Anwendbarkeit. Andererseits stellt sich die Frage, warum der Schutz nicht auch auf andere, auch offene, Maßnahmen erstreckt wird.

[193] Vgl. nur BVerfGE 33, 367, 379; 107, 299, 332; 108, 251, 269; 129, 208, 258 ff.; BVerfGE 141, 220, 281, 318 f.; BVerfG NJW 2005, 1917; 2011, 1859, 1860.
[194] BVerfGE 109, 279, 322 f.; daran anschließend BVerfGE 141, 220, 276.
[195] BVerfGE 109, 279, 322; 110, 226, 253.
[196] BVerfGE 108, 251, 269; 109, 279, 358.
[197] BGHSt 54, 69, 99.

So sind Eingriffe in den Kernbereich ohne weiteres denkbar beim offenen Betreten und Durchsuchen von Wohnungen, beim offenen Durchsuchen von Sachen, namentlich von elektronischen Datenträgern, und beim Auswerten von Dokumenten.[198] Den Kernbereichsschutz lediglich auf einige eingriffsintensive heimliche Maßnahmen zu erstrecken, verkennt den hinter ihm stehenden allgemeinen Gedanken. Auch insoweit verfügt der Entwurf demnach über kein schlüssiges Konzept.

99

Zu begrüßen ist die Sonderregelung für Online-Durchsuchungen in Abs. 3 S. 5 und 6, die die praktische Durchführbarkeit der Maßnahme gewährleistet. Um nicht im Einzelfall schwierige Wahrscheinlichkeitserwägungen anstellen zu müssen (zumal der erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit gesetzlich nicht näher bestimmt wird), könnte erwogen werden, die Zulässigkeit der Datenerhebung durch die Formulierung *„darf auf das informationstechnische System auch dann zugegriffen werden, wenn dabei solche Daten voraussichtlich nur in untergeordnetem Umfang miterfasst werden."* Eine wörtliche Übernahme der entsprechenden Formulierung des BVerfG ist auch hier nicht notwendig.[199]

32. Zu Art. 50 bis 52 PAG-E (Benachrichtigung, Kontrolle, Berichtspflichten):

100

Die Bündelung der Benachrichtigungspflichten bei verdeckten Maßnahmen in Art. 50 PAG-E ist wegen der dadurch erhöhten Übersichtlichkeit und Anwendungsfreundlichkeit zu begrüßen. Die Rechtsprechung des BVerfG zu den Benachrichtigungspflichten wird vorbildlich umgesetzt. Praktisch wichtig und vollkommen sachgerecht ist zudem die Möglichkeit eines Absehens von der Benachrichtigung nach Abs. 1 S. 5, sofern die zu benachrichtigende Person von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurde. Da in diesem Fall in der Regel zugleich eine Konstellation dergestalt vorliegen wird, dass durch erforderliche Maßnahmen zur Identifizierung der betroffenen Person der Eingriff weiter vertieft würde, ist diese Ausnahmeregelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.[200] Diesen Gedanken stellt S. 6 nochmals klar. Auch Abs. 3 und 4 enthalten begrüßenswerte Klarstellungen zum maßgeblichen Zeitpunkt der Benachrichtigung bzw. Fristbeginn für eine Zurückstellungsentscheidung.

Auch in Art. 51 PAG-E werden die Vorgaben des BVerfG zu Protokollierungs- und Prüfpflichten übersichtlich und sachgerecht umgesetzt. Dem Einwand des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz, es erschließe sich nicht, wie durch eine Protokollierung eine Gefährdung der jeweiligen

[198] Vgl. den Tagebuchfall BVerfG 80, 367 in dem mit 4 : 4 Stimmen ein Eingriff in den Kernbereich abgelehnt wurde. Abgesehen davon, dass noch intimere Aufzeichnungen denkbar sind, spricht viel dafür, dass der Fall heute anders entschieden würde; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 17.11.2007, 2 BvR 518/07, juris; VerfGH Berlin, 21.4.2009, 170/08, 170 A/08, Z. 10 ff., juris.
[199] BVerfGE 141, 220, 307.
[200] Vgl. BVerfGE 109, 279, 365.

Maßnahme herbeigeführt werden könne, die entsprechende Formulierung in Art. 51 Abs. 1 S. 1 PAG-E sei daher zu streichen[201], ist allerdings zuzustimmen.

101

Die Unterrichtungs- und Berichtspflichten nach Art. 52 PAG-E gehen, was den Umfang der Maßnahmen betrifft, über die zu berichten ist, teilweise sogar über den Rahmen des verfassungsrechtlich Gebotenen hinaus.[202] Die auf diese Weise in der Breite hergestellte größere Transparenz ist ausdrücklich zu begrüßen. Berechtigt ist allerdings auch der Einwand des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz, der eine vorrangige Einbindung des Parlamentarischen Kontrollgremiums moniert und zurecht auf die funktionalen und organisatorischen Unterschiede zwischen Verfassungsschutz und Polizei hinweist.[203] Letztlich muss in dieser Regelung auf der Kontrollebene ein weiterer deutlicher Beleg für eine gewollte „Vernachrichtendienstlichung" der Polizei (vgl. Rn. 3) erblickt werden.

33. Zu Art. 53 bis 65 PAG-E (Datenspeicherung, -übermittlung und sonstige Datenverarbeitung):

a) Zur Systematik:

102

Unter systematischen Gesichtspunkten ist anzumerken, dass die Verstreuung der dem Datenschutz dienenden Regelungen in allgemeine Grundsätze (Art. 30 PAG-E), Vorschriften, die besondere Befugnisse und Maßnahmen der Datenerhebung betreffen (Art. 48 bis 51 PAG-E) und solche, die für jede Form der Datenverarbeitung nach dem PAG gelten (Art. 53 bis 65 PAG-E), das Erfassen des maßgeblichen Regelungsgehalts schwierig gestaltet, zumal die Trennung nicht konsequent durchgehalten wird (vgl. Art. 59 Abs. 3 PAG-E). Diese Regelungstechnik führt zwangsläufig zu Doppelungen (vgl. etwa Art. 48 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 2 PAG-E) und Auslegungsunsicherheiten. Eine Bündelung dieser Vorschriften in einem Abschnitt („Weiterverarbeitung von Daten") wäre hilfreich.

[201] (Fn. 60), S. 53.

[202] „Da sich die Durchführung von heimlichen Überwachungsmaßnahmen der Wahrnehmung der Betroffenen und der Öffentlichkeit entzieht und dem auch Benachrichtigungspflichten oder Auskunftsrechte mit der Möglichkeit anschließenden subjektiven Rechtsschutzes nur begrenzt entgegenwirken können", erhebt das BVerfG zwar die Forderung, „hinsichtlich der Wahrnehmung dieser Befugnisse regelmäßige Berichte des Bundeskriminalamts gegenüber Parlament und Öffentlichkeit gesetzlich sicherzustellen" (BVerfGE 141, 220, 285). Das Urteil bezieht sich aber nicht auf alle der in Art. 52 Abs. 1 S. 1 PAG-E genannten Maßnahmen. Zuvor hatte das BVerfG entsprechende Berichtspflichten lediglich bei der akustischen Wohnraumüberwachung (BVerfGE 109, 279, 373) aufgrund von Art. 13 Abs. 6 GG für von Verfassung wegen erforderlich gehalten.

[203] (Fn. 60), S. 55 f.

b) Zu Art. 53 Abs. 2 S. 2 PAG-E (zweckändernde polizeiliche Nutzung):

103

Die Vorschrift ist sprachlich etwas ungenau, indem sich nicht deutlich erschließt, ob nur die Übermittlung zu einem anderen polizeilichen Zweck zulässig sei oder auch die Speicherung und Veränderung zu einem anderen polizeilichen Zweck (wie wohl beabsichtigt, vgl. Entwurfsbegründung S. 134). Klarer wäre die Formulierung *„Die Verarbeitung einschließlich einer erneuten Speicherung, Veränderung und Übermittlung zu einem anderen polizeilichen Zweck ist zulässig (…).“*

c) Zu Art. 53 Abs. 3 PAG-E (Ausnahme vom Verwendungsverbot):

104

Die Regelung, die die Weiterverarbeitung von Daten, welche ohne Vorliegen der Erhebungsvoraussetzungen erlangt wurden, ausnahmsweise zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 2 genanntes Rechtsgut oder für Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt, erlaubt, ist in ihrem Grundgedanken ausdrücklich zu begrüßen. Unzutreffend ist freilich, dass hier ein Verwendungsverbot normiert werde (S. 134), vielmehr handelt es sich um eine Ausnahmeregelung zu einem ungeschriebenen Verwendungsverbot.

Zu überlegen ist aber, ob die Regelung nicht zu kurz greift, denn aus der Rechtswidrigkeit einer Datenerhebung folgt nicht automatisch die Unzulässigkeit der Datenverwendung. Im Bereich der strafprozessualen Verwertungsverbote (die die Verwendung von Daten zu Beweiszwecken betreffen und damit eine besondere Art von Verwendungsverboten darstellen), betonen die höchstrichterliche Rechtsprechung und das BVerfG seit langem, dass es einen derartigen Automatismus nicht gebe. Vielmehr sei im Einzelfall das Strafverfolgungsinteresse mit dem Interesse an der Nichtverwendung der Daten abzuwägen.[204] Warum dies im Zusammenhang mit der Verwendung zu Zwecken der Gefahrenabwehr anders zu beurteilen sei, ist nicht zu erkennen, zumal das öffentliche Interesse an der Abwehr von Gefahren in der Regel höher einzustufen ist als dasjenige an einer „bloßen“ Strafverfolgung. Hinzu kommt, dass die Gründe für eine Nichtbeachtung der Erhebungsvoraussetzungen vielfältig sein können. Sie können von einer willkürlichen Missachtung bis zu einer unabsichtlichen Fehleinschätzung reichen. Die Abwehr der Gefahr kann außerdem im Interesse der von der rechtswidrigen Datenerhebung betroffenen Person liegen. Das Verbot der Datenverwendung als Mittel zur Disziplinierung der Polizeibehörden zu sehen (sog. Disziplinierungstheorie[205]) mutet im Bereich der Gefahrenabwehr noch verfehlter an als im Bereich der Strafverfolgung. Denn die Abwehr einer Gefahr liegt nicht im Interesse einzelner, mit der Datenerhebung betrauter Polizeibeamter, sondern der gefährdeten Personen und

[204] Vgl. BVerfGK 4, 283, 285; 17, 390, 399; BVerfG NJW 2007, 499, 503 f.; 2008, 3053; 2014, 532, 534; BVerfGE 130, 1, 31; BVerfG, ZD 2015, 423.
[205] Näher hierzu *Löffelmann*, S. 71 f.

der Allgemeinheit, die im Falle eines Datenverwendungsverbots und einer deshalb sich verwirklichenden Gefahr auch den Schaden zu tragen haben. Bewusste Rechtsverstöße können schließlich auch auf andere Weise sanktioniert werden.[206] Auch im Falle unzulässig gespeicherter Daten ist im Übrigen nicht eine zwingende Löschung vorgesehen (vgl. Art. 62 Abs. 2 und 3 PAG-E). Datenschutzrechtlichen Belangen kann auch durch eine teilweise Sperrung der Daten Rechnung getragen werden.

Vor diesem Hintergrund weist die Regelung in Abs. 3 zwar in die richtige Richtung. Die schwierige Frage, inwieweit ein schematisches Festhalten am Grundsatz der Datenneuerhebung verfassungsrechtlich geboten ist oder weitere Ausnahmen erlaubt, müsste jedoch dringend näher beleuchtet werden.

d) Zu Art. 53 Abs. 4 PAG-E (Grunddaten):

105

Die Klarstellung in Art. 53 Abs. 4 PAG-E, welche Grunddaten von der Polizei stets verarbeitet werden dürfen, ist aus Gründen der Praktikabilität ausdrücklich zu begrüßen.

e) Zu Art. 54 Abs. 2 S. 1 und 2 PAG-E (Verarbeitung strafrechtlicher Daten):

106

Die Beibehaltung der Regelung zur Weiterverarbeitung im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen gewonnener Daten und ihrer Löschung bei Wegfall des Tatverdachts harmoniert nicht mit dem im Übrigen im Entwurf verfolgten Konzept der Weiterverarbeitung. Die Vorschrift führt dazu, dass bereits rechtmäßig erhobene Daten, die zur Gefahrenabwehr benötigt werden, gelöscht werden müssen und also nicht mehr verwendet werden können, (nur) weil der strafrechtlich relevante Verdacht weggefallen ist. Da dies für jedwede Art der Verwendung zu Zwecken der Gefahrenabwehr gilt, liegt die Regelung evident quer zu der des Art. 53 Abs. 3 PAG-E, die eine Verwendung sogar im Falle einer rechtswidrigen Datenerhebung zulässt. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Annahme eines strafrechtlichen Tatverdachts in der Regel von sehr spezifischen Tatbestandsvoraussetzungen abhängt, was für die Annahme einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinne nicht gilt. Richtigerweise müsste auch hier - also für den umgekehrten Fall der Verwendung zu anderen Zwecken erhobener Daten für solche der Gefahrenabwehr - (mindestens, vgl. Rn. 104) - der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung zur Anwendung gelangen (vgl. spiegelbildlich für das Strafverfahren § 161 Abs. 2 S. 1 StPO), zumal die bisherige Löschungsregelung hinsichtlich der Entscheidung, wann ein Tatverdacht entfallen ist, mit einer Vielzahl von Unwägbarkeiten befrachtet[207] und daher wenig praxistauglich ist.

[206] Vgl. als prominentes Beispiel den Fall Gäfgen, (EGMR, NJW 2007, 2461; 2010, 3145), wo die rechtswidrig handelnden Polizeibeamten strafrechtlich verurteilt wurden.
[207] Vgl. *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 38 Rn. 31 ff.

f) Zu Art. 54 Abs. 4 S. 3 und 4 PAG-E (Verarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken):

107
Die neue Befugnis zur Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken ist ausdrücklich zu begrüßen. Eine bessere rechtstatsächliche Erschließung der Polizeiarbeit ist für die künftige Entwicklung der Gesetzgebung dringend erforderlich.

g) Zu Art. 55 Abs. 3 S. 5 PAG-E (Verarbeitungsverbot nach Übermittlung):

108
Das Verbot für die empfangende Stelle, Daten weiterzuverarbeiten, die aufgrund einer rechtswidrigen Übermittlung erlangt wurden, müsste konsequenter Weise in den die Tätigkeit dieser Stellen betreffenden Gesetzen geregelt werden. Soweit es sich dabei z. B. um Bundesbehörden handelt, fehlt dem Bayerischen Gesetzgeber schon die Kompetenz, entsprechend verbindliche Regelungen für andere Stellen zu erlassen. In den dortigen bereichsspezifischen Vorschriften wäre dann ggf. zu regeln, ob dort eine Weiterverarbeitung nach dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung zulässig sei.

h) Zu Art. 56 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E (Übermittlung an Nachrichtendienste):

109
Die beabsichtigte Klarstellung der Übermittlungsbefugnis an die Nachrichtendienste von Bund und Ländern ist zu begrüßen.[208]

i) Zu Art. 57 und 59 PAG-E (Übermittlung an ausländische Stellen):

110
Die detaillierte Ausgestaltung der Übermittlungsbefugnisse an ausländische Stellen ist zu begrüßen.

Allerdings ist zu erwägen, ob einer Datenübermittlung an ausländische Stellen nicht grundsätzlich eine Benachrichtigung der betroffenen Person - also die Gewährung rechtlichen Gehörs - vorauszugehen hat. Mit der Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland begibt sich der deutsche Staat weitgehend der Verfügungsgewalt über diese Daten. Missbräuchliche Verwendungen kann er nicht mehr - allenfalls auf völkerrechtlichem Wege - verhindern. Für die betroffene Person kann die Datenverwendung im Ausland mit weitaus gravierenderen Nachteilen verbunden sein, als im Inland, so z. B. bei der Verwendung zu Zwecken der Strafverfolgung, wenn die ausländische Rechtsordnung als Sanktionsmöglichkeit die Todesstrafe vorsieht. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der deutsche Staat von Verfassung wegen nicht „die Hand zu Menschenrechtsverletzungen durch einen ausländi-

[208] BVerfGE 141, 220, 329 f.

schen Staat reichen“ darf.[209] Da Art. 57 und 58 PAG-E Ausnahmetatbestände vorsehen, die an schutzwürdige Interessen der betroffenen Person (Art. 58 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 PAG-E) und seine Grundrechte (Art. 58 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 PAG-E) anknüpfen, sollte für diese auch die Möglichkeit ihrer tatsächlichen Geltendmachung bestehen. Sofern aus Gründen der Gefahrenabwehr eine nichtoffene Datenübermittlung erforderlich ist, könnte dem mit einem Ausschlusstatbestand und einer Pflicht zur nachträglichen Benachrichtigung Rechnung getragen werden.

Im Übrigen wird der vom Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz in diesem Zusammenhang angebrachten Kritik beigetreten.[210]

j) Zu Art. 60 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 3 PAG-E (Datenübermittlung an die Polizei):

111

Befugnisse und Pflichten anderer öffentlicher Stellen zur Datenübermittlung an die Polizei sind in den deren Tätigkeit regelnden bereichsspezifischen Gesetzen vorzusehen.

k) Zu Art. 60 Abs. 3 PAG-E (Übermittlungsersuchen an inländische Nachrichtendienste):

112

Die Klarstellung ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass infolge der weiten Vorverlagerung der polizeilichen Tätigkeit in das Gefahrenvorfeld nunmehr zur Abwehr lediglich drohender Gefahren (Nr. 1) von den Nachrichtendiensten Daten erlangt werden können. Damit kommt es bei der Polizei zu einer Kumulierung von das Gefahrenvorfeld betreffenden Daten, was den Befund einer weitgehenden „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei (vgl. oben Rn. 3) verstärkt. Dies steht nicht im Einklang mit dem vom BVerfG im Urteil zur Antiterrordatei entwickelten informationellen Trennungsgebot, demzufolge die Datenübermittlung von Nachrichtendiensten an Polizeibehörden nur ausnahmsweise erfolgen darf und einer präzisen, normenklaren bereichsspezifischen Ermächtigung bedarf.[211] Davon kann bei der Generalklausel des Abs. 3 keine Rede sein. Darüber hinaus weist der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz zutreffend auf die Divergenz der gegenständlichen Regelung und der des Art. 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayVSG hin.[212] Für die die anderen nachrichtendienstlichen Behörden auf Bundes- und Landesebene betreffenden Übermittlungsbefugnisse (soweit solche im jeweiligen Landesrecht bereits existieren) gilt dies entsprechend.

[209] BVerfGE 140, 317, 347 m. w. N.; BVerfGE 141, 220, 342.
[210] (Fn. 60), S. 63 - 67.
[211] BVerfGE 133, 277, 329 f.
[212] (Fn. 60), S. 67.

l) Zu Art. 61 PAG-E (Datenabgleich innerhalb der Polizei):

113
Es sollte erwogen werden, die Vorschrift des Art. 61 PAG-E allgemeiner zu fassen, etwa nach dem Vorbild des § 25a HSOG-E.[213] Dabei ist zu berücksichtigen, dass polizeiliche Tätigkeit, sei es im Bereich der Verfolgung von Straftaten oder durch informationelles Handeln im Bereich der Gefahrenabwehr seit jeher als zentrales Element ein Zusammenführen von aus unterschiedlichen Quellen stammenden und an verschiedenen Orten innerhalb des polizeilichen Bereichs abgelegten Daten beinhaltet. Dieser Kernkompetenz könnte für die (selbstverständliche) Nutzung informationsverarbeitender Systeme mit einer allgemeinen Befugnis zum Datenabgleich innerhalb der Polizei die erforderliche gesetzliche Grundlage gegeben werden. Um eine gemeinsame Datei verschiedener Behörden handelte es sich dabei nicht, so dass der Gedanke des informationellen Trennungsgebots nicht zum Tragen käme.

m) Zu Art. 62 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 4 PAG-E (Löschung unzulässig erhobener oder verarbeiteter Daten):

114
Die Erweiterung der Ausnahmen entsprechend der Regelung in Art. 53 Abs. 3 und 4 PAG-E ist konsequent und ausdrücklich zu begrüßen. Die zu der in Bezug genommenen Vorschrift dargestellten Überlegungen gelten aber auch hier. Auf die Ausführungen unter Rn. 104 wird insoweit Bezug genommen.

n) Zu Art. 64 PAG-E (Dateianordnung und Folgenabschätzung):

115
Da es sich um ein automatisiertes Verfahren (vgl. § 46 Abs. 1 Nr. 1 BDSG) handelt, treten an die Stelle verfahrensrechtlicher Schritte, die sonst die Einhaltung der Übermittlungsvoraussetzungen im Einzelfall gewährleisten, rechtliche und technische Vorgaben für die Einrichtung und Nutzung des eingesetzten informationstechnischen Systems. Zu diesen Vorgaben zählen auch zu beachtende technische Standards, um die Art. 64 Abs. 1 S. 1 PAG-E zu erweitern wäre, insbesondere zum Schutz des Dateienverbunds gegen unberechtigte Zugriffe.

[213] § 25a HSOG-E lautet: „Automatisierte Anwendung zur Datenanalyse (1) Die Polizeibehörden können in begründeten Einzelfällen gespeicherte personenbezogene Daten mittels einer automatisierten Anwendung zur Datenanalyse weiterverarbeiten zur vorbeugenden Bekämpfung von in § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung genannten Straftaten oder zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhalt im öffentlichen Interesse geboten ist, oder wenn gleichgewichtige Schäden für die Umwelt zu erwarten sind. (2) Im Rahmen der Weiterverarbeitung nach Abs. 1 können insbesondere Beziehungen oder Zusammenhänge zwischen Personen, Personengruppierungen, Institutionen, Organisationen, Objekten und Sachen hergestellt, unbedeutende Informationen und Erkenntnisse ausgeschlossen, die eingehenden Erkenntnisse zu bekannten Sachverhalten zugeordnet sowie gespeicherte Daten statistisch ausgewertet werden. (3) Die Einrichtung und wesentli-

Erwägenswert wäre zudem, die Regelung des Art. 64 Abs. 2 PAG-E, die nicht nur spezifisch das Polizeirecht betrifft, in das BayDSG aufzunehmen.

34. Zu Art. 78 bis 86 PAG-E (unmittelbarer Zwang):

116

In den Bestimmungen zur Anwendung unmittelbaren Zwangs sieht der Gesetzentwurf eine Ausweitung zulässiger Hilfsmittel auf Drohnen (Art. 78 Abs. 3 PAG-E) und zulässiger Waffen auf Explosivmittel (Art. 78 Abs. 5 PAG-E) vor. Soweit Drohnen betroffen sind, sieht der Entwurf in der Änderung lediglich eine Klarstellung (S. 161). Gleichwohl kommt dem Einsatz dieses Hilfsmittels aufgrund seiner mittlerweile unproblematischen Verfügbarkeit im Zusammenhang mit der Anwendung unmittelbaren Zwangs eine ganz neue Bedeutung und Dimension zu. Anders als beim Einsatz von Drohnen nach Art. 47 PAG-E als Hilfsmittel für eine (bloße) Aufklärungsmaßnahme, ist ihre ausdrückliche Definition als „Hilfsmittel der körperlichen Gewalt" in Art. 78 Abs. 3 PAG-E auf die Ausübung unmittelbaren Zwangs gerichtet. Das verdeutlicht auch ihre Nennung im unmittelbaren Zusammenhang mit Wasserwerfern, Reiz- und Betäubungsstoffen oder Sprengmitteln. Soweit die Entwurfsbegründung (S. 161) darauf abstellt, dass Luftfahrzeuge auch bisher schon Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sein konnten, erscheint das zweifelhaft.[214] Denn mit Luftfahrzeugen kann nicht, ähnlich wie etwa mit Dienstfahrzeugen, unmittelbar auf Menschen oder Sachen eingewirkt werden oder können Sperren errichtet werden. Mit der Erweiterung der Beispiele für Hilfsmittel auf Drohnen ist daher eine beträchtliche Weiterung verbunden, in deren Folge z. B. (mit Reizstoffen, Gummigeschossen oder auch scharfer Munition) bewaffnete Drohnen unmittelbar gegen Menschen eingesetzt werden könnten. Eine derartige Befugnis ist rechtlich und ethisch höchst problematisch[215] und darf keinesfalls en passant eingeführt werden.

117

Soweit eine Erweiterung der zulässigen Waffen auf Explosivmittel und eine Erweiterung von deren Einsatzmöglichkeiten (Art. 86 Abs. 1 S. 2 PAG-E) beabsichtigt ist und dies pauschal mit „neuen Bekämpfungsszenarien bei der Terrorismusabwehr" begründet wird (S. 161), sollte bedacht werden, dass der Einsatz solcher Mittel stets eine massive Gefährdung einer Vielzahl unbeteiligter Personen bedingt (vgl. daher die hohen Strafdrohungen unter §§ 308, 310 StGB). Generell begründen das Mitsichführen

---

che Änderung einer automatisierten Anwendung zur Datenanalyse erfolgen durch Anordnung der Behördenleitung oder einer oder eines von dieser beauftragten Bediensteten."

[214] *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 61 Rn. 4 ff. und *Buggisch*, in: BeckOK BayPAG, Art. 61 Rn. 11 ff. nennen Luftfahrzeuge nicht als Hilfsmittel körperlicher Gewalt.

[215] Vgl. *Boothby*, HuV-I 2/2011, 81, 89 f.; zum (quasi-)polizeilichen Einsatz von Aufklärungsdrohnen *Hertwig*/*Kuvvet*, HuV-I 2/2011, 120 und *Mahraun*, HuV-I 2/2011, 128; zum Einsatz bewaffneter Drohnen im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und humanitärem Völkerrecht ferner *Löffelmann*, JR 2013, 496; *ders*., Kritische Justiz 2013, 372.

und der Einsatz von Waffen durch Polizeibeamte im öffentlichen Raum stets eine abstrakte Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben. Der entsetzliche Vorfall von Juni 2017 am S-Bahnhof in Unterföhring, wo ein geistig verwirrter Mann einem Polizisten die Dienstwaffe entwinden konnte und anschließend durch Schüsse mehrere Personen verletzte, darunter eine Polizistin, die seitdem im Wachkoma liegt, verdeutlicht diese Gefahr.[216] Versuche von Störern, Dienstwaffen der am Tatort agierenden Polizisten an sich zu bringen, ereignen sich in jüngerer Zeit immer wieder.[217] Vor diesem Hintergrund könnte - entgegen der Intention des Gesetzentwurfs, die Möglichkeiten des polizeilichen Einsatzes von Waffen und Explosivmitteln auszuweiten - eher ein Umdenken dergestalt angezeigt sein, die Verfügbarkeit und den Einsatz von solchen Mitteln, die eine Gefahr für das Rechtsgut Leben begründen können (insbesondere Schusswaffen mit scharfer Munition), einzuschränken.

118

Soweit in Art. 83 Abs. 2 S. 2 PAG-E die Formulierung „Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit“ durch die Wörter „Gefahr für Leib oder Leben“ ersetzt werden soll, handelt es sich dabei entgegen der Entwurfsbegründung (S. 162) um eine Weiterung, da die Qualifikation „schwerwiegende Verletzung“ entfällt. Die Kommentarliteratur weist in diesem Zusammenhang darauf hin, die Regelung sei *„schon deswegen notwendig, da es oft allein von der Konstitution des Opfers abhängt, ob die Quälereien eines Geiselnehmers ‚bloß‘ mit einer schweren Verletzung enden oder tödlich sind.“* Der Gesetzgeber habe daher - trotz verfassungsrechtlicher Bedenken - den finalen Rettungsschuss bereits bei der Gefahr der schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit freigegeben.[218] Eine Gefahr für den Leib, die bereits dann gegeben ist, wenn eine Verletzung der körperlichen oder geistigen Unversehrtheit oder der Gesundheit droht[219], erreicht diese Schwelle nicht, weshalb die verfassungsrechtlichen Bedenken hier erst recht greifen.

---

[216] Vgl. http://www.abendzeitung-muenchen.de/inhalt.wie-konnte-er-die-waffe-entreissen-schiesserei-in-unterfoehring-polizei-gibt-neue-details-zu-taeter-bekannt.d72bb8c8-7560-4ee3-aa9b-8d7ee4294d92.html (14.06.2017).

[217] Vgl. http://www.abendzeitung-muenchen.de/inhalt.26-jaehriger-rastet-voellig-aus-ertappter-ladendieb-will-polizist-dienstwaffe-entreissen.9c59af7e-5857-4536-ad09-42cedee8a298.html (11.01.2018); http://www.abendzeitung-muenchen.de/inhalt.er-wehrte-sich-gegen-festnahme-harlaching-mann-versucht-polizist-pistole-zu-entreissen.62160208-1070-46b7-bf3f-239e10263e80.html (23.01.2018).

[218] *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 66 Rn. 8 und 14, wo unter Hinweis auf die staatliche Schutzpflicht allerdings ein noch weitergehender Einsatz des finalen Rettungsschusses gefordert wird.

[219] *Schmidbauer*/Steiner, PAG, Art. 17 Rn. 18; ob dabei jeder Gesundheitsschaden genüge (so a. a. O. Art. 23 Rn. 22) oder jedenfalls erhebliche körperliche Beeinträchtigungen (so a. a. O. Art. 34 Rn. 47) oder nicht nur leichte Körperverletzungen (so a. a. O. Art. 11 Rn. 50, Art. 34a Rn. 21) erforderlich sind, wird je nach Kontext unterschiedlich beantwortet, jedenfalls aber liegt die Schwelle unter derjenigen der schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit.

35. Zu Art. 92 PAG-E (gerichtliche Entscheidungen):

119

Die Bündelung und Vereinheitlichung der Regelungen über die gerichtliche Zuständigkeit und das gerichtliche Verfahren in einer eigenen Vorschrift ist nachdrücklich zu begrüßen. Das in der Entwurfsbegründung (S. 167 f.) hervorgehobene Erfordernis, dass die Polizeibehörden Anträge auf gerichtliche Entscheidung stets qualifiziert zu begründen haben, sollte gesetzlich verankert werden, da es sich um ein verfassungsrechtliches Gebot handelt.[220] Soweit der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz außerdem die Ausnahmeregelung in Abs. 3 S. 2 moniert[221], ist dem zuzustimmen. Dabei ist namentlich zu berücksichtigen, dass an die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung auch die Zulässigkeit der Weiterverarbeitung der erhobenen Daten anschließt (vgl. Art. 53 Abs. 4 PAG-E). Die präventiv grundrechtsschützende Funktion des Richtervorbehalts entfaltet demnach nicht nur bei der Datenerhebung, sondern auch bei der Weiterverarbeitung Wirkung. Ein Absehen von der gerichtlichen Bestätigung wäre demnach nur in Fällen erfolgloser Erhebungsmaßnahmen denkbar. Aber auch in diesen Fällen ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung[222] von einem Fortbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses bei erledigten Maßnahmen ausgeht, wenn hierdurch in Grundrechte eingegriffen wurde oder die Gefahr einer Wiederholung besteht.

36. Zu Art. 93 S. 2 und Art. 94 PAG-E (Kostentragungspflicht und Opferschutzmaßnahmen):

120

Die neue Regelung in Art. 93 S. 2 PAG-E, der zufolge polizeirechtlich verantwortlichen Personen auch im Falle einer Gemengelage die Kosten für den Polizeieinsatz auferlegt werden können, ist nachdrücklich zu begrüßen. Dasselbe gilt für die neue Opferschutzregelung in Art. 94 PAG-E, wobei in diesem Zusammenhang auf einen generellen Reformbedarf im Bereich der Opferschutzmaßnahmen wie auch der Opferentschädigung hinzuweisen ist. Hier werden viele wichtige Leistungen bislang von privaten Trägern erbracht.

37. Zur „Gesamtbilanz“:

121

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist es erforderlich, einzelne Eingriffsbefugnisse nicht nur isoliert zu betrachten, sondern auch in ihrem wechselseitigen Zusammenwirken. So hat das BVerfG

[220] BVerfGE 141, 220, 275.
[221] (Fn. 60), S. 75 f.

bereits in seiner Entscheidung zum Einsatz technischer Observationsmittel nach StPO auf die Problematik der „Kumulierung" von Ermittlungsmaßnahmen hingewiesen und gefordert, beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener, Ermittlungsmethoden müssten die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem „additiven" Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential besondere Anforderungen an das Verfahren beachten. Es sei sicherzustellen, dass die für eine Maßnahme verantwortliche Stelle (dort die Staatsanwaltschaft) als primär verantwortliche Entscheidungsträgerin über alle Eingriffe informiert ist, die den Grundrechtsträger im Zeitpunkt der Antragstellung und im Zeitpunkt einer zeitlich versetzten Ausführung der Maßnahme jeweils treffen, da andernfalls eine verantwortliche Prüfung und Feststellung übermäßiger Belastung nicht möglich wäre. Für den Fall, dass neben den Strafverfolgungsinstanzen auch Verfassungsschutzbehörden und Nachrichtendienste ermittelnde Maßnahmen anordnen und vollziehen, fordert das BVerfG eine entsprechende behördenübergreifende Informationspflicht zum Zwecke einer grundrechtssichernde Abstimmung der Ermittlungstätigkeit. Darüber hinaus werde der Gesetzgeber *„zu beobachten haben, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen auch angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern."*[223] In seiner Entscheidung zur „Vorratsdatenspeicherung" weist das BVerfG darauf hin, die Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten dürfe *„nicht als Schritt hin zu einer Gesetzgebung verstanden werden, die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielte. Eine solche Gesetzgebung wäre, unabhängig von der Gestaltung der Verwendungsregelungen, von vornherein mit der Verfassung unvereinbar. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglich anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten setzt vielmehr voraus, dass diese eine Ausnahme bleibt. Sie darf auch nicht im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen. (...) Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung kann damit nicht als Vorbild für die Schaffung weiterer vorsorglich anlassloser Datensammlungen dienen, sondern zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland (...)."* In einer Vielzahl weiterer Entscheidungen hat das BVerfG außerdem auf das Verbot einer „Total- oder Rundumüberwachung" betroffener Personen hingewiesen[224] und die von Überwachungsmaßnahmen ausgehenden „Einschüchterungseffekte" für die Allgemeinheit betont.[225]

[222] BVerfGE 96, 27; 96, 44; daran anschließend BVerfG NJW 1998, 2131; 1999, 273 u. ö.
[223] BVerfGE 112, 304, 319 f.
[224] BVerfGE 65, 1, 43; 112, 304, 319; 109, 279, 323; 112, 304, 319; 130, 1, 24; 141, 220, 280.
[225] BVerfGE 65, 1, 42; 107, 299, 328; 113, 29, 46; 115, 320, 354 f.; 120, 378, 402; 125, 260, 319, 332.

122

Mit dieser Problematik der „Gesamtbilanz“ setzt sich der Gesetzentwurf nicht auseinander. Besondere verfahrensrechtliche Absicherungen, die gewährleisten, dass alle gegen eine betroffene Person ergriffenen Maßnahmen bei der Entscheidung über eine Anordnung - sei es eine polizeiliche oder gerichtliche - dem Entscheidungsträger bekannt sind, fehlen. Der Umstand, dass die durch den Entwurf beabsichtigte generelle Vorverlagerung der polizeilichen Befugnisse ins Gefahrenvorfeld zu weiten Überschneidungen mit dem Tätigkeitsbereich der Nachrichtendienste führt und es also zu Mehrfachmaßnahmen verschiedener Behörden gegen dieselbe Person kommen kann, wird nicht berücksichtigt. Bei einer Gesamtbetrachtung weist der Gesetzentwurf, insbesondere wenn er im Kontext weiterer Ausdehnungen der sicherheitsbehördlichen Befugnisse auf Bundes- und Landesebene betrachtet wird, eine starke Tendenz zu einer totalen Erfassung der Freiheitswahrnehmung der Bürgerinnen und Bürger auf.

III. Zusammenfassende Bewertung

123

Bei einer Gesamtbetrachtung fällt die Bewertung des gegenständlichen Gesetzentwurfs ambivalent aus. Die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/680 werden überwiegend (vgl. aber Rn. 24, 25, 27) sachgerecht, wenngleich nicht in sonderlich anwendungsfreundlicher Weise umgesetzt. An begrüßenswerten Änderungen sind außerdem zu nennen

- der Verzicht auf die **persönliche Anhörung** nach Art. 18 Abs. 1 S. 2 bis 5 PAG-E (Rn. 12);
- die **Erstreckung der Durchsuchungsbefugnis** auf sämtliche bewegliche Sachen, die sich an einer Kontrollstelle befinden nach Art. 22 Abs. 1 Nr. 6 PAG-E (Rn. 13);
- die **Erweiterung der Analyse von DNA-Spurenmaterial** in Art. 32 Abs. 1 S. 2 und 3 PAG-E (Rn. 29);
- die Regelung des Einsatzes sog. **Bodycams** zum Zweck des Personenschutzes nach Art. 33 Abs. 4 PAG-E, soweit nicht ihre Verwendung innerhalb von Wohnräumen zum Schutz dritter Personen betroffen ist (Rn. 32);
- die Schaffung einer Befugnis zur **Postbeschlagnahme** nach Art. 35 PAG-E, soweit nicht Fälle lediglich drohender Gefahr betroffen sind (Rn. 36 - 39);
- die ausdrückliche Regelung des Einsatzes von **Verdeckten Ermittlern und Vertrauensleuten** nach Art. 37 und 38 PAG-E, mit der Einschränkung, dass die Erforderlichkeit dieser Instrumente im Bereich der Gefahrenabwehr zu hinterfragen ist (Rn. 47);
- die Klarstellung der **zulässigen technischen Mittel** bei der Wohnraumüberwachung gem. Art. 41 Abs. 1 S. 3 PAG-E (Rn. 61);

- die ausdrückliche Regelung des **Betretungsrechts** bei der Wohnraumüberwachung gem. Art. 41 Abs. 4 S. 3 PAG-E (Rn. 62);
- die Umsetzung der Vorgaben des BVerfG zur Überprüfung sensibler Daten durch eine „**unabhängige Stelle**" nach Art. 41 Abs. 5, Art. 42 Abs. 7 und Art. 45 Abs. 4 PAG-E (Rn. 63, 71);
- die Erstreckung der Online-Durchsuchung auf **räumlich getrennte Systeme** nach Art. 45 Abs. 1 S. 2 PAG-E, soweit die Maßnahme nicht selbst unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten Bedenken begegnet (Rn. 83);
- die Ausdehnung des **Kernbereichsschutzes** auf alle in Art. 49 Abs. 3 S. 1 PAG-E genannten Maßnahmen und Schaffung einer Sonderregelung für die Online-Durchsuchung (Rn. 98 f.);
- die Neufassung der **Benachrichtigungs- und Berichtspflichten** in Art. 50 bis 52 PAG-E (Rn. 100 f.);
- die gesetzliche Regelung der **Übermittlungsbefugnisse** an Nachrichtendienste und ausländische Stellen nach Art. 56 Abs. 1 Nr. 4 und Art. 57, 59 PAG-E, mit der Einschränkung, dass bei einer Übermittlung ins Ausland die betroffene Person benachrichtigt werden sollte (Rn. 109 f.);
- die Bündelung und Vereinheitlichung der Regelungen über die **gerichtliche Zuständigkeit** und das gerichtliche Verfahren in Art. 92 PAG-E (Rn. 119);
- die neu geschaffene Möglichkeit der **Auferlegung von Kosten** bei Gemengelagen nach Art. 93 S. 2 PAG-E (Rn. 120);
- die neu geschaffenen Regelungen zu **Opferschutzmaßnahmen** in Art. 94 PAG-E (Rn. 120).

124

In einigen Punkten erkennt der Gesetzentwurf außerdem in begrüßenswerter Weise Änderungsbedarf, ohne diesen aber durchgängig sachgerecht umzusetzen. Dies betrifft

- die Erstreckung der Durchsuchung auf **räumlich getrennte Speichermedien** bzw. Kommunikationseinrichtungen nach Art. 22 Abs. 2, Art. 25 Abs. 3 und Art. 42 Abs. 1 S. 2 PAG-E (Rn. 14 ff., 21, 67);
- die Umsetzung der durch die Richtlinie (EU) 2016/680 und des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung veranlassten **Ausweitung des Datenschutzes** im PAG in systematischer Hinsicht (Rn. 23 - 28, 90, 102, 106, 108, 111);
- die Regelung **besonderer Mittel der Datenerhebung** in Art. 36 PAG-E (Rn. 40 - 46);
- die Regelung der Befugnisse von **Internetermittlern** in Art. 37 Abs. 4 S. 1 und 3 PAG-E (Rn. 48);

- die Regelung des besonderen Schutzes von **Berufsgeheimnisträgern** in Art. 41 Abs. 2 S. 2 und Art. 49 Abs. 2 und des **Kernbereichsschutzes** in Art. 49 Abs. 3 PAG-E (Rn. 60, 96, 98);
- die **Weiterverarbeitung**, insbesondere Zusammenführung bereits erhobener personenbezogener Daten (Rn. 87 f., 90 f., 104, 106, 113, 114).

Die Notwendigkeit der Regelung der sog. Funkzellenabfrage und des stealth ping-Verfahrens („stille SMS“) wird nicht gesehen (Rn. 74).

125

Andererseits ist zu monieren, dass der Entwurf insgesamt eine Ausgewogenheit von Eingriffen in Freiheitsrechte und den davon zu erwartenden Gewinnen für die innere Sicherheit vermissen lässt. Die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen werden fast durchgehend ausgereizt und vielfach überschritten. Aussagen des BVerfG, die eine behutsame Öffnung der Verfassung für sicherheitspolitische Belange enthalten, werden in Art einer „feindlichen Übernahme“ aus dem Zusammenhang genommen und verallgemeinert, um Befugniserweiterungen den Anschein verfassungsrechtlicher Legitimität zu verleihen. Dies trifft insbesondere auf die starke Ausweitung der polizeilichen Befugnisse im Gefahrenvorfeld zu, obwohl die entsprechenden Äußerungen des BVerfG sich ausschließlich auf informationelle Maßnahmen zum Zweck der Terrorismusbekämpfung beziehen. Als verfassungsrechtlich in hohem Maße bedenkliche bzw. nicht mehr verfassungsgemäße Änderungen sind zu nennen

- die in Art. 14 Abs. 3 PAG-E neu geschaffene Möglichkeit der Feststellung des **DNA-Identifizierungsmusters** als Mittel der erkennungsdienstlichen Behandlung (Rn. 7 f.);
- die in Art. 15 Abs. 3 PAG-E neu geschaffene Möglichkeit der zwangsweisen **Durchsetzung des Erscheinens** einer Person bei der Polizei, um Angaben entgegenzunehmen, die für die Abwehr einer „drohenden Gefahr“ erforderlich sind (Rn. 9 f.);
- die neu geschaffene **Meldeanordnung** nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG-E (Rn. 11);
- die Absenkung der Eingriffsschwelle für die **Sicherstellung**, insbesondere auch auf **Vermögensrechte**, nach Art. 25 PAG-E (Rn. 19 ff.);
- die Zulässigkeit von **Bildaufnahmen wegen Größe oder Unübersichtlichkeit** der Örtlichkeit nach Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E (Rn. 30 f.);
- die Ermöglichung der Verwendung **automatischer Erkennungs- und Auswertungssysteme** unter den in Art. 33 Abs. 5 PAG-E genannten Voraussetzungen (Rn. 33 f.);
- die Erweiterung der Verwendungsmöglichkeit aus einer **elektronischen Aufenthaltsüberwachung** gewonnener Daten nach Art. 34 i. V. m. Art. 48 Abs. 1 Hs. 2 und Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) PAG-E (Rn. 35, 41);
- die Schaffung einer Befugnis zur **Postbeschlagnahme** in Fällen drohender Gefahr nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Rn. 36);

- der Verzicht auf einen Richtervorbehalt in Fällen **längerfristiger Observationen** nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) PAG-E (Rn. 42);
- die Zulässigkeit der heimlichen **Überwachung des gesprochenen Worts** außerhalb von Wohnraum ohne besondere Anordnungsvoraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) PAG-E (Rn. 43);
- die Erstreckung besonderer Mittel der Datenerhebung auf „**Kontakt- und Begleitpersonen**" nach Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E (Rn. 44);
- der Verzicht auf erhöhte Anordnungsvoraussetzungen für den Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung **gegen nicht verantwortliche Personen** nach Art. 36 Abs. 2 Nr. 3 PAG-E (Rn. 45);
- die Zulässigkeit des Einsatzes **automatisierter Kennzeichenerfassungssysteme** jedenfalls in Fällen lediglich drohender Gefahr nach Art. 39 i. V. m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) PAG-E (Rn. 50 f.);
- die Absenkung der Voraussetzungen für eine **Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung** nach Art. 40 PAG-E (Rn. 52 - 56);
- die Absenkung der Voraussetzungen für eine **Wohnraumüberwachung** und die dortige Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes nach Art. 41 PAG-E (Rn. 58 f.);
- die Ermöglichung der **Telekommunikationsüberwachung** jedenfalls in Fällen lediglich drohender Gefahr nach Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Rn. 64 - 66);
- die Schaffung einer **Betretungs- und Durchsuchungsbefugnis** für Wohnungen zum Zweck der Durchführung einer Telekommunikationsüberwachung und einer Online-Durchsuchung nach Art. 44 Abs. 5 S. 3 und Art. 45 Abs. 3 S. 5 PAG-E (Rn. 78, 85);
- die Ermöglichung der **Online-Durchsuchung** jedenfalls in Fällen lediglich drohender Gefahr nach Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E (Rn. 79 - 81);
- die Absenkung der Voraussetzungen für die **Datenlöschung** und Ermöglichung der **Datenmanipulation** im Rahmen der Online-Durchsuchung nach Art. 45 Abs. 1 S. 6 PAG-E (Rn. 84);
- die Schaffung einer Befugnis zum Einsatz von **Drohnen** nach Art. 47 PAG-E, soweit deren Zweck nicht im Erstellen von Bild- und Videoaufnahmen liegt (Rn. 89);
- die Neuregelung von **Ermittlungsersuchen an inländische Nachrichtendienste** nach Art. 60 Abs. 3 PAG-E im Lichte der Ausweitung der polizeilichen Befugnisse ins Gefahrenvorfeld (Rn. 112);

– die Ermöglichung des Einsatzes von (auch bewaffneten) **Drohnen** zur Anwendung unmittelbaren Zwangs nach Art. 78 Abs. 3 PAG-E (Rn. 116).

Eine **Gesamtbilanz** der beträchtlich erweiterten Befugnisse der Bayerischen Polizei fällt in hohem Maße verfassungsrechtlich bedenklich aus (Rn. 121 f.).

126

Darüber hinaus ist der Gesetzentwurf im Kontext der generellen Ausweitung sicherheitsbehördlicher Befugnisse zu sehen. Die gegenständlichen Weiterungen werden flankiert von weiteren eingriffsintensiven Änderungen im Bereich der Nachrichtendienste und der Strafverfolgung (vgl. Rn. 1). Der unterschiedliche Aufgabenzuschnitt der Behörden in den jeweiligen Bereichen wird dabei zugunsten einer möglichst weiten Ausdehnung der jeweiligen Befugnisse ausgeblendet. Je höher die „Gesamtbilanz" der hoheitlichen Eingriffsbefugnisse ausfällt, desto kritischer ist aber bei jeder Verschärfung des Sicherheitsrechts zu fragen, ob bei einer Gesamtbetrachtung noch die Grenze des Zumutbaren gewahrt ist. Diese Grenze kann freilich nicht absolut definiert werden, sondern nur relativ zu den aktuellen sicherheitspolitischen Erfordernissen. Diesbezüglich bleibt der Gesetzentwurf - wie schon das Gesetz vom 24.07.2017 - im Ungefähren, indem die erheblichen Befugniserweiterungen pauschal mit dem Hinweis auf eine gesteigerte Bedrohungslage gerechtfertigt werden, ohne diesen Befund rechtstatsächlich zu untermauern. Dass der Entwurf einen vermeintlichen Bedarf polizeilicher Befugniserweiterungen unterlegt, obwohl Bayern nach offiziellen Bewertungen seit vielen Jahren das sicherste Bundesland sei und über die effektivsten polizeilichen Befugnisse verfüge[226], stellt einen grundlegenden Selbstwiderspruch dar. Unverzichtbar ist als Grundlage derartig weit reichender Ausdehnungen und Umstrukturierungen des Polizeirechts, wie der Entwurf sie beabsichtigt, eine substanzielle rechtstatsächliche Kenntnis von Defiziten und Bedarfen der polizeilichen Praxis angesichts einer nachweislich veränderten Sicherheitslage. In den Worten von *Friedrich Schoch* in einer ausgewogenen Analyse aus der Zeit des beginnenden „Abschieds vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats": *„Ohne eine dem Sachanliegen gerecht werdende Realanalyse verfehlt die rechtliche Problembewältigung ihr Ziel, das doch in der Herstellung praktischer Konkordanz liegen muss. Deshalb müssen wir uns Klarheit darüber verschaffen, dass es unter den gegebenen Umständen auf der einen Seite nicht (mehr) um die vollständige staatliche Garantie von Sicherheit gehen kann, sondern nur noch um die (möglichst weit gehende) Reduktion von Unsicherheit. Auf der anderen Seite ist nicht zu leugnen, dass z. B. die Terrorismusbekämpfung selbstverständlich ein Stück ‚Überwachungsstaat' erfordert. Und als Garant relativer Sicherheit ist der Staat notwendigerweise auf erfolgreiche Prävention angewiesen. Dies wiederum setzt, will man nicht naiv sein, staatliche Informationsvorsorge, d. h. ‚Vorfeldaktivitäten' der Po-*

[226] Vgl. Pressemitteilung Nr. 33/2018 des Bayerischen Staatsministers *Joachim Herrmann* vom 07.02.2018: „Bayern hat schon jetzt das effektivste Polizeirecht in ganz Deutschland. Mit unserem Gesetzespaket bauen wir diese bundesweite Spitzenposition jetzt noch weiter aus."; vgl. auch die laut PKS seit Jahren konstant hohe Aufklärungsquote in Bayern,

lizei voraus.“[227] Dieser Befund trifft heute nicht minder zu. Eine entsprechende Realanalyse und ein Bemühen um praktische Konkordanz, also Ausgewogenheit, lässt der Entwurf nicht erkennen.

127

Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu bemängeln, dass der Gesetzentwurf einer Ordnungsidee, wie in Zukunft Veränderungen der Sicherheitslage Rechnung getragen werden kann, ohne die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger über Gebühr zu gefährden, entbehrt. Dem Entwurf lässt sich kein perspektivischer Ansatz entnehmen, sein Konzept erschöpft sich in einer weitgehendsten Ausdehnung polizeilicher Befugnisse auf Kosten der Freiheitsrechte. Eine moderne Sicherheitspolitik sollte sich demgegenüber an der Idee orientieren, ihre Ressourcen auf die Verhütung und Bekämpfung schwer wiegender Bedrohungen, Gefahrenlagen und Formen der Kriminalität zu konzentrieren, statt einem Paradigma größtmöglicher Sicherheit bei größtmöglicher Überwachung und Steuerung der Bevölkerung zu folgen. Dies beinhaltet einerseits das Gebot einer möglichst effizienten Koordination und Kooperation der diversen Sicherheitsbehörden im Sinne einer arbeitsteiligen Vorgehensweise. Durch einen bereichsspezifischen Zuschnitt der jeweiligen Befugnisse würde zugleich dem Trennungsgebot in seinen verschiedenen Dimensionen Rechnung getragen.[228] Andererseits impliziert die Idee einer effektiven und zugleich grundrechtsschonenden Ausgestaltung des Sicherheitsrechts, dass Eingriffe möglichst zielgerichtet erfolgen müssen. Darin liegt, bezogen auf informationelle Maßnahmen, zugleich - entsprechend dem Grundsatz der Datensparsamkeit - die effektivste Form des Schutzes informationeller Selbstbestimmung. Der möglichst zielgerichtete Einsatz hoheitlicher Befugnisse setzt neben einem funktionierenden Datenaustausch der Sicherheitsbehörden untereinander sowie leistungsfähigen Analysemöglichkeiten auch die Gewinnung von interdisziplinärem und empirisch fundiertem Grundlagenwissen über Chancen und Risiken moderner Formen der Datenverarbeitung für das Sicherheitsrecht voraus.[229] Derlei Perspektiven lässt der Gesetzentwurf vermissen. Stattdessen folgt er einer nicht mehr zeitgemäßen Philosophie möglichst flächendeckender Überwachung und quantitativer Optimierung der Datenerhebung. Dass dieses Paradigma an rechtliche und tatsächliche Grenzen stößt und deshalb ein Beschreiten neuer Wege erforderlich ist, belegt nachdrücklich die verfahrene Lage im Bereich der sog. „Vorratsdatenspeicherung“.[230]

---

https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2016/InteraktiveKarten/01StraftatenInsgesamt/01_StraftatenInsgesamt_node.html.

[227] *Schoch*, Der Staat 2004, 347, 365 f.

[228] Zur Notwendigkeit eines „ganzheitlichen Konzepts“ als Folge des Trennungsgebots und der aktuellen sicherheitspolitischen Herausforderungen ausf. *Streiß*, insbes. S. 137 ff., 231 ff., 235 ff.; zum komplementären Charakter von Trennung, Koordination und Kooperation *Dietrich*, in Dietrich/Eiffler, Teil III § 3 Rn. 35 ff.

[229] Vgl. *Gärditz*, Sicherheitsrecht als Perspektive, GSZ 2017, 1, 3.

[230] Vgl. dazu *Löffelmann*, GSZ 2017, 38 ff.

IV. Handlungsempfehlungen

128

Abschließend wird empfohlen,

1. im Dialog mit Polizei und anderen Sicherheitsbehörden und, falls möglich, unter wissenschaftlicher Begleitung, deren tatsächliche Bedarfe zu eruieren;
2. im Dialog mit Rechtswissenschaft und Praxis und unter Berücksichtigung der sicherheitspolitischen Zielsetzungen im Bund und den Ländern Konzepte für ein modernes und ausgewogenes Sicherheitsrecht zu entwickeln, das der Digitalisierung der Lebenswirklichkeit und den damit einhergehenden sozialen, kulturellen und technischen Veränderungen im Umgang mit personenbezogenen Daten gerecht wird;
3. im Falle des Inkrafttretens des Gesetzes die Möglichkeit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde zum BVerfG zu prüfen, wobei der Umstand, dass zahlreiche Weiterungen im Bereich von Überwachungsmaßnahmen mit hoher Streubreite zu erwarten sind, insoweit eine Beschwerdebefugnis begründen dürfte.

C. Literatur (Kommentare und Monografien):

Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001.

Beck-Online Kommentar, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Hrsg. Möstl/Schwabenbauer, 7. Edition, Stand: 1.1.2018 (zit. BeckOK BayPAG).

Biemann, „Streifenfahrten" im Internet. Die verdachtsunabhängigen Ermittlungen der Polizei im virtuellen Raum, 2013.

Böckenförde, Die Ermittlung im Netz, 2003.

Dietrich/*Eiffler* (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017.

Fischer, Strafgesetzbuch, 65. Aufl. 2019.

Jarass/*Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, Kommentar, 13. Aufl. 2014.

Jahn/*Krehl*/*Löffelmann*/*Güntge*, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl. 2017.

Kral, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts. Begriff, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, 2012.

Lisken/*Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 5. Aufl. 2012.

Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. Ideen zu einer Kritik der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, 2008.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb u.a. (Hrsg.), 26. Aufl. 2006 ff. und 27. Aufl. 2017.

Meyer-Goßner/*Schmitt*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl. 2017.

Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, 2002.

Park, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht. Eine Untersuchung am Beispiel der Entscheidung über sogenannte Online-Durchsuchungen, 2013.

Pewestorf/*Söllner*/*Tölle*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2017.

Pieroth/*Schlink*/*Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016.

Schenke/*Graulich*/*Ruthig*, Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Aufl. 2014.

Schmidbauer/*Steiner*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014.

Streiß, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten im Lichte aktueller Herausforderungen des Sicherheitsrechts, 2011.

Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017.

Tegtmeyer/*Vahle*, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 11. Aufl. 2014.

Thiel, Die „Entgrenzung" der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, 2011.

Wolff/*Brink*, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 2013.

Wolter/*Schenke* (Hrsg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002.

München, den 14. Februar 2018

Dr. Markus Löffelmann

Zur Person des Verfassers:

Dr. Markus Löffelmann ist Richter am Landgericht München I. Zuvor arbeitete er unter anderem als Staatsanwalt, Referent im Bundesministerium der Justiz und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht. Von 2008 bis 2010 leitete er das deutsche Unterstützungsvorhaben für den Aufbau des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte und Rechte der Völker in Arusha, Tansania. Der Verfasser hat zahlreiche Publikationen, namentlich auf den Gebieten des Verfassungsrechts, Strafverfahrensrechts und Rechts der Nachrichtendienste vorgelegt, u. a. als Mitherausgeber und Mitautor des Anwaltkommentars StPO (Deutscher Anwaltverlag), des Praxishandbuchs „Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen" (C. F. Müller) und des „Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste" (R. Boorberg). Er ist im Nebenamt als Lehrbeauftragter an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Fachbereich Nachrichtendienste, tätig.

UNIVERSITÄT BAYREUTH

Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport sowie für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen des Bayerischen Landtags zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763)

Vorbemerkung:

Der Gesetzentwurf zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts dient zum einen der Umsetzung verfassungsgerichtlicher und unionsrechtlicher Vorgaben sowie zum anderen einer Ergänzung der polizeilichen Befugnisse.

1) Umsetzung verfassungsgerichtlicher/unionsrechtlicher Vorgaben: Der Gesetzentwurf ist nicht nur der ausdrücklichen Zielsetzung nach, sondern auch in der Sache von dem ersichtlichen Bemühen getragen, den sich zum einen aus dem BKAG-Urteil des BVerfG sowie zum anderen aus der RL (EU) 2016/680 ergebenden Umsetzungsnotwendigkeiten Rechnung zu tragen und die einzelnen Vorgaben getreulich umzusetzen.

Der bayerische Gesetzgeber steht hierbei vor einer schwierigen Aufgabe:

Das BKAG-Urteil setzt den vorläufigen Schlusspunkt einer Rechtsprechungsreihe, in der das BVerfG dem Polizeirechtsgesetzgeber ungewöhnlich dichte und bis ins Detail der einfachgesetzlichen Dogmatik hinabsteigende Vorgaben gemacht hat, die bisweilen geradezu ersatzgeberische Züge tragen und den zur Umsetzung verpflichteten Gesetzgeber in ein sehr enges Korsett zwängen. Hierfür ist die Senatsmehrheit – sowohl in den Sondervoten (BVerfGE 141, 122/354, 363: „überzogene Anforderungen") wie in der Literatur (z.B. Gärditz, in Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, 988 ff.: „verfassungsdogmatischer Overkill"; Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, 90/92: „in einer Detailschärfe, dass dem Gesetzgeber kaum noch Gestaltungsspielräume verbleiben", „Bundesverfassungsgericht als Sicherheitsgesetzgeber") nicht zu Unrecht kritisiert worden. Die Vorgaben des BVerfG verstärken die Tendenz zu einer immer detaillierteren, überbordenden Durchnormierung eines jeden Aspekts des polizeilichen Umgangs mit Daten, der vordergründig zwar zu einer größeren inhaltlichen Bestimmtheit der polizeilichen Eingriffsbefugnisse, tatsächlich aber auch zu einer immer unübersichtlicheren und schwerer lesbaren und verständlichen Gestalt des Polizeirechts geführt hat. Das immer raumgreifendere Recht der informationellen Polizeibefugnisse steht nicht nur in einem auffallenden Kontrast zur lapidaren Kürze des (ob seiner rechtsstaatlichen Gestalt vielgepriesenen) klassischen (aktionellen) Polizeirechts, es stößt in seinem Perfektionismus der Durchnormierung des polizeilichen Umgangs mit Daten auch zunehmend an die Grenzen des Normierbaren (vgl. auch die allgemeine Kritik bei Bull, JZ 2017, 797). Ich habe bereits seit längerem

Prof. Dr. Markus Möstl I Lehrstuhl für Öffentliches Recht II, RW II, Zi. 1.64, Universitätsstr. 30, 95447 Bayreuth,
Tel: 0921 55-6211 (Sekretariat), Fax: 0921 55-6212, markus.moestl@uni-bayreuth.de
www.oer2.uni-bayreuth.de

(vgl. Möstl, DVBl. 2007, 581/586) die Befürchtung, dass das polizeiliche Informationsrecht infolge der immer höher geschraubten Bestimmtheitsanforderungen in eine dogmatische Sackgasse gerät, und der vorliegende Entwurf bestätigt diese Befürchtung leider mehr, als er sie entkräftet: Das Recht der polizeilichen Ermittlungs- und Datenverarbeitungsbefugnisse erhält eine Gestalt, die – trotz allen Bemühens um normenklare Regelung, um vor und hinter die Klammer gezogene Verallgemeinerungen (z.B. Art. 30, 49 PAG-E), um neue Leitbegriffe (drohende Gefahr) etc. – nach Umfang und Komplexität selbst für einen mit der Materie noch einigermaßen vertrauten „Spezialisten" nur noch schwer überschaubar ist; ich bin mir nicht sicher, wie effektiv solchermaßen komplexes Recht die Praxis zu steuern imstande ist. All dies ist jedoch – wie besonders zu betonen ist – keineswegs die Schuld des bayerischen Gesetzgebers, sondern letztlich die unausweichliche Konsequenz einer vom BVerfG vorgegebenen und in seiner langen Rechtsprechungsreihe zu den polizeirechtlichen Ermittlungsbefugnissen zunehmend verfestigten Linie an Vorgaben.

Hinzu kommen nun auch noch die Anforderungen der RL (EU) 2016/680. Das Problem für den Umsetzungsgesetzgeber ist dabei, dass Ansatzpunkt und Stoßrichtung des Datenschutzes in dieser Richtlinie durchaus anders gelagert sind, als wir das vom deutschen polizeilichen Datenschutzrecht (und seinen verfassungsrechtlichen Vorgaben) her gewöhnt sind. Dogmatischer Dreh- und Angelpunkt des deutschen polizeilichen Datenschutzrechts ist zuallererst die normenklare Fassung und (hinsichtlich Einschreitschwellen, erfasstem Personenkreis; Anordnungskompetenz etc.) verhältnismäßige Ausformung der (nach den unterschiedlichen Maßnahmetypen differenziert zu regelnden) einzelnen polizeilichen Daten*erhebungs*befugnisse; auch die weitere Datenverwendung knüpft dogmatisch wesentlich an diese an (wie insbesondere daran ersichtlich ist, dass der hier entscheidende Zweckbindungsgrundsatz vom BVerfG im Sinne eines Grundsatzes der hypothetischen Datenneu*erhebung* ausbuchstabiert wird, vgl. Rusteberg, KritV 2017, 26/31); und auch übergreifende Anforderungen wie z.B. der Kernbereichsschutz sind vom BVerfG zunächst differenziert für unterschiedliche Eingriffstypen entwickelt worden. Was in diesem Sinne an materiellen Kriterien für das deutsche Recht wesentlich ist, spielt in der Richtlinie hingegen eine nur ganz untergeordnete Rolle: Die materiellen Anforderungen an die Datenverarbeitung (Eingriffsvoraussetzungen) sind z.B. in Art. 8 der RL nur ganz schwach ausgeformt („wenn und soweit diese Verarbeitung für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, die von der zuständigen Behörde zu den in Art. 1 Abs. 1 genannten Zwecken wahrgenommen wird"); nicht ansatzweise wird hier nach Eingriffstiefe und Eingriffsschwellen differenziert, wie das für das deutsche Recht typisch ist; Hintergrund dürfte sein, dass auch das Recht vieler Mitgliedstaaten die polizeilichen Datenerhebungsbefugnisse nur wesentlich weniger perfektionistisch regelt, als wir das von Deutschland gewohnt sind. Und auch der Zweckbindungsgrundsatz ist in der RL wesentlich weicher ausgeformt (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b: „für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise verarbeitet werden"), als dies das BVerfG nunmehr mit dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung festgezurrt hat. Für das deutsche Recht wesentliche Schutzmechanismen wie z.B. der Kernbereichsschutz, Richtervorbehalte etc. fehlen völlig. Während also die für das deutsche Polizeirecht kennzeichnenden differenzierten Eingriffsbefugnisse in der Richtlinie weitgehend abwesend sind, setzt die Richtlinie umgekehrt auf bestimmte – eher horizontal und strukturell wirkende – Techniken des Datenschutzes, die bislang im deutschen polizeilichen Datenschutzrecht nur eine untergeordnete Rolle spielen und insbesondere an der Qualität und Validität der Daten ansetzen (z.B. Art. 6, 7, 10), Verfahrensanforderungen statuieren (z.B. Datenschutz-Folgeabschätzung, Art. 27) oder Rechte der Betroffenen ausgestalten (Art. 12 ff.).

Für den in das Korsett sowohl der bundesverfassungsgerichtlichen als auch der unionsrechtlichen Vorgaben eingezwängten bayerischen Polizeirechtsgesetzgeber ergibt sich angesichts dieser Unterschiedlichkeit das Problem, dass er die – andersartigen – Datenschutzkonzepte des BVerfG und der Richtlinie eigentlich nur kumulativ normieren kann – was den Datenschutz weiter stärkt, freilich aber die Komplexität der

Normierung und Fülle der von der Polizei zu beachtenden Maßgaben noch weiter erhöht. Die problematische Tendenz einer immer stärker überbordenden Durchnormierung der polizeilichen Datenverarbeitung wird weiter verschärft.

Ich schicke all dies voraus, weil ich vorab drei Punkte klarstellen möchte:

a) Zunächst: Die Fülle und Komplexität der vorliegenden Vorschläge führt auch den als „sachverständig" Geladenen an Grenzen. Ich kann bei der nachfolgenden Beurteilung nicht ausschließen, dass mir – bei der mir zu Verfügung stehenden (begrenzten) Zeit der Einarbeitung – Fehler unterlaufen sind oder dass ich Dinge übersehen habe.

b) Sodann: Über viele Details einer so komplexen Regelung wird man natürlich diskutieren können; Verbesserungspotential gibt es immer. Angesichts der ohnehin schon gewaltigen Fülle und Detailliertheit der Regelung bin ich jedoch skeptisch, wenn gefordert werden sollte, etwaige Streitfragen oder offene Punkte dadurch zu lösen, dass man noch einmal eingehendere oder zusätzliche Regeln fordert. Tendenziell werde ich bei offenen Fragen unionsrechts- oder verfassungskonforme Auslegungen befürworten, die die Regelungsmasse nicht noch weiter aufblähen.

c) Schließlich: Ich stütze meine Einschätzungen natürlich auf die geltenden Vorgaben des Unions- und Verfassungsrechts, auch wenn meine Vorbemerkung deutlich gemacht haben dürfte, dass ich die Kumulation dieser (schon je für sich weitreichenden) Vorgaben mit einer gewissen Sorge sehe. An sich wäre die Implementierung der (eher strukturellen) Vorgaben des Unionsrechts ein guter Anlass gewesen, die überkommenen Regelungsmuster des (auch im europäischen Vergleich) extrem ausdifferenzierten und perfektionistischen deutschen Eingriffsrechts ein Stück weit auf den Prüfstand zu stellen. Eben dies ist jedoch unmöglich, weil die Regelungsstruktur des deutschen Rechts der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse vom BVerfG weiter zementiert worden ist. Was das deutsche Polizeirecht groß gemacht hat – auf klaren Prinzipien beruhende, aber weit gefasste Eingriffsermächtigungen (man denke an die Generalklausel), die dann von der Praxis und insbesondere von der fachgerichtlichen Judikatur kleingearbeitet und konkretisiert werden, fehlt im Recht der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse fast völlig. Stattdessen hat das BVerfG die bei heimlichen Maßnahmen freilich strukturell erschwerte fachgerichtliche Nachprüfung dadurch zu kompensieren versucht, dass es auf immer detailliertere gesetzliche Normierungen gesetzt hat. Diesen Teufelskreis müsste man eigentlich durchbrechen (d.h. Ermöglichung von mehr fachgerichtlicher Nachprüfung bei gleichzeitiger Lockerung der Kleinteiligkeit der gesetzlichen Vorgaben). Hierzu ist indes nicht der bayerische Gesetzgeber imstande, der an die Vorgaben des BVerfG gebunden ist und dem man es nicht vorwerfen kann, dass er diese im Einzelnen getreulich umsetzt.

2) Neben der Umsetzung von Vorgegebenem dient der Gesetzentwurf auch der Ergänzung und noch effektiveren Ausgestaltung polizeilicher Befugnisse; erneut stehen Ermittlungs- und Datenerhebungsbefugnisse im Vordergrund. Man kann es meines Erachtens im Grunde nicht beanstanden, sondern es ist im Gegenteil sogar ein prinzipiell aus dem verfassungsrechtlichen Sicherheitsgewährleistungsauftrag (Art. 99 BV) folgendes Gebot, dass die Polizeibefugnisse mit den jeweils zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten und einsatztaktischen Erkenntnissen Schritt halten. Dass der Gesetzentwurf neuartige Regelungen enthält, die von Bodycams, über die Durchsuchung von Speichermedien, intelligente Videotechnik bis zum Drohneneinsatz reichen, ist vor diesem Hintergrund aus meiner Sicht noch kein Anlass zur Sorge. Dass (wegen der nach herrschender Lesart rechtsstaatlichen Pflicht, jeden neuen Maßnahmetyp, mit eigenständigen normenklaren Eingriffsermächtigungen zu versehen, s.o.) das PAG um zusätzliche Überwachungsbefugnisse angereichert wird, muss nicht unbedingt auf ein insgesamt höheres Überwa-

chungsniveau hindeuten. Vielmehr können effektive, zielgenau eingesetzte moderne Ermittlungsbefugnisse weniger effektive herkömmliche Maßnahmen mit u.U. größerer Streubreite auch ersetzen und entbehrlich machen. Ich habe insgesamt nicht den Eindruck, dass etwaige aus der Digitalisierung (mit der ihr eigenen Produktion gewaltiger Datenmengen) folgende Gefahren eines totalen Erfasstseits der Person heutzutage gerade von der Polizei ausgehen; bei der gegenwärtigen, punktuell wirkenden und an qualifizierte Eingriffsschwellen gebundenen Ausgestaltung (auch der neuen) polizeilichen Eingriffsbefugnisse besteht m.E. kein Grund, das Szenario einer Art Totalüberwachung an die Wand zu malen. Freilich müssen die neuen Eingriffsbefugnisse rechtsstaatlichen Standards genügen und ist es, auch wo Leitlinien des BVerfG noch fehlen, die – ohne weiteres bewältigbare – Aufgabe des Gesetzgebers, tatbestandliche Voraussetzungen und rechtliche Maßgaben zu definieren, die sich stimmig in das einfügen, was das BVerfG zu vergleichbaren Maßgaben judiziert hat. Ein prinzipielles Problem kann ich daran nicht erblicken. Ich kann in dem Gesetzentwurf auch keine problematische Tendenz zur Absenkung von Eingriffsschwellen erkennen. Dass Befugnisse der rein informationellen Gefahraufklärung im Vorfeld konkreter Gefahren (die dann zum Einschreiten ermächtigen) ansetzen, ist sachlich und logisch zwingend und kein Ausdruck einer Absenkung von Eingriffsschwellen. Und wenn der Gesetzgeber (auch bei einriffsintensiven Maßnahmen) nunmehr auf breiterer Front auch auf die Eingreifschwelle der drohenden Gefahr zurückgreift, so bewegt er sich damit im Grunde auf verfassungsrechtlich sicherem Boden, weil das BVerfG diese Schwelle im BKAG-Urteil ja ausdrücklich als für solche Maßnahmen geeignet entwickelt und näher definiert hat. Im Übrigen ist mit dieser Schwelle, wie ich an dieser Stelle bereits vor einem Jahr in der Anhörung zum Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (Drs. 17/16299) ausgeführt habe, jedenfalls keine sehr weitgehende Vorverlagerung verbunden, da man die mit dieser Schwelle beschriebenen Fälle nach früherer, großzügigerer Lesart des Begriffs der konkreten Gefahr (von der das BVerfG im Polizeibereich jedoch abgewichen ist, indem es schärfere Anforderungen an die konkrete Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs gestellt hat) wohl in der Regel ohnehin noch als Fall der konkreten Gefahr begriffen hätte.

Zum Fragenkatalog

A.

1. Die Richtlinie scheint mir bei überschlägiger Beurteilung ausreichend umgesetzt. Man kann vielleicht sagen, dass die Umsetzung – z.B. was die in Art. 30 PAG-E erfolgte Umsetzung der Art. 6,7, 10 der RL betrifft – tendenziell auf das unbedingt Nötige beschränkt ausfällt; dies ist aber verständlich, da das deutsche Recht mit seinen detaillierten, differenzierten Eingriffsermächtigungen, wie dargelegt, sein eigenes – unionsrechtlich nicht zwingendes und über das Schutzniveau anderer Mitgliedstaaten tendenziell hinausgehendes – Schutzkonzept verfolgt, so dass es folgerichtig ist, hinzukommende andersartige unionsrechtliche Anforderungen nur soweit umzusetzen, wie unbedingt nötig. Art. 30 Abs. 2 PAG-E, der die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten insbesondere an eine anderenfalls wesentliche Erschwerung der polizeilichen Aufgabenerfüllung (Nr. 1) oder an qualifizierte Eingriffsschwellen (Nr. 2) knüpft, beinhaltet m.E. eine vertretbare Umsetzung des Kriteriums „unbedingt erforderlich" im Sinne des Art. 10 RL; jedenfalls ist eine richtlinienkonforme Handhabung möglich; Gleiches gilt für die von der RL geforderten besonderen Garantien, die bei Datenverarbeitungsvorgängen vor allem in einer auf Art. 10 RL ausreichend bedacht nehmenden Ermessensbetätigung abzuarbeiten sein dürften (die in Art. 30 Abs. 2 ausreichend und unionsrechtskonform handhabbar angelegt ist) und bei der auch nicht außer Betracht bleiben darf, welche besonderen – unionsrechtlich nicht geforderten – Schutzvorkehrungen des Persönlichkeitsrechtsschutzes (z.B. Kernbereichsschutz) das deutsche Recht kennt. Die Regeln zur Datenlöschung (Art. 62 PAG-E) scheinen mir im Einklang mit Art. 16 RL, dessen Abs. 3 Spielraum für verhältnismäßige Einschränkungen bietet.

Dass das Instrument der Errichtungsanordnung als bewährtes Instrument beibehalten wird, ist zu begrüßen; ebenso scheint es plausibel, es mit der unionsrechtlich geforderten Folgenabschätzung zu verbinden.

2. Die Maßgaben des BVerfG für eingriffsintensive heimliche Ermittlungsbefugnisse scheinen mir bei überschlägiger Beurteilung ausreichend umgesetzt.
a)
aa) Dies gilt zunächst für die Richtervorbehalte, die z.B. neu in Art. 36 PAG-E (Maßnahmen unter Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung) eingefügt wurden. Eine (partielle) Erstreckung des Richtervorbehalts auf die Maßnahmen nach Abs. 1 Nr. 2 a) und b) ist m.E. nicht nötig; sollten solche Maßnahmen im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände (z.B. Dauer) eine Intensität erreichen, dass sie nach den Kriterien des BVerfG in eine Art Observation umschlagen ausnahmsweise ein Richtervorbehalt nötig werden könnte, ist dem durch eine einschränkende Auslegung der Nr. 2 a) und b) Rechnung zu tragen.

bb) Die Neuausrichtung der polizeilichen Befugnisnormen hin zu einer konsequent rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bisherigen Straftatenkataloge entspricht einer Forderung des BVerfG, das den Polizeirechtsgesetzgeber bereits mehrfach zu einer solchen Ausgestaltung gedrängt hat (z.B. BVerfGE 122, 120/142; 125, 260/329), auch wenn es im BKAG-Urteil letztlich sehr wohl auch auf die Verhütung von Straftaten bezogene Ermittlungsbefugnisse akzeptieren musste. Ich habe persönlich nie verstanden, woher das BVerfG seine Erkenntnis genommen hat, dass präventivpolizeiliche Normen rechtsgüterschutz- und nicht straftatenbezogen ausgestaltet sein sollten (vgl. bereits meine Kritik in Möstl DVBl. 2010, 808/811 ff.; Möstl., in BeckOK PolSichRBay, Systematische Vorbemerkungen, Rn. 12.1.). Im demokratischen Rechtsstaat ist Gefahrenabwehr zuallererst die präventive Durchsetzung der geschriebenen Rechtsordnung (die Unversehrtheit der Rechtsordnung ist das vorrangige Schutzgut öffentlicher Sicherheit); eigenständiger Rechtsgüterschutz (unter Absehung von ausdrücklichen geschriebenen Verhaltensnormen) ist demgegenüber zwar subsidiär möglich, aber keineswegs rechtsstaatlich vorzugswürdig. Gerade das bayerische Polizeirecht hat hierauf immer gepocht und bezieht die Generalklausel auch heute noch zuallererst auf die Verhütung und Unterbindung von Straftaten (vgl. Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 PAG); auch beim Datenerhebungsrecht wird weiterhin auf die „vorbeugende Bekämpfung von Straftaten" gesetzt (Art. 31 Abs. 1 Nr. 1 a PAG-E). Eine (ansonsten) konsequent rechtsgüterschutzbezogene Ausrichtung der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse ist nach meiner Einschätzung zwar möglich (und durch das BVerfG nahegelegt), sie bricht in gewisser Weise jedoch mit der Tradition des bayerischen Polizeirechts (die konsequent rechtsgüterschutzbezogene Ausrichtung des Polizeirechts ist eigentlich preußisches Erbe). Auch einen rechtsstaatlichen Vorteil kann ich darin nicht prinzipiell erkennen, außer dass – und das ist zugegebenermaßen auch schon etwas – die Lesbarkeit der Normen erleichtert wird, weil Verweise auf lange Straftatenkataloge vermieden werden (an deren Stelle allerdings der Verweis auf den Rechtsgüterkatalog des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG tritt).

b) In der Verwendung der Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr (auch) für eingriffsintensive Ermittlungsbefugnisse sehe ich keine problematische Herabsenkung der Anforderungen. Ich kann insoweit auf das verweisen, was bereits in der Vorbemerkung unter 2) gesagt wurde. Das BVerfG hat diese Schwelle für genau solche Befugnisse entwickelt, für die sie nun eingesetzt werden soll. Es handelt sich um Fälle, die man bei großzügigerer Auslegung des Begriffs der konkreten Gefahr (wie sie früher üblich war) sogar noch unter diesen Begriff fassen könnte; das BVerfG zieht den Begriff nun enger, gestattet im Gegenzug aber eine geringfügige Vorverlagerung in den Bereich, den der bayerische Gesetzgeber nun – unter Heranziehung der Umschreibungen, wie sie das BVerfG verwendet hat – als drohende Gefahr bezeichnet. Eine andere Frage ist es, ob der Kreis der zu schützenden bedeutenden Rechtsgüter (i.S.d. Art. 11 Abs. 3 Satz 2 PAG) immer hinreichend eingegrenzt ist. Das kann nur in Blick auf jede Befugnisnorm einzeln genauer

untersucht und beantwortet werden. Aufs Ganze gesehen scheint mir der Versuch unternommen worden zu sein, eine angemessen differenzierte Regelung zu treffen.

c) Die Ausgestaltung von Zweckbindung/-änderung und hypothetischer Datenneuerhebung ist – in der Aufspaltung auf Art. 48 und 53 PAG-E neu sowie der Unterdifferenzierung innerhalb Art. 48 PAG-E (außer bzgl. Wohnungs- und Onlinedurchsuchung, wo besondere Regeln unausweichlich sind) – relativ kompliziert geraten, obwohl – wenn ich es richtig sehe – eigentlich alle Regeln ungefähr auf das Gleiche hinauslaufen, nämlich dass eine Verwendung innerhalb des gleiches Zwecks (wenn auch in einem anderen Verfahren) ohne weiteres möglich und eine Zweckänderung ansonsten an den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung gebunden ist (Unterschiede gibt es in prozeduralen Fragen). Bei Art. 48 Abs. 1 PAG-E bin ich mir nicht sicher, ob eigentlich hinreichend zum Ausdruck kommt, dass es dasselbe (und nicht nur irgendein in der genannten Befugnisnorm genanntes) Rechtsgut sein muss, auf das sich die (nicht zweckändernde) Weiterverwendung bezieht; das schadet im Ergebnis jedoch nicht, da in Bezug auf ein anderes in der Befugnisnorm genanntes Rechtsgut ja jedenfalls der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung greifen und ohne weiteres auch eine Zweckänderung rechtfertigen würde. Ich halte es, da die polizeilichen Befugnisnormen durchgehend auf „die Polizei" abstellen, für folgerichtig, für die Frage der Behördenidentität bei nicht zweckändernden Weiterverwendungen (Art. 48 Abs. 1 PAG-E) auf die Polizei insgesamt (und nicht auf irgendwelche – dann notgedrungen etwas willkürlich gewählt erscheinende – Untergliederungen) abzustellen. Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung ist vom BVerfG eigentlich nur für aus besonders eingriffsintensiven Maßnahmen gewonnene Daten postuliert worden (vgl. Rn. 287 des BKAG-Urteils), so dass der bayerische Gesetzgeber (wie auch der Bundesgesetzgeber im neuen BKAG) über das verfassungsrechtlich Zwingende – und auch das unionsrechtlich Geforderte (!) – hinausgeht, wenn er in Art. 53 Abs. 2 PAG-E durchgehend (auch für aus weniger eingriffsintensiven Maßnahmen gewonnene Daten) auf diesen Grundsatz abstellt. Vielleicht wäre zu überlegen gewesen – v.a. wenn man ohnehin schon zwischen Maßnahmen unterschiedlicher Eingriffsschwere in Art. 48 und 53 PAG-E differenziert – in Art. 53 PAG nur den Maßstab anzulegen, der vom Unionsrecht vorgegeben wird (vgl. Art. 4 RL: keine unvereinbaren Zwecke).

d) Das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit ist nach meinem Eindruck (ohne eine Detailprüfung angestellt zu haben) ausreichend erfüllt. Dass ich den hochgeschraubten Bestimmtheitsanforderungen des BVerfG skeptisch gegenüberstehe, da diese auch zu immer komplexeren und schwerer lesbaren Normen führen und so das Ziel der Normenklarheit auch zu konterkarieren drohen, habe ich bereits in meiner Vorbemerkung zum Ausdruck gebracht.

e) Die nunmehr hinter der Klammer übergreifend geregelten Bestimmungen zum Kernbereichsschutz und zum Schutz von Vertrauensverhältnissen scheinen mir einwandfrei. Die Quellen-TKÜ erachte ich, ohne dass es einer gesetzlichen Klarstellung bedürfte, für ausreichend mit einbezogen.

f) Eine Differenzierung nach unterschiedlichen Gruppen von Berufsgeheimnisträgern mit dem Ergebnis eines unterschiedlich strikten Schutzes in der Art z.B. des § 62 BKAG-neu wäre auch nach dem Urteil zum BKAG weiter zulässig.

g) Ohne mit den besonderen Bewandtnissen der Funkzellenabfrage vertraut zu sein, habe ich den Eindruck, dass es sich bei ihr um einen Eingriff in den Telekommunikationsbereich handelt, der von den allgemeinen Befugnissen hierzu mitabgedeckt ist. Hiervon geht offenbar auch die Entwurfsbegründung aus. Mir sind keine Gründe ersichtlich, die die Funkzellenabfrage gegenüber anderen Eingriffen in den Telekommunikationsbereich so heraushöbe, dass hierfür eine gesonderte Eingriffsgrundlage nötig wäre. Mei-

ne allgemeine Skepsis gegenüber einer immer weiter perfektionierten Aufgliederung in jeweils normenklar zu regelnde Einzelbefugnistypen habe ich bereits zum Ausdruck gebracht. Nicht jede Differenzierung, zu der sich ein anderer Gesetzgeber (StPO) durchgerungen hat, ist verfassungsrechtlich zwingend.

h) Mir ist nicht ganz klar, was mit Unterrichtungspflichten im Sinne der Frage gemeint ist. Soweit es um die Benachrichtigungspflichten nach Art.50 PAG-E gehen soll, kann ich keine Bedenken gegen die gefundene Ausgestaltung erkennen. Was die parlamentarische Kontrolle und Unterrichtung der Öffentlichkeit anbelangt, halte ich die in Art. 52 PAG-E getroffene Regelung die zwischen einer eingehenderen Unterrichtung des Parlamentarischen Kontrollgremiums (das seinerseits dem Landtag berichtet) und einer reduzierten Information der Öffentlichkeit unterscheidet, für sinnvoll. Die von BVerfG in Rn. 143 des BKAG getroffenen Aussagen zu einer „gehaltvollen" Information von Parlament und Öffentlichkeit sollten nicht überzogen werden; zu bedenken ist, dass das BVerfG in anderen Kontexten (z.B. bei parlamentarischen Anfragen an die Regierung) im Sicherheitsbereich den legitimen Geheimhaltungsinteressen des Staates unter dem Aspekt des Staatswohls einen durchaus bedeutenden Rang beimisst. Diese können auch hier eine differenzierte Information von PKG, Landtag und Öffentlichkeit rechtfertigen, wie sie in Art. 52 PAG-E angelegt ist. Im Anwendungsbereich des Art. 13 GG könnte aufgrund von dessen Abs. 6 jedoch eine strengere Regelung (Unterrichtung unmittelbar des Landtags) erforderlich sein, es sei denn man geht von einer im Ergebnis „gleichwertigen" parlamentarischen Kontrolle aus, wie sie Art. 13 Abs. 6 GG in Bezug auf die Länder fordert.

i) Die Ausgestaltung der unabhängigen Sichtungsstelle halte ich für einwandfrei. Die unabhängige Stelle muss nicht zwingend bei der Judikative angesiedelt sein, sie kann sich in begrenztem Umfang auch des Sachverstands von Ermittlungspersonen bedienen; ihre Unabhängigkeit scheint mir ausreichend abgesichert (geringfügig strenger insoweit Brodmerkel, BayRVR vom 19.12.2017).

3.
a) Über die praktische Notwendigkeit von DNA-Analysen als erkennungsdienstliche Maßnahmen kann ich nichts sagen. Sie scheint mir aber hinsichtlich Voraussetzungen (Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut; Subsidiarität gegenüber anderen erkennungsdienstlichen Maßnahmen), Verfahren (Richtervorbehalt, Arzt) und Folgen (Vernichtungspflicht bei Wegfall der Voraussetzungen) an hinreichend enge Maßgaben geknüpft, um von einer verfassungskonformen Ausgestaltung ausgehen zu können.

b) Ich kann keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Statuierung der Meldeauflagen erkennen. Sollte im Einzelfall Art. 11 GG berührt sein, ist dessen Schrankenregelung zu beachten und die Befugnis ggf. verfassungskonform einzuschränken. Hieraus dürfte sich aber kaum eine praktische Einschränkung ergeben, da es bei (drohenden) Gefahren für bedeutende Rechtsgüter fast immer auch darum gehen wird, „Straftaten vorzubeugen", wie es Art. 11 Abs. 2 GG verlangt.

c) Der VGH hat auf der Basis des geltenden Rechts überzeugend verneint, dass die Sicherstellung unbarer Vermögensrechte auf Art. 25 PAG (direkt oder analog) gestützt werden darf; schwerer verständlich ist, warum er nicht zumindest vorübergehend den Rückgriff auf die Generalklausel erlaubt hat. Der Gesetzgeber darf hierauf reagieren und eine entsprechende ausdrückliche Befugnis schaffen.

d) In Bezug auf die Rechtsgrundlage für den Zugriff auf räumlich getrennte Speichermedien im Rahmen einer Durchsuchung kann ich keine prinzipiellen Einwände erkennen. Besondere prozedurale Sicherungen für den Kernbereichsschutz und den Schutz von Berufsgeheimnisträgern hat das BVerfG für eingriffsintensive heimliche Maßnahmen verlangt, nicht für dem Grundsatz nach offen durchgeführte Maßnahmen wie

eine Durchsuchung. Dass im Ergebnis keine Kernbereichsdaten erhoben und verarbeitet werden dürfen, folgt freilich bereits unmittelbar aus Art.1 GG.

e) Einen Richtervorbehalt für Maßnahmen nach Art. 25 Abs. 3 PAG-E halte ich nicht für nötig, da kein ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt greift und auch die – allein für heimliche eingriffsintensive Maßnahmen entwickelte – Rspr. des BVerfG (BKAG-Urteil, Rn. 117) zu unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Richtervorbehalten nicht einschlägig ist. Nachträglicher und einstweiliger Rechtsschutz ist bei dieser offenen Maßnahme nicht erschwert. Ein Richtervorbehalt bedeutete auch einen gewissen Bruch innerhalb des Art. 25 PAG (z.B. wenn man mit der Fallgruppe der Sicherstellung eines Datenträgers vergleicht, die nicht an einen Richtervorbehalt gebunden ist).

f) Ich bin mit den Eigenarten molekulargenetischer Untersuchungen der hier geregelten Art zu wenig vertraut, um die Frage eines Rechtseingriffs und seiner Tiefe ins Letzte verlässlich beantworten zu können. Da die erhobenen Daten der Identifizierung dienen, wird man einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wohl nicht allein deswegen verneinen können, weil die Person, auf die sich die Daten beziehen, noch unbekannt ist. Eine Kernbereichsrelevanz scheint mir bei den Feststellungen, die allein getroffen werden dürfen (Geschlecht, Augenfarbe, Herkunft etc.), aber noch nicht gegeben. Freilich muss die weitere Datenverwendung Art. 30 Abs. 2 PAG-E, Art. 10 RL beachten (besondere Datenkategorie). Ob eine spezielle Befugnisnorm nötig ist (oder die Generalklausel ausreichen würde), kann hier dahinstehen, da es jedenfalls sinnvoll ist, eine spezielle Norm zu schaffen. Die Eingriffsschwelle, die gegenüber dem Art. 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PAG-E in Satz 2 durch das Erfordernis erhöht wird, dass die Abwehr der Gefahr anderenfalls wesentlich erschwert werden würde (was eine Subsidiarität statuiert und überdies auch bereits das Vorliegen einer Gefahr voraussetzen dürfte), scheint mir angemessen. Dass die Maßnahme sinnvoll sein kann, leuchtet unmittelbar ein.

g) Ich halte die Regelung für nachvollziehbar und angemessen. Die tatbestandlich vorausgesetzte Erforderlichkeit infolge der Größe/Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit bezieht sich selbstverständlich, ohne dass das besonders gesagt werden müsste, auf das Ziel der Gefahrenabwehr, so dass auch hier hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen müssen, dass es möglichweise zu Gefahren/Straftaten o.Ä. kommen wird. Die Identifizierung bestimmter Personen ist nur unter den eingeschränkteren Voraussetzungen der Nr. 1 möglich.

h) Ich halte die in der Entwurfsbegründung vertretene Rechtsansicht, dass der Einsatz von Bodycams in Wohnungen nicht an Art. 13 Abs. 4 und 5 GG, sondern an dessen Abs. 7 zu messen ist, für plausibel. Zwar ist der Wortlaut des Art. 13 GG insoweit nicht eindeutig, nach Sinn und Zweck sowie auch systematisch – d.h. im Vergleich zu anderen Fällen, in denen nach der Rspr. bei heimlichen eingriffsintensiven Maßnahmen ein Richtervorbehalt greift (BKAG-Urteil, Rn. 117) – scheint mir aber doch recht klar, dass sich die besonderen Einschränkungen und der Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 4 GG allein auf heimliche Überwachungsmaßnahmen beziehen, in denen die physische Barrierewirkung der Wohnung mittels moderner Technik unterlaufen wird; auch die Literatur scheint es so zu sehen, dass sich die neuen Eingriffstypen der Art. 13 Abs. 3-6 von den klassischen Eingriffen (Abs. 2, 7) gerade auch durch ihre Heimlichkeit unterscheiden (z.B. Kühne, in Sachs, GG. 8. Aufl. 2018, Art. 13, Rn. 22). Ein Richtervorbehalt greift also nicht. Art. 13 Abs. 7 GG ist hingegen zu beachten. Zu den Ergebnissen der AG Bodycam sowie zu sonstigen polizeitaktischen Erwägungen kann ich nichts Sachverständiges beitragen.

i) Es ist prinzipiell zu begrüßen, dass für den Einsatz moderner Techniken intelligenter Aufzeichnungssysteme frühzeitig eine gesonderte Rechtsgrundlage geschaffen werden soll. Hiermit wird freilich Neuland

betreten, deren juristische Bewertung ich hier nur sehr überschlägig vornehmen kann. Prinzipiell scheint mir – insbesondere in der Abstufung zwischen Satz 1 und 2 – eine nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten angemessen abgestufte und jedenfalls verfassungsrechtlich gut vertretbare Regelung hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen getroffen zu sein, zumal es sich ja auch um eine offene Maßnahme (mit Hinweispflicht nach Abs. 6) handelt, die ggf. ohne besondere Erschwernis gerichtlich überprüft werden kann. Art. 10 der RL und Art. 30 Abs. 2 PAG-E ist ggf. zu beachten, soweit besondere Datenkategorien verwendet werden. Ein Fall des – ggf. zu beachtenden – Art. 11 der RL wäre nur gegeben, wenn Entscheidungen und nachteilige Maßnahmen vollautomatisiert und ohne Dazwischentreten eines Amtsträgers getroffen würden, was mir hier eher nicht der Fall zu sein scheint.

j) Es ist jedenfalls vorzugswürdig und rechtssicherer, solche zur Durchführung verdeckter Maßnahmen erforderlichen Annexkompetenzen ausdrücklich klarzustellen, wie z.B. in Art. 44 Abs. 1 Satz 5, Art. 45 Abs. 3 Satz 4 PAG-E vorgesehen.

k) Die Änderungen scheinen mir plausibel begründet und ich kann bei summarischer Prüfung keine Bestimmtheitsmängel erkennen. Es gehört zu den Paradoxien des neuen Polizeirechts (vgl. dazu meine Kritik an den in Bezug auf das polizeiliche Informationsrecht teilweise überzogenen Bestimmtheitsanforderungen in der Vorbemerkung), dass Datenerhebungsbefugnis häufig weitaus ausführlicher und detailreicher ausgestaltet werden müssen als die schwerwiegendsten aktionellen Eingriffsbefugnisse (hier Sprengmittel).

l) Mir war die in der Entwurfsbegründung geschilderte Problematik der Kostenerhebung bei doppelfunktionalen Gemengelagen nicht bekannt, so dass ich nur begrenzt sachverständig Stellung nehmen kann. Dessen ungeachtet scheint mir die neue Regelung angemessen, soweit sichergestellt ist, dass es mit im Schwerpunkt präventiver Zweckrichtung vorgenommene Maßnahmen sind, für die nach diesem Gesetz Kosten erhoben werden. Ist dies der Fall, wäre es in der Tat unbefriedigend, von einer Kostenerhebung absehen zu müssen, nur weil der Lebenssachverhalt auch zu repressivem Maßnahmen geführt hat.

m) Der Opferschutz ist ein Gebot grundrechtlicher Schutzpflichten. Im Übrigen fehlt mir spezifisches Fachwissen, um die Notwendigkeit solcher Maßnahmen beurteilen zu können.

4. Ich kann – ohne für diese Frage besonders sachverständig zu sein – keine prinzipiellen Einwände erkennen.

B.
Das Recht der Nachrichtendienste bildet nur in weitaus geringerem Maß einen Gegenstand meiner wissenschaftlichen Arbeit als das Polizeirecht, so dass ich meine Ausführungen auf einige grundsätzliche Überlegungen beschränken möchte.

Die Frage, inwieweit die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar sind oder nicht, ist eine derzeit vieldiskutierte Streitfrage (vgl. zuletzt: Unterreitmeier, GSZ 2018, S. 1 mit Stellungnahme Masing, S. 6).

Der Verfassungsschutz weist meines Erachtens – trotz partieller Schutzzielidentität – ein von der Polizei verschiedenes Aufgaben- und Befugnisprofil auf. Kennzeichnend ist insbesondere die rein informationelle Aufgabenstellung und das Fehlen sog. „polizeilicher" Befugnisse; der Verfassungsschutz ist (wie andere Nachrichtendienste) also niemals imstande, selbst die Konsequenzen aus den von ihm erlangten Erkennt-

nissen zu ziehen und gegen erkannte Gefahren aktionell einzuschreiten. Im Gegenzug ist seit jeher anerkannt, dass Nachrichtendienste mit ihrer Aufklärungsarbeit tendenziell weiter im Vorfeld konkreter Gefahren ansetzen dürfen als dies bei der Polizei der Fall ist.

Ich würde vor diesem Hintergrund der Aussage zustimmen, dass die (rein informationellen) Befugnisse der Nachrichtendienste tendenziell großzügiger bemessen sein können als diejenigen der Polizei, dass also für die Polizei entwickelte Aussagen zu verfassungsrechtlichen Maßgaben für die Befugnisausübung prinzipiell nur mit großer Vorsicht auf den Verfassungsschutz übertragen werden können. Allenfalls bei sehr eingriffsintensiven Maßnahmen – in diese Richtung könnte die Rspr. des BVerfG deuten – mag sich eine gewisse Angleichung der Anforderungen ergeben, wobei auch dort z.B. hinsichtlich Transparenz und Rechtsschutz Differenzierungen gerechtfertigt sein können.

Gar nichts – um es deutlich zu sagen – halte ich von dem vom BVerfG entwickelten sog. informationellen Trennungsgebot zwischen Nachrichtendiensten und Polizei (vgl. auch meine Kritik in Möstl/Schwabenbauer, BeckOK PolSichRBay, Systematische Vorbemerkungen Rn. 58 f.). Nachrichtendienste, die ihre Nachrichten für sich behalten müssen, sind eine unnütze Fehlkonstruktion, die das GG nicht wollen kann. Gerade weil die Nachrichtendienste nach dem (für Deutschland charakteristischen) Trennungsgebot (klassisch: Gebot organisatorischer Trennung und keine polizeilichen Befugnisse für die Nachrichtendienste) keine polizeilichen Befugnisse haben und nicht selbst die (gefahrenabwehrenden) Konsequenzen aus ihrem Wissen ziehen dürfen, müssen sie zumindest imstande sein, ihre Erkenntnisse an diejenigen Stellen (z.B. die Polizei) weiterzugeben, die solche Konsequenzen ziehen dürfen. Kehrseite des klassischen Trennungsgebots ist es also, dass es gerade kein informationelles Trennungsgebot geben darf. Das sieht das BVerfG allerdings anders.

Freilich ist die Weitergabe personenbezogener Informationen von Verfassungsschutz- an Polizeibehörden ein (ggf. zweckändernder) Grundrechtseingriff, der gerechtfertigt werden muss, so wie dies bei jeder (zweckändernden) Datenweitergabe der Fall ist. Selbst wenn man hierfür – was keineswegs sicher ist (siehe oben) – auf die vom BVerfG im BKAG-Urteil entwickelten Maßgaben zurückgreifen müsste, würde hieraus aber nur für aus besonders eingriffsintensiven heimlichen Maßnahmen gewonnene Daten folgen, dass für die Datenweitergabe der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung statuiert werden muss. Im Übrigen reicht es, dass die Zwecke nicht unvereinbar sind und der Zweck der Weitergabe den Eingriff zu rechtfertigen imstande ist.

Bayreuth, den 5.3.2018

Prof. Dr. Markus Möstl

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz

Bayer. Datenschutzbeauftragter • PF 22 12 19 • 80502 München

Ausschuss für Kommunale Fragen,
Innere Sicherheit und Sport
Ausschuss für Verfassung, Recht
und Parlamentsfragen

Franz.Segl@bayern.landtag.de

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen	München, den 14.03.2018
PII/L3510-0246 22.02.2018	DSB/1-622/3-82-5 DSB/1-622/2-272-5	Durchwahl: 089 212672 - 35 Frau Dieterle

Gemeinsame Anhörung zu den Gesetzentwürfen der Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Drs. 17/20763);
Stellungnahme zum Fragenkatalog

Anlage: Meine Stellungnahme vom 21.12.2017 zum PAG-Neuordnungsgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

ich bedanke mich nochmals für die Einladung zur o.g. gemeinsamen Anhörung und die damit einhergehende Gelegenheit zur Stellungnahme.

Hinsichtlich der **Fragen zum PAG (Teil A)** erlaube ich mir, auf meine umfangreiche Stellungnahme vom 21.12.2017 zum PAG-Neuordnungsgesetz-Entwurf zu verweisen. Die Stellungnahme beleuchtet bei den jeweiligen Gesetzesnormen die Anforderungen der Datenschutzrichtlinie für Polizei und Strafjustiz (EU) 2016/680 sowie des BKAG-Urteils des BVerfG sowie mögliche Defizite des PAG-Entwurfs näher. Die Stellungnahme habe ich in Anlage beigefügt.[1]

[1] Die Stellungnahme ist auch abrufbar unter: https://www.datenschutz-bayern.de/1/PAG-Stellungnahme.pdf.

./.

Wagmüllerstraße 18
80538 München
Postfach 22 12 19
80502 München

Telefon: 089 212672-0
Telefax: 089 212672-50
https://www.datenschutz-bayern.de
E-Mail: poststelle@datenschutz-bayern.de

Verkehrsverbindungen:
U4/U5, Haltestelle Lehel
Bus Linie 100, Straßenbahn Linie 18
Haltestelle Nationalmuseum / Haus der Kunst

Hinsichtlich der **Fragen zum BayVSG (Teil B)** nehme ich nachfolgend Stellung. Hierbei bitte ich Sie um Verständnis, dass ich die Fragen aufgrund ihrer inhaltlichen Verknüpfung teilweise zusammenhängend beantworte.

1. Inwieweit sind die Vorgaben des BKAG-Urteils auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar? Hierbei sollen besonders folgende Aspekte berücksichtigt werden:

a) Welche Bedeutung kommt dabei der Aussage des ATDG-Urteils zu, die Rechtsordnung unterscheide zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können (BVerfGE 133, 277 Rn. 122)?

b) Welche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass dem Verfassungsschutz als Nachrichtendienst keine exekutivpolizeilichen Befugnisse zustehen (Art. 5 Abs. 2 BayVSG)?

c) Wie wirkt sich die durch das Trennungsgebot in Deutschland bewirkte Aufgliederung des Gefahrenabwehrprozesses in Gefahrenerforschung (Nachrichtendienste) und Gefahrenintervention (Polizeibehörden) auf den Grundrechtsschutz des Betroffenen im Vergleich zu einem monistischen Modell aus, wie es z.B. in Gestalt des Österreichischen Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung verwirklicht ist?

Die Vorgaben des BKAG-Urteils sind im Wesentlichen auf das Recht der Nachrichtendienste übertragbar.

Das BVerfG hat die Regelungen des BKAG zum Anlass genommen, seine bislang zu verschiedenen heimlichen Informationserhebungsmaßnahmen aufgestellten Anforderungen insgesamt zu harmonisieren und das Rechtsschutzni-

veau für sämtliche verdeckte Eingriffe zu vereinheitlichen. Bereits die Pressemitteilung des BVerfG[2] besagt, dass das Urteil „*die bisherige Rechtsprechung zu den für diesen Ausgleich maßgeblichen verfassungsrechtlichen Anforderungen in grundsätzlicher Weise zusammen[führe]*“, „*neue Differenzierungen*“ entwickle und „*grundsätzliche Aussagen*“ zu den aufzustellenden „*Anforderungen an eine Übermittlung von Daten an ausländische Sicherheitsbehörden, über die das Bundesverfassungsgericht erstmals zu entscheiden hatte*“, enthalte.[3] Dies lässt erkennen, dass nicht nur die zu präventiv-polizeilichen Befugnissen ergangene **Rechtsprechung**[4] harmonisiert werden soll, sondern auch die Rechtsprechung zu Befugnissen der Strafverfolgungsbehörden[5] und der Nachrichtendienste[6].[7] Denn das letztgenannte Urteil zur Online-Durchsuchung, welches das BVerfG im BKAG-Urteil rundweg 43 Mal zitiert, betrifft gerade keine präventiv-polizeiliche Befugnis zum verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme, sondern eine entsprechende Befugnis des Verfassungsschutzes.[8]

Die Vorgaben des BKAG-Urteils für heimliche Überwachungsmaßnahmen legen eine Übertragung der verfassungsrechtlichen Anforderungen auf andere Sicherheitsbehörden, insbesondere die Nachrichtendienste, nahe. Denn diesen Behörden ist die **heimliche Informationserhebung** geradezu **immanent**. Wie bereits das BVerfG im ATDG-Urteil vom 24.04.2013[9] ausführt, arbeitet der Nachrichtendienst grundsätzlich verdeckt und ist auf Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld angelegt, während die Polizei prinzipiell offen tätig und auf eine operative Aufgabenwahrnehmung ausgerichtet ist.[10] Für die Nachrichtendienste treffen die Ausführungen des BVerfG zu den Befugnissen des BKA im Bereich der Terrorismusbekämpfung besonders zu. Denn die durch die Heimlichkeit be-

[2] Abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-019.html.

[3] So auch *Masing*, GSZ 2018, 6.

[4] Z.B. BVerfGE 130, 1 zur präventiv-polizeilichen akustischen Wohnraumüberwachung.

[5] Z.B. BVerfGE 109, 279 zum sog. großen Lauschangriff; BVerfGE 129, 208 zur repressiven Telekommunikationsüberwachung.

[6] Z.B. BVerfGE 100, 313 zur strategischen Fernmeldeüberwachung des BND; BVerfGE 120, 274 zur Online-Durchsuchung des LfV.

[7] So auch *Siems*, NWVBl. 2018, 1, 2; ähnlich *Gärditz*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., 2017, S. 988, 994 f.

[8] Siehe § 8 VSG NRW a.F., der Gegenstand der Entscheidung war.

[9] BVerfGE 133, 277 – ATDG.

[10] BVerfGE 133, 277, 327 ff., Rn. 120 ff. – ATDG.

gründete grundrechtliche Gefährdungslage kann bei der Datenerhebung durch Nachrichtendienste durchaus höher sein als bei Polizeibehörden.
Im ATDG-Urteil führt das BVerfG zwar aus, dass die „*grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information und Beratung beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können*“[11]. Dies bedeutet jedoch keine pauschale Herabsenkung des Schutzniveaus. Denn wie das BVerfG bereits im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung vom 02.03.2010[12] zutreffend festgestellt hat, geht von der Beobachtungstätigkeit der Nachrichtendienste eine „besondere Belastungswirkung“ aus. Wörtlich führt das BVerfG aus: „*Eine besondere Belastungswirkung solcher Eingriffe gegenüber den Bürgern liegt im Übrigen darin, dass nicht nur der jeweilige Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis als solcher in der Regel verdeckt geschieht, sondern praktisch die gesamten Aktivitäten der Nachrichtendienste geheim erfolgen. Befugnisse dieser Dienste zur Verwendung der vorsorglich flächendeckend gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten befördern damit das Gefühl des unkontrollierbaren Beobachtetwerdens in besonderer Weise und entfalten nachhaltige Einschüchterungseffekte auf die Freiheitswahrnehmung.*“[13]

Dem Verfassungsschutz stehen zwar keine exekutiv-polizeilichen Befugnisse zu. Doch allein der Umstand, dass Überwachungs- und Interventionsakt nicht in einer Behörde gebündelt, sondern – durch Übermittlung der gesammelten Informationen – auf verschiedene Behörden verteilt sind, verringert das Eingriffsgewicht nicht entscheidend. Denn in vielen Fällen ist der Verfassungsschutz sogar zur Datenübermittlung verpflichtet (z.B. nach Art. 25 Abs. 2 S. 2 BayVSG), so dass ihm keine eigene Entscheidungskompetenz über die Datenweitergabe zusteht.

[11] BVerfGE 133, 277, 328 f. Rn. 122 – ATDG.

[12] BVerfGE 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung.

[13] BVerfGE 125, 260, 332 – Vorratsdatenspeicherung.

Im Übrigen ging der **Bayerische Gesetzgeber** bei der Novelle des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes vom 12.07.2016[14] selbst davon aus, dass das LfV eine der Polizei gleichzustellende Gefahrenabwehrbehörde sei. Denn mit Art. 15 Abs. 3 BayVSG wurde eine Befugnis zum Abruf der von den Telekommunikationsdienstleistern nach § 113b TKG zu speichernden Verkehrsdaten (sog. Vorratsdatenspeicherung) unter den Voraussetzungen des § 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG geschaffen. § 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG sieht jedoch nur eine Datenübermittlung an die „*Gefahrenabwehrbehörden der Länder*“ vor. Der Bayerische Gesetzgeber vertrat dabei die Auffassung, dass das LfV eine Gefahrenabwehrbehörde sei. Die Gesetzesbegründung[15] zu Art. 15 Abs. 3 BayVSG bzw. zum damaligen Art. 13 Abs. 3 BayVSG-E führt wörtlich aus: „*Auch wenn sein Beobachtungsauftrag nicht auf die Verhütung und Verhinderung von konkreten Straftaten oder die Vorbereitung entsprechender operativer Maßnahmen zielt, sondern auf eine Aufklärung bereits im Vorfeld von Gefährdungslagen (vgl. BVerfGE 133, 277 Rn. 116 ff.), folgt daraus nicht, dass es dem Landesamt für Verfassungsschutz verwehrt wäre, bei konkreten Gefährdungen für die von Art. 3 umfassten Rechtsgüter tätig zu werden… Das Landesamt für Verfassungsschutz wird mithin auch als Gefahrenabwehrbehörde tätig, so dass ihm konsequenterweise auch die Befugnis zu Auskunftsersuchen nach § 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG zustehen muss.*“

Diese Ausführungen halte ich unter dem Gesichtspunkt des sog. Trennungsgebots zwar für sehr fragwürdig.[16] Die Ausführungen zeigen aber, dass es in bestimmten Bereichen einen Gleichlauf zwischen Polizei- und Nachrichtendienstrecht geben kann.

Vor diesem Hintergrund sind die Vorgaben des BKAG-Urteils auch auf das Verfassungsschutzrecht zu **übertragen**, soweit ähnliche Intentionen und Befugnisnormen bestehen.[17]

---

[14] GVBl. S. 145.

[15] LT-Drs. 17/10014, S. 36.

[16] Siehe hierzu bereits meine kritische Stellungnahme vom 22.02.2016 zur BayVSG-Novelle 2016, S. 15 ff., abrufbar unter: https://www.datenschutz-bayern.de/1/BayVSG-E-Stellungnahme.pdf.

[17] Ähnlich *Siems*, NWVBl. 2018, 1, 3 ff.

d) Welche Bedeutung haben die Anforderungen des BKAG-Urteils an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle für den Verfassungsschutz?
Insbesondere:

aa) Wie wirkt es sich aus, dass Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und Art. 45d GG den individuellen Rechtsschutz des Betroffenen gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch parlamentarisch bestellte Organe oder Hilfsorgane ersetzt?

bb) Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass die EU-Polizei-Justiz-Richtlinie, deren Gleichlauf mit dem deutschen Verfassungsrecht das BKAG-Urteil betont (Rn. 134, 138), für Nachrichtendienste nicht gilt?

Auch der Verfassungsschutz ist dem Grundsatz der Transparenz, dem individuellen Rechtsschutz und der aufsichtlichen Kontrolle verpflichtet.

Hinsichtlich der **aufsichtlichen Kontrolle** ergibt sich dies bereits aus dem ATDG-Urteil des BVerfG, wonach zur „*Gewährleistung einer wirksamen Aufsicht … Zugriffe und Änderungen des Datenbestandes vollständig protokolliert werden*“ und „*den Datenschutzbeauftragten in praktikabel auswertbarer Weise zur Verfügung stehen und die Protokollierung hinreichende Angaben für die Zuordnung zu dem zu kontrollierenden Vorgang enthält*“.[18] Zudem sind nach dem BVerfG „*solche Kontrollen in angemessenen Abständen – deren Dauer ein gewisses Höchstmaß, etwa zwei Jahre, nicht überschreiten darf – durchzuführen*“.[19]

Auch die Ausführungen des BVerfG im BKAG-Urteil zu den **parlamentarischen Berichtspflichten** halte ich auf den Verfassungsschutzbereich für vollumfänglich übertragbar. Daher habe ich im Rahmen der Verbandsanhörung gefordert, Art. 20 Abs. 1 S. 2 BayVSG-E, der die Berichtspflicht des PKG gegenüber dem Landtag betrifft, um die Datenübermittlungen nach Art. 25 Abs. 3 Nr. 1 und 2

[18] BVerfGE 133, 277, 370 Rn. 215 – ATDG.

[19] BVerfGE 133, 277, 371 Rn. 217 – ATDG.

BayVSG-E zu ergänzen. Denn das BVerfG führt im BKAG-Urteil zu den Verfahrensvorkehrungen bei Datenübermittlungen an ausländische Behörden aus, dass „*auch ansonsten … die Anforderungen an eine wirksame aufsichtliche Kontrolle einschließlich einer hierfür geeigneten Protokollierung der jeweiligen Übermittlungsvorgänge sowie das Erfordernis von Berichtspflichten*“[20] gelten und verweist im Zuge dessen auf seine allgemeinen Ausführungen zur Berichtspflicht gegenüber Parlament und Öffentlichkeit.[21]
Das Gleiche gilt für die Berichtspflicht über den Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und Vertrauensleuten (Art. 18, 19 BayVSG). Denn das BVerfG hält aus Gründen der Transparenz für sämtliche heimliche Überwachungsmaßnahmen eine Berichtspflicht gegenüber dem Parlament für erforderlich.[22] Etwaige Geheimschutzrisiken, die mit einer Ausweitung der Berichtspflicht einhergehen, können das Absehen von einer Regelung nicht rechtfertigen. Diesen Risiken kann durch den Umfang der Berichtspflicht Rechnung getragen werden.

Ebenso verhält es sich mit der **Benachrichtigungspflicht**. Das BVerfG fordert im BKAG-Urteil eine umfassende Benachrichtigungspflicht der Betroffenen.[23] Ohne Kenntnis eines heimlich erfolgten Eingriffs ist effektiver Rechtsschutz praktisch erheblich erschwert oder unmöglich. Fällt der Zweck einer Maßnahme weg oder ist dieser erreicht, sind Betroffene grundsätzlich hierüber zu unterrichten. Die Regelung des Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG stellt insoweit eine nach der Rechtsprechung restriktiv auszulegende Ausnahmevorschrift, keine generelle Bereichsausnahme dar. Außerhalb des Anwendungsbereiches von Art. 10 GG gebietet der ungeschmälert zur Anwendung kommende Art. 19 Abs. 4 GG erst recht im Grundsatz eine Benachrichtigung, solange nicht öffentliche Belange von hinreichendem Gewicht eine fortbestehende Geheimhaltung rechtfertigen.[24] Auch der von einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe des AK IV unter Federführung des Bundesministeriums des Innern entwickelte „harmonisierte Rechtsrahmen

[20] BVerfGE 141, 220, 350 Rn. 340 – BKAG.

[21] Siehe BVerfGE 141, 220, 285 Rn. 142 f. – BKAG.

[22] Siehe BVerfGE 141, 220, 285 u. 322 Rn. 143 u. 268 – BKAG.

[23] BVerfGE 141, 220, 282 f. Rn. 136 – BKAG.

[24] Siehe zum Ganzen auch *Gärditz*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch der Nachrichtendienste, 1. Aufl. 2017, VI § 1 Rn. 57 m.w.N.

im Verfassungsschutzverbund“ vom 29.08.2017[25] sieht bei der Anwendung nachrichtendienstlicher Mittel eine allgemeine Mitteilungspflicht als flankierende Verfahrensregelung vor.[26] Das BayVSG sollte sich daran ebenfalls orientieren, dient der vorliegende Entwurf doch gerade auch der Umsetzung von Regelungsideen des harmonisierten Rechtsrahmens.[27]
Geheimhaltungsinteressen können allenfalls das Absehen von einer Benachrichtigung im Einzelfall, nicht aber das Absehen von einer gesetzlichen Regelung insgesamt rechtfertigen. Etwaigen Geheimschutzrisiken ist durch angemessene Ausnahmevorschriften Rechnung zu tragen, wie sie etwa bereits § 12 Abs. 1 S. 2 bis 4 G 10 vorsieht.

Im Rahmen der Ausführungen zu Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle bezieht sich das BVerfG im BKAG-Urteil zwar an zwei Stellen[28] auch auf die **Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Strafjustiz (EU) 2016/680**. Diese Richtlinie findet gemäß Art. 2 Abs. 3 lit. a RL i.V.m. Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV auf den Verfassungsschutz als Teil der nationalen Sicherheit keine Anwendung. Dies lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass die Ausführungen nicht auf den Bereich des Verfassungsschutzes übertragbar wären. Zum einen stützt das BVerfG seine Argumentation nicht hierauf, sondern zitiert die Richtlinie lediglich ergänzend. Zum anderen schließt dies nicht aus, die Vorgaben der Datenschutz-Richtlinie auch im Bereich des Verfassungsschutzes umzusetzen, wie dies aktuell einige Bundesländer planen (z.B. Hessen, s. HessLT-Drs. 19/5728 vom 05.12.2017, S. 97).

[25] Abrufbar unter: https://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-beschluesse/2017-12-07_08/anlage-zu-top-29.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

[26] Siehe S. 23 des „harmonisierten Rechtsrahmens im Verfassungsschutzverbund“.

[27] RegBegr. LT-Drs. 17/20763, S. 1, 9 f.

[28] BVerfGE 141, 220, 282 f. Rn. 134, 138 – BKAG.

e) Inwieweit lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung auf Übermittlungsvorgänge des Verfassungsschutzes übertragen? Insbesondere:

aa) Inwieweit verringert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass Informationen aus dem Kernbereich der privaten Lebensführung bereits vor der Übermittlung herausgefiltert werden (Art. 8a BayVSG-E)?

bb) Inwieweit verändert sich das Eingriffsgewicht der Datenübermittlung gegenüber der ursprünglichen Datenerhebung dadurch, dass der Verfassungsschutz grundsätzlich keine Rohdaten übermittelt, sondern verdichtete und aufbereitete Auswertungsergebnisse?

cc) In welchem Verhältnis steht der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils zum informationellen Trennungsprinzip des ATDG-Urteils (BVerfGE 133, 277 Rn. 123)?

Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung ist auf Übermittlungsvorgänge des Verfassungsschutzes übertragbar. Hierbei besteht grundsätzlich kein Anlass, einen anderen Maßstab anzulegen als bei Datenübermittlungen durch das BKA (abgesehen von den hohen Anforderungen des Trennungsprinzips, wenn es um Datenübermittlungen an Polizeibehörden geht, siehe sogleich). Denn auch das BKA ist verpflichtet, **kernbereichsrelevante Informationen** auf Auswertungsebene herauszufiltern und umgehend zu löschen. Eine Weitergabe kernbereichsrelevanter Informationen ist ausgeschlossen.[29]

Auch die **Aufbereitung der Daten** durch den Verfassungsschutz verringert das Eingriffsgewicht einer Datenübermittlung grundsätzlich nicht. Zum einen lassen auch aufbereitete Erkenntnisse, insbesondere wenn sie gerichtsverwertbar sein sollen, auf ihre Herkunft schließen und Zusatzinformationen erkennen. Zudem besteht keine gesetzliche Pflicht, die Daten in jedem Fall aufzubereiten.

[29] Siehe BVerfGE 141, 220, 278 ff. Rn. 126 ff. – BKAG.

So führt zwar die Regierungsbegründung zum Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes aus, dass der Nachrichtendienst als analytischer Informationsdienstleister „*keine Rohdaten, sondern Erkenntnisse seiner Auswertung weitergibt*“.[30] Hierzu ist der Verfassungsschutz jedoch gesetzlich nicht verpflichtet.

Bei Datenübermittlungen des LfV an die Polizei sind zudem die durch das **Trennungsprinzip** bedingten hohen Hürden zu beachten. Das BVerfG verweist im BKAG-Urteil hinsichtlich der Datenübermittlung von Nachrichtendiensten an das BKA ausdrücklich auf die Ausführungen im ATDG-Urteil, insbesondere auf BVerfGE 133, 277, 329 Rn. 123 – ATDG.[31] Hiernach gelten laut BVerfG gesteigerte verfassungsrechtliche Anforderungen, soweit der Datenaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendienst für ein mögliches operatives Tätigwerden der Polizei erfolgt.[32] Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung des BKAG-Urteils und das informationelle Trennungsprinzip des ATDG-Urteils schließen demnach einander nicht aus, sondern sind kumulativ zu beachten, sofern es um Datenübermittlungen zur operativen Aufgabenwahrnehmung geht.

2. Steht die Aufhebung der Beschränkungen in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 BayVSG in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG?

Art. 15 Abs. 2 S. 2 BayVSG sieht eine besondere Eingriffsschwelle für Auskunftsersuchen im Schutzbereich des **Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses** bei Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG vor.
Die Gesetzesbegründung[33] zu Art. 15 Abs. 2 BayVSG-E begründet die geplante Streichung damit, das BVerfG habe in seiner Entscheidung zur Online-

[30] BT-Drs. 18/4654 vom 20.04.2015, S. 33.

[31] BVerfGE 141, 220, 340 Rn. 320 – BKAG.

[32] Wörtlich führt das BVerfG im ATDG-Urteil an der zitierten Fundstelle Folgendes aus: *„Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt insoweit ein informationelles Trennungsprinzip. Danach dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden grds. nicht ausgetauscht werden. Einschränkungen der Datentrennung sind nur ausnahmsweise zulässig. Soweit sie zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgen, begründen sie einen besonders schweren Eingriff. Der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden muss deshalb grds. einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt. Dies muss durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein.*“, BVerfGE 133, 277, 329 Rn. 123 – ATDG.

[33] LT-Drs. 17/20763, S. 14.

Durchsuchung[34] ausgeführt, dass das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Gefahr hinreichend sicherstelle, dass nicht jeder vage Verdacht, bestimmte Gruppierungen könnten sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richten, zu einer Erhebung von Kontoinhalten und Kontobewegungen ausreiche. Die damals verfahrensgegenständliche Norm des § 5a Abs. 1 VSG NRW a.F. betraf jedoch Auskunftsersuchen gegenüber Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsunternehmen (wie sie in Art. 16 Abs. 1 Nr. 2 BayVSG geregelt sind) und damit nur das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** gemäß Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG. Art. 15 Abs. 2 S. 2 BayVSG betrifft hingegen Auskunftsersuchen im Schutzbereich des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG. Die Aussage des BVerfG kann daher nicht ohne weiteres auf die vorliegende Konstellation übertragen werden.
Zwar hat der Bundesgesetzgeber in § 8a Abs. 2 S. 1 BVerfSchG Auskunftsersuchen gegenüber Luftfahrtunternehmen und Kreditinstituten und Anfragen zu Verkehrsdaten gegenüber Telekommunikations- und Telemediendienstleistern einheitlich geregelt und insgesamt der Kontrolle durch die G 10-Kommission unterstellt (§ 8b Abs. 2 BVerfSchG), da die Eingriffswirkung der Anfragen vergleichbar sei.[35] Allerdings bezieht sich diese Vergleichbarkeit in erster Linie auf – die durchaus eingriffsintensiven – *„Anfragen zu Flugdaten bei Computerreservierungssystemen bzw. Globalen Distributionssystemen sowie der Kontostammdatenauskunft“*[36], was eine generelle Gleichstellung nicht rechtfertigen kann.

Im Übrigen beschränkt auch der Bundesgesetzgeber die Auskunftsrechte im Aufgabenbereich des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG auf volksverhetzende und militante Bestrebungen, siehe § 8 Abs. 2 S. 2 BVerfSchG. Während der Bundesgesetzgeber damit die Auskunftsbefugnisse einheitlich höheren Anforderungen unterstellt (z.B. Kontrolle durch die G10-Kommission, s.o.), senkt der Bayerische Gesetzgeber hingegen die Eingriffsschwelle insgesamt ab.

[34] BVerfGE 120, 274, 348 f.

[35] vgl. RegBegr. BT-Drs. 17/6925, S. 15.

[36] BT-Drs. 17/6925, a.a.O.

Aufgrund des mit Verkehrsdatenauskünften einhergehenden Eingriffs in Art. 10 GG halte ich dies für sehr problematisch.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Thomas Petri

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz

Bayer. Datenschutzbeauftragter • PF 22 12 19 • 80502 München

Bayerisches Staatsministerium des Innern,
für Bau und Verkehr

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom | Unser Zeichen | München, den 21.12.2017

Gesetz zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz);
Verbandsanhörung

Sehr geehrter Herr Ministerialdirektor,

für Ihr Schreiben vom 28.11.2017 bedanke ich mich. Gerne nehme ich die Gelegenheit wahr, zum Entwurf des PAG-Neuordnungsgesetzes nochmals Stellung zu beziehen.

I. Novellierung des Polizeiaufgabengesetzes (PAG-E)

Wie bereits in meiner Stellungnahme vom 08.09.2017 kritisiert, möchte ich vorab allgemein festhalten, dass mir die Ausweitung des polizeilichen Befugniskataloges (DNA-Analyse, Durchsuchung von Speichermedien, Einsatz von Bodycams, Einsatz von Verhaltens- und Gesichtserkennung, Postbeschlagname, Tracking etc.) und die konsequente Herabsenkung der Einschreitschwellen Sorge bereitet. Insbesondere die Kumulation zahlreicher (neuer) polizeilicher Datenverarbeitungsbefugnisse mit der aufgrund der gesellschaftlichen Digitalisierung ohnehin ansteigenden Datenmenge, die jeder Einzelne erzeugt, halte ich unter Freiheitsaspekten für problematisch und die Auswirkungen auf das gesellschaftliche Leben für nicht geklärt.

./.

Wagmüllerstraße 18
80538 München
Postfach 22 12 19
80502 München

Telefon: 089 212672-0
Telefax: 089 212672-50
https://www.datenschutz-bayern.de
E-Mail: poststelle@datenschutz-bayern.de

Verkehrsverbindungen:
U4/U5, Haltestelle Lehel
Bus Linie 100, Straßenbahn Linie 18
Haltestelle Nationalmuseum / Haus der Kunst

Ich stelle mir auch die Frage, ob mit den erweiterten Befugnissen der vom *BVerfG* im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung erstmals geforderten „**Überwachungsgesamtrechnung**“ noch Genüge getan wird. Das *BVerfG* hat 2010 ausgeführt, dass eine Gesetzgebung, „*die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielte, … von vornherein mit der Verfassung unvereinbar*“ sei (BVerfG, Urt. v. 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08 u.a., BVerfGE 125, 260, 323 – Vorratsdatenspeicherung). Nur wenn sichergestellt sei, dass durch alle Überwachungsmaßnahmen zusammen nicht alle Aktivitäten der Bürger erfasst und rekonstruiert werden können, sei eine Vorratsdatenspeicherung überhaupt rechtfertigungsfähig.

Auch im BKAG-Urteil mahnt das *BVerfG* an, keine Totalüberwachung zu ermöglichen: „*Mit der Menschenwürde unvereinbar ist es, wenn eine 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. Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener Ermittlungsmethoden müssen die Sicherheitsbehörden mit Rücksicht auf das dem „additiven“ Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotenzial koordinierend darauf Bedacht nehmen, dass das Ausmaß der Überwachung insgesamt beschränkt bleibt.*“ (BVerfG, Urt. v. 20.04.2016, Az. 1 BvR 966/09 u. 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220, 280 f. Rn. 130 – BKAG). Dieser Hinweis des Gerichts ist zwar unmittelbar an die Sicherheitsbehörden adressiert, ist aber auch bei der gesetzlichen Ausgestaltung von Überwachungsmaßnahmen zu berücksichtigen.

Neben der Einführung neuer Befugnisse ist dabei auch das Zusammenwirken und Überschneiden z.B. mit bundespolizeilichen Befugnissen in den Blick zu nehmen. So ist der Bundespolizei neuerdings etwa auch die – mit Gesetz zur Verbesserung der Fahndung bei besonderen Gefahrenlagen u.a. vom 05.05.2017 (BGBl. I S. 1066) eingeführte – automatische Kennzeichenerfassung nach § 27b BPolG erlaubt, die nicht auf das reine Grenzgebiet beschränkt ist.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob mit der Erweiterung der Befugnisse, insbesondere im Bereich verdeckter Maßnahmen, die Überwachungsgesamtbilanz noch gewahrt oder nicht bereits darüber hinausgegangen wird.

Im Einzelnen merke ich zum PAG-Entwurf Folgendes an:

1. Art. 2 PAG-E (Aufgaben der Polizei):

In Art. 2 Abs. 2 PAG-E ist die bisherige Formulierung („Der Schutz privater Rechte…“) beizubehalten, da der **Schutz privater Rechte** kein Unterfall der Gefahrenabwehr, sondern eine Erweiterung des polizeirechtlichen Aufgabenbereichs darstellt. Art. 2 Abs. 2 PAG erklärt den Schutz privater Rechte nur im Ausnahmefall zur polizeilichen Aufgabe. Grundsätzlich ist es Angelegenheit des jeweiligen Rechtsinhabers, selbst alles Erforderliche für den Schutz seiner Rechte zu unternehmen und diesen Schutz ggf. im Wege der Zivilrechtsklage durchzusetzen. Zwar gibt es durchaus Konstellationen, in denen die Beeinträchtigung privater Rechte zugleich eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit darstellen kann (z.B. Verhinderung eines Diebstahls, eines Hausfriedensbruchs oder einer Unfallflucht) und deren Abwehr damit (bereits) in den originären Aufgabenbereich der Polizei nach Art. 2 Abs. 1 PAG fällt. Jedoch gibt es daneben auch Fälle, in denen die Verletzung privater Rechte nicht eigens straf- oder bußgeldbewehrt ist (z.B. im Bauordnungsrecht) und damit nicht dem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit unterfällt. Aufgrund dessen ist der Schutz privater Rechte weiterhin als eigenständige Aufgabeneröffnungsnorm zu konzipieren, auch wenn dies die Anwendung der DSGVO zur Folge haben kann. Dass künftig eine Datenverarbeitung nach der DSGVO auch im Bereich polizeilicher Aufgabenerfüllung notwendig sein wird, zeigt sich auch am Beispiel einer Sicherstellung nach Art. 25 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E. Hier sind durchaus Fälle der Sicherstellung zum Schutz privater Rechte denkbar, ohne dass eine Straftat im Raum steht.
Auch der Abschlussbericht der vom UA RV des AK II eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Umsetzung der EU-Datenschutzreform unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG zum BKA-Gesetz“ vom 24.01.2017 geht davon aus, dass der Schutz privater Rechte im Sinne der Polizeigesetze – als nicht straftatenbezogene Gefahrenabwehr – nicht unter die RLDSJ fällt (S. 21 des Abschlussberichts).

Zwar führt die Gesetzesbegründung zu Art. 2 PAG-E (GesBegr. S. 65) aus, dass sich die Datenverarbeitung im Falle polizeilichen Tätigwerdens „*zum Schutz privater Rechte grundsätzlich außerhalb der Aufgabenzuweisung des Art. 2 Abs. 1“ PAG-E* nach den Regelungen der DSGVO richtet. Aus Gründen der Normenklarheit sollte dies jedoch bereits aus dem Gesetzeswortlaut selbst hervorgehen.

2. Art. 13 PAG-E (Identitätsfeststellung u.a.):

Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E regelt die **sog. Schleierfahndung**, wonach die Polizei die Identität einer Person 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 feststellen kann.

Der *BayVerfGH* hat zwar mit Entscheidung vom 28.03.2003, Az. Vf. 7-VII-00 u. Vf. 8-VIII-00 (NVwZ 2003, 1375) die Regelungen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 PAG mit der Bayerischen Verfassung für vereinbar erklärt und diese Feststellung in einer späteren Entscheidung zu polizeilichen Durchsuchungsmaßnahmen im Rahmen der Schleierfahndung (Art. 22 Abs. 1 Nr. 1, 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG) bestätigt (BayVerfGH, Beschl. v. 07.02.2006, Az. Vf. 69-VI-04, NVwZ 2006, 1284).

Jedoch bedarf die Regelung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 PAG-E vor dem Hintergrund europarechtlicher Rechtsetzung und Rechtsprechung einer Überarbeitung.

Mit Art. 1, Art. 20 ff. Schengener Grenzkodex (VO Nr. 562/2006/EG vom 15.03.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, Abl. EU 2006 L 105, S. 1) wurden an den EU-Binnengrenzen die Grenzkontrollen abgeschafft. Zwar stellt die Schleierfahndung grundsätzlich keine Grenzkontrolle i.S.d. Art. 2 Nr. 9 Schengener Grenzkodex dar (vgl. auch Nr. 13.7 VollzBekPAG), und gemäß Art. 21 lit. a S. 1 Hs. 1 Schengener Grenzkodex berührt die Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen nicht die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Rechts. Letzteres gilt aber – auch in Grenzgebieten – nur, sofern die Aus-

übung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat (Art. 21 lit. a S. 1 Hs. 2 Schengener Grenzkodex).

Mit aktuellem Urteil vom 21.06.2017, Az. C-9/16, hat der *EuGH* in diesem Zusammenhang entschieden, dass die Regelungen der §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG den Art. 67 Abs. 2 AEUV und Art. 20 und 21 Schengener Grenzkodex entgegenstehen, es sei denn die Regelungen geben den erforderlichen Rahmen für die Kontrollbefugnis vor, der gewährleistet, dass deren praktische Ausübung nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann, insbesondere die Durchführung der Kontrollen im nationalen Recht Konkretisierungen und Einschränkungen unterliegt, die die Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen bestimmen (EuGH, a.a.O., Rn. 59 u. Rn. 74; siehe auch bereits EuGH, Urteil v. 22.06.2010, Rs. C-188/10 u. C-189/10 – Melki und Abdeli, ABl. EU 2010 C 221, S. 14, mit welchem der EuGH die französische Regelung zur Schleierfahndung als mit Art. 67 Abs. 2 AEUV und Art. 20 und 21 Schengener Grenzkodex für unvereinbar erklärt hat). Die Vorschriften der §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG räumen der Bundespolizei die Befugnis ein, im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet oder zur Verhütung von Straftaten die Identität von Personen zu kontrollieren (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG) sowie in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes, soweit auf Grund von Lageerkenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung anzunehmen ist, dass diese zur unerlaubten Einreise genutzt werden, jede Person kurzzeitig anzuhalten, zu befragen und die Aushändigung mitgeführter Ausweispapiere zu verlangen (§ 22 Abs. 1a BPolG) und entsprechen damit – annähernd wortgleich – der Regelung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 PAG-E. Dass Art. 4 PAG-E (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) die notwendige Konkretisierung und Einschränkung bewirkt, ist nicht ersichtlich, zumal Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E – anders als § 22 Abs. 1a PAG-E – noch nicht einmal die ausdrückliche Einschränkung auf „Lageerkenntnisse“ und „grenzpolizeiliche Erfahrung“ enthält. Die vom *BayVerfGH* im Wege der Auslegung ermittelten ungeschriebenen handlungsbegrenzenden Tatbestandselemente (Lageerkenntnisse, einschlägige polizeiliche Erfahrung), durch die ein „*vollkommen willkürliches, durch kein Ziel determiniertes Kontrollieren*“ verhindert werden soll (BayVerfGH NVwZ 2003, 1375, 1377 sowie NVwZ 2006, 1284, 1285), genügen

dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit der Norm im Sinne der Rechtsprechung des EuGH nicht (mehr).

Vor diesem Hintergrund ist Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG-E tatbestandlich weiter einzugrenzen, insbesondere sind die Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen näher zu bestimmen.

3. Art. 14 PAG-E (Erkennungsdienstliche Maßnahmen):

Die in Art. 14 Abs. 3 PAG-E neu aufgenommene präventive DNA-Analyse begegnet erheblichen Bedenken. Es ist bereits zweifelhaft, ob eine mit einem körperlichen Eingriff verbundene Untersuchung noch eine **erkennungsdienstliche Maßnahme** darstellt. Hierunter fallen nach der Rechtsprechung grundsätzlich (nur) alle Feststellungen über Merkmale des äußeren Erscheinungsbildes einer Person (s. Art. 14 Abs. 3 Nr. 3 PAG-E), die ihre Wiedererkennung ermöglichen (BayVGH NJW-RR 1998, 496, 497: „*Art. 14 III BayPAG legt erkennungsdienstliche Maßnahmen fest auf die Abnahme von Finger- und Handflächenabdrücken, die Aufnahme von Lichtbildern, die Feststellung äußerer körperlicher Merkmale und Messungen.*“; siehe auch *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, 4. Aufl., 2014, Art. 14 Rn. 3: „*Nicht darunter fallen Identifizierungsmöglichkeiten, die einer körperlichen Untersuchung bedürfen… Erstaunlicherweise ist auch die DNA-Analyse keine ED-Maßnahme, obwohl mit ihr die Person weitgehend eindeutig identifiziert werden kann. Zwar hat sich der Gesetzgeber entschieden, die ED-Maßnahmen nicht abschließend zu regeln. Dennoch wird die ED-Maßnahme als Feststellung von ausschließlich äußeren Merkmalen definiert.*“).

Zwar wurden die **Voraussetzungen** des Art. 14 Abs. 3 S. 1 PAG-E auf meine Kritik hin zumindest dahingehend ergänzt, dass „andere erkennungsdienstliche Maßnahmen nicht hinreichend sind“ und die Maßnahme zur Gefahrenabwehr „erforderlich“ sein muss. Allerdings wurde dafür – ohne erkennbaren Anlass – die Regelung des Art. 14 Abs. 3 S. 1 PAG-E (im Gegensatz zum Vorgängerentwurf vom 08.08.2017) dahingehend erweitert, dass eine DNA-Maßnahme auch zum Schutz erheblicher Eigentumspositionen (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG-E) zulässig sein soll. Dieses Schutzgut sollte wieder ausgenommen werden.

Zudem wurde auf meine Empfehlung in Art. 14 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 PAG-E eine Zweckbindungsregelung aufgenommen, wonach „bei der Untersuchung … eine andere Feststellung als die genannte nicht getroffen werden“ darf. Allerdings sollte das neu eingefügte Feststellungsverbot – vergleichbar § 81e Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StPO – noch um ein **Untersuchungsverbot** ergänzt werden: „hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig.“

Darüber hinaus fehlt eine Regelung zur **Speicherungsdauer** der DNA-Identifizierungsmuster und zu welchen Zwecken die erhobenen DNA-Daten verwendet werden dürfen. ErwGr. 23 zu Art. 3 Nr. 12 RLDSJ führt hierzu auch aus, dass „*angesichts der Komplexität und Sensibilität genetischer Informationen … ein hohes Missbrauchs- und Wiederverwendungsrisiko für unterschiedliche Zwecke durch den Verantwortlichen*“ besteht. Bislang ist in Art. 14 Abs. 3 S. 1 PAG-E lediglich die Entnahme von Körperzellen und deren Untersuchung geregelt, nicht jedoch der **Umgang** mit den daraus gewonnen **DNA-Identifizierungsmustern**.
Anderes würde nur gelten, wenn die allgemeinen Verarbeitungsregeln angewendet werden sollen. Dies stünde jedoch nicht in Einklang mit Art. 10 RLDSJ, wonach eine Verarbeitung genetischer Daten nur zulässig wäre, wenn sie „unbedingt erforderlich“ ist. Insbesondere vermisse ich eine Regelung zur Löschung der DNA-Identifizierungsmuster.

4. Art. 16 PAG-E (Platzverweisung, Kontaktverbot, Aufenthalts- und Meldeanordnung):

Art. 16 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E sieht nunmehr auch die Möglichkeit einer polizeilichen **Meldeanordnung** vor. Während beim Platzverweis (Art. 16 Abs. 1 PAG-E) umstritten ist, ob dieser in das Grundrecht auf Freizügigkeit nach Art. 11 GG bzw. Art. 109 Abs. 1 BV eingreift, kann diese Frage bei Meldeanordnungen eindeutig beantwortet werden: Meldeanordnungen greifen – ebenso wie Aufenthaltsgebote und -verbote – wegen ihrer zeitlichen und räumlichen Ausdehnung in das Recht auf Freizügigkeit ein (siehe etwa *Rachor*, in: Lisken/Denninger, Hdb. PolR, 5. Aufl., 2012, E Rn. 441 und *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, 80. EL, Juni 2017, Art. 11 Rn. 83, 155 für Aufenthaltsanordnungen). Denn polizeiliche Meldeanordnungen haben zur Folge, dass die be-

troffene Person den Meldeort faktisch nicht verlassen kann, zumindest dann nicht, wenn die Meldeintervalle eng bemessen sind (z.B. Meldung an jedem zweiten Tag). Die Meldeanordnungen müssen sich daher (zumindest bezüglich deutscher Staatsangehöriger) an dem qualifizierten Schrankenvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG messen lassen. Der hier in Betracht kommende Schutzzweck der Vorbeugung von Straftaten (sog. Kriminalvorbehalt) erfordert nach überwiegender Auffassung eine große Wahrscheinlichkeit der Straftatenbegehung (*Rachor*, in: Lisken/Denninger, Hdb. PolR, 5. Aufl., 2012, E Rn. 456 m.w.N.). Das *BVerwG* fordert zudem, dass nicht die Gefahr einer jeden Straftat zur Beschränkung der Freizügigkeit führen darf, sondern dass auf „*das Recht der Gemeinschaft auf Schutz ihrer lebenswichtigen Belange*“ abzustellen sei (BVerwGE 6, 173, 176; ebenso *Rachor*, in: Lisken/Denninger, Hdb. PolR, 5. Aufl., 2012, E Rn. 459 m.w.N.). Die Straftatenprävention muss somit ihrem Gewicht nach den anderen in Art. 11 Abs. 2 GG genannten Rechtgütern vergleichbar sein.

Vor diesem Hintergrund begegnet die Bezugnahme auf den gesamten **Rechtsgüterkatalog** des Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E – ebenso wie bereits bei den Aufenthaltsanordnungen nach Art. 16 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E – erheblichen Bedenken. Aufgrund des mit einer Meldeanordnung einhergehenden intensiven Grundrechtseingriffs muss die Anordnungsmöglichkeit auf eng begrenzte Fälle beschränkt bleiben. Die Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E sollten daher nur zum Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter getroffen werden, in jedem Fall aber nicht zum Schutz des Eigentums (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 PAG-E) ergehen dürfen. Ich empfehle daher zumindest die Beschränkung des Art. 16 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E auf die bedeutenden Rechtsgüter des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2, 3 und 5 PAG-E.

5. Art. 18 PAG-E (Richterliche Entscheidung):

Art. 18 Abs. 1 S. 2 PAG-E sieht neu vor, dass die richterliche Entscheidung ohne persönliche Anhörung der in Gewahrsam genommenen Person ergehen kann, wenn diese rauschbedingt nicht in der Lage ist, den Gegenstand der persönlichen Anhörung ausreichend zu erfassen und zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen beizutragen.

Art. 18 Abs. 1 S. 3 PAG-E regelt im Anschluss daran, dass in diesen Fällen die **richterliche Entscheidung** mit Erlass **wirksam** wird und es hierzu **keiner Bekanntgabe** an die in Gewahrsam genommene Person bedarf.
Diese Regelung begegnet unter dem Gesichtspunkt der Gesetzbebungskompetenz Bedenken. Der Bundesgesetzgeber hat zwar in § 422 Abs. 2 FamFG vorgesehen, dass ein Beschluss – abweichend von § 422 Abs. 1 FamFG – nicht erst mit Rechtskraft, sondern bereits aufgrund sofortiger Anordnung wirksam werden kann. Der Bundesgesetzgeber überantwortet diese Entscheidung aber dem Gericht und ordnet nicht von Gesetzes wegen die sofortige Wirksamkeit an. Ich gehe davon aus, dass die bundesrechtlichen Ausnahmeregelung des § 422 Abs. 2 FamFG abschließend und eng auszulegen ist. Sie lässt daher keine landesrechtliche Durchbrechung – zumal zu Lasten des Betroffenen – zu. Vor diesem Hintergrund sollte die Vorschrift des Art. 18 Abs. 1 S. 3 PAG-E gestrichen und durch einen Verweis auf die Ausnahmemöglichkeit des § 422 Abs. 2 FamFG in der Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 71) „ersetzt“ werden.

6. Art. 22 PAG-E (Durchsuchung von Sachen):

a) Art. 22 Abs. 1 Nr. 6 PAG-E:
Art. 22 Abs. 1 Nr. 6 PAG-E wird dahingehend erweitert, dass nicht mehr nur ein „Land-, Wasser- oder Luftfahrzeug …, in dem sich eine Person befindet, deren Identität nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 festgestellt werden darf“ sowie „in dem Fahrzeug enthaltene[n] Sachen“ durchsucht werden dürfen, sondern nunmehr jede „bewegliche Sache…, die sich an einer Kontrollstelle nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 PAG-E befindet“ durchsucht werden darf. Damit sind nun **sämtliche bewegliche Gegenstände** erfasst, die sich in der Nähe der eingerichteten Kontrollstelle befinden – ganz gleich, um welchen Gegenstand es sich hierbei handelt, ob dieser dort abgestellt oder vom Inhaber bei sich geführt wird und ob er einem Anwohner oder einem Passanten gehört. Diese Erweiterung ist unter den Gesichtspunkten der Normenbestimmtheit und Verhältnismäßigkeit sehr bedenklich und sollte auf ein sinnvolles Maß zurückgeführt, insbesondere sollte die Kontrolle von Gegenständen der Anwohner ausgenommen werden.

b) Art. 22 Abs. 2 S. 1 PAG-E:

Nach Art. 22 Abs. 2 S. 1 PAG-E können vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennte Speichermedien durchsucht werden, wenn die Durchsuchung ein „**elektronisches Speichermedium**“ betrifft. Art. 22 Abs. 2 S. 1 PAG-E geht demnach davon aus, dass eine Durchsuchung elektronischer Speichermedien unter den Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 1 PAG-E zulässig ist.

Diese Rechtsauffassung teile ich nicht. Art. 22 Abs. 1 PAG-E erlaubt lediglich die Durchsuchung von „**Sachen**“. Sachen in diesem Sinne sind nur „körperliche Gegenstände“ gemäß § 90 BGB (siehe *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, 4. Aufl., 2014, Art. 22 Rn. 4).

Elektronische Daten sind als solche keine Sachen*,* da ihnen die für den Sachbegriff kennzeichnende abgrenzbare Körperlichkeit fehlt (siehe *Stresemann*, in: MüKo BGB, 7. Aufl., 2015, § 90 Rn. 25; *Fritzsche*, in BeckOK BGB, 43. Ed., Stand 15.06.2017, § 90 Rn. 25, 27). Auch das Polizeiaufgabengesetz selbst geht von der mangelnden Sacheigenschaft von Daten aus (siehe Art. 25 Abs. 3 S. 4 PAG-E: „*Die Bestimmungen … gelten unter Berücksichtigung der unkörperlichen Natur von Daten sinngemäß.*“). Nur der Datenträger ist eine Sache i.S.v. § 90 BGB. Dies rechtfertigt aber keine Durchsuchung der darauf abgelegten Daten. Daher ist die Regelung des Art. 22 Abs. 2 PAG-E ersatzlos zu streichen.

Sollte dennoch an ihr festgehalten werden, ist eine Durchsuchung nur unter **strengen Voraussetzungen**, insbesondere nur zur „Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ zuzulassen. Zudem dürfen auf vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennte Speichermedien nur zugegriffen werden, „wenn andernfalls der Verlust der gesuchten Daten zu besorgen ist“ (eine gleichlautende Einschränkung enthält auch § 110 Abs. 3 S. 1 StPO, dem Art. 22 Abs. 2 PAG-E nachgebildet ist). Denn nur wenn ein Daten- und Beweismittelverlust zu befürchten ist, also das externe Speichermedium (z.B. Daten in der Cloud) nicht rechtzeitig gesichert werden kann, ist ein derart weitgehender Eingriff vertretbar.

Weiterhin sieht die Regelung des Art. 22 Abs. 2 PAG-E bislang keinerlei Vorkehrungen zum **Schutz von Daten** vor, über deren Inhalt nach §§ 53, 53a StPO das Zeugnis verweigert werden könnte oder die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen. Um diesbezüglich einen ausreichenden Schutz zu gewährleisten, ist

Art. 22 Abs. 2 um PAG-E um folgenden Satz zu ergänzen: „Art. 49 Abs. 5 gilt entsprechend." Andernfalls gäbe es auch einen Widerspruch zwischen der Sicherstellung von Daten, für die nach Art. 25 Abs. 3 S. 2 PAG-E besondere Schutzvorkehrungen vorgesehen sind und – dem tiefergehenden Eingriff – der Durchsuchung solcher Daten, bei der keinerlei Schutzmaßnahmen greifen.

Darüber hinaus ist die Befugnis zur Durchsuchung elektronischer Speichermedien und Clouds unter einen **Richtervorbehalt** zu stellen. Zwar handelt es sich bei der Durchsuchung um eine offene Maßnahme. Aufgrund deren Eingriffsintensität hat jedoch grundsätzlich ein Richter, in Eilfällen die in Art. 36 Abs. 4 S. 2 u. 3 PAG-E genannten Polizeibeamte der 4. Qualifikationsebene, darüber zu entscheiden. Bei der Durchsuchung elektronischer Datenbestände werden in aller Regel auch personenbezogene Daten betroffen sein. Insbesondere die systematische Durchsuchung und Auswertung von Festplatten und Clouds mit Analysetools stellt einen erheblichen Grundrechtseingriff dar, der einem Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme nahekommt. Mit der Durchsuchung von Sachen kann eine derart eingriffsintensive Maßnahme nicht gleichgesetzt werden. Auch § 110 Abs. 3 StPO, dem Art. 22 Abs. 2 PAG-E nachgebildet ist, setzt grundsätzlich eine vom Ermittlungsrichter angeordnete Durchsuchung (§ 105 Abs. 1 StPO) voraus.
Art. 22 Abs. 2 PAG-E ist daher um folgenden weiteren Satz zu ergänzen: „Eine Maßnahme nach Satz 1 darf nur durch den Richter angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug auch durch die in Art. 36 Abs. 4 Satz 2 und 3 genannten Personen."

Zudem sollten Maßnahmen nach Art. 22 Abs. 2 PAG-E aufgrund ihrer Eingriffsintensität **protokolliert** und die betroffenen Inhaber im Falle ihrer Abwesenheit hierüber **benachrichtigt** werden.

7. Art. 23 PAG-E (Betreten und Durchsuchen von Wohnungen):

a) Art. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PAG-E:
In Art. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PAG-E wird – ohne erkennbaren Anlass – der Begriff der gegenwärtigen Gefahr durch den der dringenden Gefahr ersetzt und damit die Ein-

griffsschwelle deutlich herabgesetzt. Denn das *BVerwG* definiert den Begriff der „**dringenden Gefahr**“ (i.S.d. Art. 13 Abs. 4, Abs. 7 GG) dahingehend, dass „*eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wichtiges Rechtsgut schädigen wird*“ (BVerwGE 47, 31, 40). Demgegenüber handelt es sich bei der „**gegenwärtigen Gefahr**“ um eine Gefahr, „*bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht*“ (siehe z.B. Legaldefinition des § 2 Abs. 1 b) Nds. SOG). Auch das *BVerfG* führt in seinem BKAG-Urteil aus, dass „ein noch engerer zeitlicher Zusammenhang … gefordert [wird], wenn es nach der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage auf eine ‚unmittelbar bevorstehende‘ oder ‚gegenwärtige Gefahr‘ ankommt“ (BVerfGE 141, 220, 271 f. Rn. 111 m.w.N. – BKAG). Um das Betretungsrecht nicht zu stark auszudehnen, ist daher die ursprüngliche Fassung des Art. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PAG-E („gegenwärtige Gefahr“) beizubehalten.

b) Art. 23 Abs. 3 Nr. 2 PAG-E:

Die Beibehaltung von Art. 23 Abs. 3 Nr. 2 PAG-E halte ich für sehr bedenklich, da nach dem Willen des Bundesgesetzgebers das **Prostitutionsgewerbe** bereits vor einigen Jahren legalisiert wurde (siehe das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) vom 20.12.2001 (BGBl. I S. 3983) sowie etwa jüngst das Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (ProstSchG) vom 21.10.2016 (BGBl. I S. 2372)). Die Ausübung der Prostitution als solche stellt daher grundsätzlich keine „dringende Gefahr“ dar und kann kein jederzeitiges Betretungsrecht begründen (so aber etwa *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, 4. Aufl., 2014, Art. 23 Rn. 42: „*Die Prostitution als solche ist nicht strafbar. Dennoch besteht das Betretungsrecht nach Abs. 3 Nr. 2 zur Gefahrenabwehr stets.*“). Allenfalls Begleitdelikte (z.B. Drogen- oder Diebstahlsdelikte) können eine dringende Gefahr begründen, erlauben dann aber die Wohnungsbetretung i.d.R. bereits nach Art. 23 Abs. 3 Nr. 1 a) PAG-E.
Die diskriminierende und pauschalierende Regelung des Art. 23 Abs. 3 Nr. 2 PAG-E sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

c) Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG-E:

Ähnlich verhält es sich mit Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG-E, der mit dem Bayerischen Integrationsgesetz (BayIntG) vom 13.12.2016 eingefügt wurde (GVBl. S. 335). Eine Beteiligung meiner Person fand im Rahmen des damaligen Gesetzgebungsverfahrens bedauerlicherweise nicht statt.

Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG-E sieht ebenfalls zur Abwehr einer dringenden Gefahr ein jederzeitiges **Betretungsrecht von Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften** von Asylbewerbern und unerlaubt Aufhältigen vor. Diese geringen Anforderungen halte ich für verfassungsrechtlich bedenklich.

Im Fall illegal aufhältiger Personen greift ohnehin Art. 23 Abs. 3 Nr. 1 b) PAG-E, für den Fall der Vorbereitung oder Verübung von Straftaten wiederum Art. 23 Abs. 3 Nr. 1 a) PAG-E. Beide Normen fordern als qualifizierte Voraussetzung jeweils das Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“. Aufgrund dessen sollte der verfassungsrechtlich bedenkliche Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG-E ersatzlos aufgehoben werden.

8. Art. 24 PAG-E (Verfahren bei der Durchsuchung von Wohnungen):

Art. 24 Abs. 2 S. 2 PAG-E regelt neuerdings, dass bei Wohnungsdurchsuchungen im Falle der Abwesenheit des Wohnungsinhabers nach Möglichkeit „ein erwachsener Angehöriger oder ein nicht beteiligter Zeuge“ als **Durchsuchungszeuge** zuzuziehen ist. In der Gesetzesbegründung zu Art. 24 Abs. 2 PAG-E (GesBegr. S. 75) wird hierzu ausgeführt, dass „*entsprechend der StPO-Regelung vor allem Gemeindebeamte oder -bedienstete*“ in Betracht kommen, „d*urch die offen gewählte Formulierung*“ jedoch sichergestellt werden soll, „*dass neben Gemeindemitarbeitern aber auch andere nicht persönlich beteiligte Zeugen herangezogen werden können*“. Ich begrüße ausdrücklich, dass nicht mehr ein „Hausgenosse oder Nachbar“, wie es Art. 24 Abs. 2 PAG bislang vorsah, hinzugezogen werden soll, sondern eine unbeteiligte Person. Ich kann auch das Bedürfnis für eine offene Formulierung und damit flexiblere Handhabung nachvollziehen. Allerdings wäre ich Ihnen sehr verbunden, wenn Sie die von mir empfohlene und im Vorgängerentwurf vom 07.11.2017 noch vorgesehene Formulierung „ein Gemeindebeamter, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgt“ wieder aufgreifen würden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass wieder nur der Hausgenosse oder Nachbar als Durchsuchungszeuge hinzugezogen wird. Denn bei diesen handelt es sich regelmäßig um unbeteiligte Zeugen, sofern nicht ein Nach-

barschaftsstreit Anlass der Durchsuchung ist. Wie die Praxis lehrt, ist es deutlich bequemer und einfacher, an der nächstgelegenen Wohnungstüre zu klingeln, als das Gemeindebüro aufzusuchen und dort einen Bediensteten für die Teilnahme an der Durchsuchung zu gewinnen. Die von Art. 24 Abs. 2 S. 2 PAG-E vorgeschriebene Anwesenheit von Durchsuchungszeugen dient dem Schutz des Betroffenen und soll einem möglichen Fehlverhalten der Durchsuchungsbeamten vorbeugen, diese aber auch vor unberechtigten Vorwürfen schützen. Ein Nachbar kennt den Betroffenen in der Regel persönlich und begegnet diesem unter Umständen täglich. Dies kann für den Betroffenen äußerst belastend sein, insbesondere wenn Neugierde und im Nachgang nachbarschaftliches Gerede hinzukommen. Schließlich ist der Nachbar nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet. Ähnlich verhält es sich mit zufällig auf der Straße ausgewählten Passanten, die der Durchsuchung beiwohnen sollen. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass auch ein Gemeindebediensteter den Durchsuchungsbetroffenen kennt. Dennoch steht ein Gemeindebeamter für Seriosität und Zuverlässigkeit und obliegt überdies der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht nach § 37 BeamtStG.
Ich schlage daher vorher, Art. 24 Abs. 2 S. 2 PAG-E – in Anlehnung an § 105 Abs. 2 StPO – wie folgt zu fassen: „Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter, ein erwachsener Angehöriger oder ein Gemeindebeamter, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgt, zuzuziehen."

9. Art. 25 PAG-E (Sicherstellung):
Ich freue mich, dass auf meine Anregung hin die neue Befugnis zur Datensicherstellung in Art. 25 Abs. 3 PAG-E um eine **Subsidiaritätsklausel** ergänzt wurde.

Die neue Befugnis ist jedoch zusätzlich unter einen **Richtervorbehalt** zu stellen. Zwar handelt es sich hierbei – ebenso wie bei der Durchsuchung nach Art. 22 Abs. 2 PAG-E – um eine offene Maßnahme. Aufgrund deren Eingriffsintensität hat jedoch grundsätzlich auch hierüber ein Richter, in Eilfällen die in Art. 36 Abs. 4 S. 2 u. 3 PAG-E genannten Polizeibeamte der 4. Qualifikationsebene, zu entscheiden. Denn der Entzug der Verfügungsgewalt des Inhabers über seine personenbezogenen Daten und Zugangsdaten stellt einen erheblichen Grundrechtseingriff dar, zumal mit der Sicherstellung der Daten regelmäßig auch eine Kenntnisnahme hiervon durch die

Polizei einhergeht. Die in Art. 25 Abs. 3 S. 4 i.V.m. Art. 26 Abs. 2 PAG-E vorgesehene Benachrichtigung des Betroffenen reicht als verfahrenssichernde Regelung nicht aus, da diese nur nachträgliche Rechtsschutzmaßnahmen, nicht jedoch eine präventive Kontrolle ermöglicht.
Art. 25 Abs. 3 PAG-E ist daher um folgenden weiteren Satz zu ergänzen: „Eine Maßnahme nach Satz 1 darf nur durch den Richter angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug auch durch die in Art. 36 Abs. 4 Satz 2 und 3 genannten Personen."

10. Art. 29 PAG-E (Befugnisse für Aufgaben der Grenzkontrolle und Sicherung von Anlagen):

a) Art. 29 Abs. 1 PAG-E:
In Art. 29 Abs. 1 PAG-E wird der Einleitungssatz neu gefasst („*Zur Wahrnehmung grenzpolizeilicher Aufgaben kann die Polizei…*") und im Zuge dessen das bisherige **Erforderlichkeitskriterium** („*Soweit es zur Erfüllung der grenzpolizeilichen Aufgaben nach Art. 4 Abs. 3 des Polizeiorganisationsgesetzes (POG) erforderlich ist, kann die Polizei…"*) gestrichen. Mag auf den ersten Blick kein großer Unterschied zu erkennen sein und die jetzige Formulierung sogar prägnanter klingen, liegt darin jedoch eine Ausweitung des Tatbestandes. Denn nach dem Erforderlichkeitsgrundsatz darf in das Persönlichkeitsrecht eines Betroffenen nur insoweit eingegriffen werden, als es für die rechtmäßige Zweckerreichung unerlässlich ist (siehe auch Art. 4 Abs. 1 lit. c RLDSJ). Nach der jetzigen Fassung ist die Ausübung der Befugnisse nach Art. 29 Abs. 1 PAG-E nicht mehr auf das unbedingt Erforderliche beschränkt, sondern im Bereich der polizeilichen Aufgabeneröffnung ausufernd möglich. Ich rate daher dringend dazu, die bisherige Formulierung beizubehalten.

b) Art. 29 Abs. 3 PAG-E:
Die neue Regelung des Art. 29 Abs. 3 PAG-E halte ich – auch nach deren Umformulierung auf meine Kritik hin – für verfassungsrechtlich problematisch, da sie für grenzpolizeiliche Aufgaben der Landespolizei „*diejenigen **Befugnisse***" **des Bundespolizeigesetzes und anderer Vorschriften des Bundesrechts** für anwendbar erklärt, *die „speziell einer mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörde eingeräumt werden*".

Es bleibt weiterhin unklar, welche Befugnisse genau hierunter zu verstehen sind. Die Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 79) führt hierzu aus, dass der Bayerischen Polizei „*neben den bestehenden landesrechtlichen Befugnissen insbesondere nach dem PAG auch diejenigen (weiteren) Befugnisse zukommen, die in bundesrechtlichen Normen speziell den mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörden zustehen (vgl. insoweit etwa auch Zurückweisungen und Zurückschiebungen an der Grenze nach § 71 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG)*“. Abschließend heißt es in der Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 80): „*Nicht erfasst von Abs. 3 werden dagegen insbesondere allgemein der Bundespolizei zustehende Befugnisse, die nicht die o.a. spezielle Zuweisung an eine mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragte Behörde aufweisen.*“ Diese Begründung beantwortet weiterhin nicht die Frage, welche Befugnisse aus dem Bundespolizeigesetz und den anderen Bundesgesetzen der Bayerischen Polizei im Detail zustehen sollen. Es erschließt sich mir nicht, welche der mit „Besondere Befugnisse“ überschriebenen Maßnahmen des zweiten Unterabschnitts des Bundespolizeigesetzes von solch allgemeiner Art sind, dass sie nicht erfasst sind. Vermutlich soll dies für Befugnisse wie die Identitätsfeststellung nach § 23 BPolG, erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 24 BPolG sowie die Platzverweisung nach § 38 BPolG gelten. Doch wie verhält es sich etwa mit der neu eingeführten automatischen Kennzeichenerfassung nach § 27b BPolG, die auf Bundesebene unter anderen, grenzspezifischen Voraussetzungen zulässig ist als auf Landesebene nach Art. 39 PAG-E. Das Gleiche gilt für den Einsatz von Bodycams nach § 27a BPolG, der – anders als Art. 33 Abs. 4 PAG-E – sogar die abzulehnende Pre-Recording-Funktion erlaubt. Dieses Regelungsgefüge birgt die Gefahr unnötiger „Doppelungen“ von Befugnissen und erschwert in der Praxis die Grenzziehung zwischen (vermeintlich) allgemeinen und speziellen Befugnissen. Jedenfalls wenn solche Doppelungen zu in sich widersprüchliche Befugnisse führen, verstoßen sie gegen den Grundsatz der Normenklarheit.

Sollte es lediglich um die Anwendbarkeit der Zurückweisungs- und Zurückschiebungsbefugnisse nach §§ 15, 57 AufenthG gehen, wie die Gesetzesbegründung anklingen lässt, sollten diese ausdrücklich benannt werden. Allerdings steht der Landespolizei auch für Zurückweisungen und Zurückschiebungen jeweils eine Zuständigkeit zu, was den Regelungsansatz und das Regelungsbedürfnis des Art. 29 Abs. 3

PAG-E noch fragwürdiger erscheinen lässt. Denn nach § 71 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG sind die „*mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörden … zuständig für die Zurückweisung und die Zurückschiebung an der Grenze*“. Grenzbehörde in diesem Sinne ist auch die Bayerische Landespolizei, soweit sie gemäß § 64 Abs. 1 BPolG zu grenzpolizeilichen Aufgaben ermächtigt wird (siehe auch *Hofmann*, Ausländerrecht, 2. Aufl., 2016, § 71 AufenthG Rn. 18).
Des Weiteren sieht § 71 Abs. 5 AufenthG vor, dass „*für die Zurückschiebung … und, soweit es zur Vorbereitung und Sicherung dieser Maßnahmen erforderlich ist, die Festnahme und Beantragung der Haft … auch die Polizeien der Länder“* originär zuständig sind (Nr. 71.1.1.2 AVwV AufenthG: „*Für die Zurückschiebung besteht eine gleichwertige Zuständigkeit zwischen den Ausländerbehörden, den Grenzbehörden und den Polizeien der Länder (§ 71 Absatz 1, Absatz 3 Nummer 1 und Absatz 5). Die Grenzbehörden sind für die Zurückschiebung an der Grenze zuständig. Die Polizeien der Länder sind neben den Ausländerbehörden für die Zurückschiebung originär zuständig.*“; siehe hierzu auch *Hofmann*, Ausländerrecht, 2. Aufl., 2016, § 71 AufenthG Rn. 43).
Des Weiteren steht Art. 29 Abs. 3 PAG-E in gewissem Widerspruch zu § 64 Abs. 2 BPolG, der bestimmt, dass wenn Polizeivollzugsbeamte eines Landes nach § 64 Abs. 1 BPolG tätig werden, ihre Befugnisse sich „*nach dem für die Polizei des Landes geltenden Recht*“ richten. Der Verweis des § 64 Abs. 2 BPolG auf das Landesrecht wird durch den „Rückverweis“ des Art. 39 Abs. 3 PAG-E konterkariert.
Vor diesem Hintergrund sollte die Regelung des Art. 29 Abs. 3 PAG-E nochmals grundlegend überdacht werden.

11. Art. 30 PAG-E (Allgemeine Grundsätze):

a) Art. 30 Abs. 2 PAG-E:

Ich begrüße ausdrücklich, dass in Art. 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PAG-E die von mir geforderte Zweckbindungsregelung, Belehrung sowie Schriftlichkeit der Zustimmung aufgenommen wurden.
Allerdings entspricht die Vorschrift des Art. 30 Abs. 2 PAG-E weiterhin nicht den Anforderungen der RLDSJ. Stattdessen wurde an einigen Stellen die Eingriffsschwelle sogar weiter herabgesenkt, insbesondere in Art. 30 Abs. 2 S. 1 PAG-E das be-

schränkende Merkmal („im Einzelfall“) gestrichen und in Art. 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG-E der Schutz bedeutender Rechtsgüter nur noch bei drohender Gefahr vorgesehen.
Die in Art. 30 Abs. 2 PAG-E aufgestellten Voraussetzungen tragen der „**unbedingten Erforderlichkeit**“ i.S.d. Art. 10 RLDSJ damit nicht ausreichend Rechnung. Vor allem Art. 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG-E („zur Abwehr von Gefahren oder drohenden Gefahren“) sieht weiterhin keine nennenswerte Wahrscheinlichkeitsschwelle vor („zur Abwehr“ heißt nicht „zur Abwehr unbedingt erforderlich“). Der Hinweis in der Gesetzesbegründung zu Art. 30 Abs. 2 PAG-E (GesBegr. S. 82) auf die „einzelfallabhängige Erforderlichkeit“ der Datenverarbeitung genügt insoweit nicht.
Aufgrund dessen schlage ich vor, Art. 30 Abs. 2 S. 1 PAG-E eingangs folgendermaßen einzugrenzen: „[1]Die Verarbeitung derartiger personenbezogener Daten ist im Einzelfall zulässig, wenn sie zur Aufgabenerfüllung unbedingt erforderlich ist…“.

Für die neu eingefügte Regelung des Art. 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 PAG-E („wenn dies zu Zwecken der Eigensicherung erforderlich ist“) besteht des Weiteren keine Notwendigkeit und sie sollte daher gestrichen werden. Denn die Fälle der Eigensicherung werden bereits von Art. 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG-E erfasst.

Des Weiteren sind in Art. 30 Abs. 2 S. 2 PAG-E geeignete „***Garantien** für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person*“ vorzusehen, wie sie Art. 10 RLDSJ für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zwingend vorschreibt. Die in Art. 30 Abs. 2 S. 2 PAG-E vorgesehene besondere Kennzeichnung der Daten und besondere Ausgestaltung des Zugriffs, nunmehr sogar als bloße Soll-Vorschrift formuliert, reichen als Garantien in diesem Sinne nicht aus. Auch Art. 8 Abs. 2 BayDSG-E (Stand: 12.12.2017), der lapidar von „*angemessene[n] und spezifische[n] Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Personen*“ spricht und damit lediglich den europäischen Normtext umschreibend wiederholt, lässt den Rechtsanwender im Ungefähren.
Vor diesem Hintergrund ist Art. 30 Abs. 2 S. 2 PAG-E zunächst von einer Soll- Vorschrift in eine Ist-Vorschrift („sind“) umzuwandeln. Darüber hinaus sollte Art. 30 Abs. 2 PAG-E – in Anlehnung an § 48 Abs. 2 BDSG n.F. – wenigstens um folgende Änderungen ergänzt werden:

„[3]Bei der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten sollen darüber hinaus insbesondere folgende Garantien vorgesehen werden:
1. spezifische Anforderungen an die Datensicherheit und die Datenschutzkontrolle,
2. die Festlegung von besonderen Aussonderungsprüffristen,
3. die Sensibilisierung der an Verarbeitungsvorgängen Beteiligten,
4. die Beschränkung des Zugangs zu den personenbezogenen Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle und von Auftragsverarbeitern sowie
5. die von anderen Daten getrennte Verarbeitung.“

b) Art. 30 Abs. 3 PAG-E:

Art. 30 Abs. 3 PAG-E regelt die **Unterscheidung** zwischen **Tatsachen und persönlichen Einschätzungen** i.S.v. Art. 7 Abs. 1 RLDSJ. Um dem Grundsatz der sachlichen Richtigkeit der Daten (siehe auch Art. 4 Abs. 1 lit. d RLDSJ) umfassend Rechnung zu tragen, sollte in diesem Zusammenhang eine weitere Bestimmung zur Herkunft der auf einer persönlichen Einschätzung beruhenden Daten und zum Aktenrückhalt aufgenommen werden, die eine Überprüfung der persönlichen Einschätzung ermöglichen. Daher sollte – in Anlehnung an § 73 S. 3 BDSG n.F. – folgender Satz angefügt werden: „Es muss außerdem feststellbar sein, welche Stelle die Unterlagen führt, die der auf einer persönlichen Einschätzung beruhenden Beurteilung zugrunde liegen.“

12. Art. 31 PAG-E (Grundsätze der Datenerhebung):

Der neue Ausnahmetatbestand des Art. 31 Abs. 4 S. 4 PAG-E („Dies kann in den Fällen des Satzes 1 auch auf Dauer unterbleiben, wenn es sich nur um einen kurzfristigen Eingriff handelt, an den sich keine Folgemaßnahmen anschließen.“) schränkt die **Benachrichtigungspflicht** noch weiter ein und entbehrt damit einer Rechtsgrundlage. Denn Art. 13 Abs. 3 RLDSJ regelt die Einschränkungsmöglichkeiten abschließend. Art. 31 Abs. 4 S. 4 PAG-E sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

13. Art. 32 PAG-E (Datenerhebung):

a) Art. 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b) PAG-E:

Art. 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b) PAG-E regelt nunmehr ausdrücklich die Datenerhebung zu Zwecken des **Personenschutzes**, insbesondere die Überprüfung von Dienstleistungspersonal im Zusammenhang mit Veranstaltungen. Bislang wurden entsprechende Akkreditierungsverfahren ausschließlich auf Grundlage einer Einwilligung der betroffenen Person (Dienstleister) durchgeführt. Die Schaffung einer gesetzlichen Rechtsgrundlage macht die Einholung einer Zustimmung jedoch nicht entbehrlich.

Die RLDSJ sieht zwar eine Einwilligung als (alleinige) Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung – aufgrund deren fraglichen Freiwilligkeit – grundsätzlich kritisch. Ausdrücklich erlaubt ist jedoch die Möglichkeit einer gesetzlichen Regelung der Zustimmungserteilung (ErwGr. 35 S. 6 RLDSJ: „*Dies sollte die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, durch Rechtsvorschriften vorzusehen, dass die betroffene Person der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die Zwecke dieser Richtlinie zustimmen kann.*“). Andernfalls könnten die betroffenen Dienstleister nicht mehr über die Datenerhebung zu ihrer Person entscheiden. Über Art. 66 PAG-E i.V.m. Art. 1, 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BayDSG-E finden zwar auch Art. 6 Abs. 1 lit. a, 7 DSGVO Anwendung, welche die „Einwilligung“ normieren. Allerdings setzt eine Einwilligung im vorgenannten Sinne „echte Freiwilligkeit“ voraus, was in Subordinationsverhältnissen jedenfalls in der Regel nicht angenommen werden kann.
Daher ist in Art. 32 Abs. 1 PAG-E eigens das Zustimmungserfordernis zu regeln: „Im Fall des Satzes 1 Nr. 1 Buchst. b bedarf die Datenerhebung der vorherigen schriftlichen Zustimmung der betroffenen Person; die betroffene Person ist vor Einholung der Zustimmung auf den Zweck der Verarbeitung, auf die Empfänger vorgesehener Übermittlungen sowie unter Darlegung der Rechtsfolgen darauf hinzuweisen, dass sie die Zustimmung verweigern sowie jederzeit widerrufen kann.“.

Gesetzlich geregelt werden muss des Weiteren die Ausgestaltung des Akkreditierungsverfahrens. Hierbei empfiehlt es sich, sich an der im Rahmen der Biathlon-WM 2012 in Ruhpolding vorgenommenen Verfahrensweise zu orientieren (siehe auch meinen 25. Tätigkeitsbericht 2012 unter 3.10). Insbesondere ist vorzusehen, dass keine Sachverhalte mitgeteilt werden (sog. hit-/no hit-Verfahren), der Betroffene vor

einer negativen Verbescheidung Gelegenheit zur Stellungnahme erhält und eine Clearingstelle eingerichtet wird. Gerade die aktuelle Berichterstattung bzgl. der Nichtzulassung von Journalisten beim G 20-Gipfel zeigt die Notwendigkeit solcher Regelungen.

Des Weiteren sind beim anschließenden Datenabgleich weitere Einschränkungen zu beachten (s.u. unter I.39.a).

b) Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG-E:
Auch wenn ich die DNA-Analyse aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters aufgrund des damit verbundenen erheblichen Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht weiterhin kritisch sehe, freut mich die Aufnahme der von mir geforderten Subsidiaritätsklausel und Zweckbindungsregelung in Art. 32 Abs. 1 S. 2, 3 PAG-E. Allerdings sollte das in Art. 32 Abs. 1 S. 3 PAG-E neu eingefügte Feststellungsverbot – in Anlehnung an § 81e Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StPO – noch um ein **Untersuchungsverbot** ergänzt werden: „hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig."

Die in Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG-E nunmehr neu vorgesehene Erweiterung der DNA-Analyse zur **Feststellung „des Geschlechts, der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeographischen Herkunft des Spurenverursachers"** lehne ich jedoch ab:

Dem in der Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 86) erwähnten Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg (BR-Drs. 117/17 v. 03.02.2017) zur Erweiterung des Umfangs der Untersuchungen von DNA-fähigem Material kann keine Vorbildfunktion zukommen, da er auf einem vom BMJV eigens am 21.03.2017 veranstalteten, interdisziplinär besetzten Symposium (siehe https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/03212017_Symposium_DNA_Analyse.html) äußerst kontrovers diskutiert wurde und aufgrund nicht abgeschlossener Beratungen letztlich dem Grundsatz der Diskontinuität zum „Opfer" fiel.

Auch die im vorgenannten Gesetzesantrag pauschal getroffene Feststellung, dass „verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Ausweitung der Untersuchungsmög-

lichkeiten … im Ergebnis nicht“ bestünden (BR-Drs. 117/17, S. 2), teile ich nicht. Ich halte die Regelung vielmehr verfassungsrechtlich für hochproblematisch.

Während die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters und des Geschlechts lediglich die Untersuchung nicht-codierender Sequenzen der DNA erfordert, bedarf es für die Bestimmung der äußeren Merkmale wie Haarfarbe und Alter der Untersuchung codierender Bereiche des Genoms, welche Erbinformationen enthalten, sowie bestimmter Anteile des nicht-codierenden Bereichs.

Das ***BVerfG*** hat zur Zulässigkeit einer DNA-Analyse mit Beschluss vom 14.12.2000 (Az. 2 BvR 1741/99 u.a., BVerfGE 103, 21, 31 f. Rn. 50 – genetischer Fingerabdruck) bereits festgestellt: „*Der **absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit**, in den auch aufgrund eines Gesetzes nicht eingegriffen werden dürfte, ist nicht betroffen. Dies gilt jedenfalls, solange sich die Eingriffsermächtigung nur auf den nicht-codierenden, zu etwa 30 % aus Wiederholungseinheiten bestehenden Anteil der DNA bezieht, 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.“* Diese Entscheidung betraf die DNA-Analyse nach § 81g StPO, die das *BVerfG* nur unter den Voraussetzungen einer vorangegangenen Straftat von erheblicher Bedeutung, einer Prognose weiterer schwerer Straftaten sowie einer richterlichen Anordnung, die den Einzelfall würdigt und eine tragfähige Entscheidungsbegründung enthält, für verfassungsgemäß erklärte.

Vorliegend sollen jedoch gerade codierende Sequenzen analysiert und eine über die bloße Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters hinausgehende Untersuchung vorgenommen werden. Selbst wenn Untersuchungen des Genoms auf evtl. Erbkrankheiten ausgeschlossen sein sollten, betrifft die erweiterte DNA-Analyse den codierenden Bereich mit – den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit berührenden – Erbinformationen.

Die DNA-Analyse halte ich darüber hinaus auch für grundsätzlich **ungeeignet** zur rechtssicheren Feststellung äußerlicher Merkmale und zielgenauen Eingrenzung des Spurenverursacherkreises. Denn die Untersuchungsergebnisse ermöglichen nur

Wahrscheinlichkeitsvorhersagen, keine gesicherten Erkenntnisse. Laut dem Gesetzesantrag von Baden-Württemberg lassen sich die äußerlich sichtbaren Körpermerkmale nur mit folgenden Vorhersagegenauigkeiten bestimmen: Augenfarbe 90-95 %, Haarfarbe 75-90 % und Hautfarbe 98 % (BR-Drs. 117/17 v. 03.02.2017, S. 5). Dies weist auf eine potenziell hohe Fehlerquote hin. Doch selbst bei einer annehmbaren Prognosewahrscheinlichkeit wäre die Aussagekraft der Untersuchungsergebnisse sehr beschränkt. Denn das äußere Aussehen eines Menschen kann jederzeit verändert werden. Die Haare können gefärbt oder rasiert, die Augenfarbe durch colorierte Kontaktlinsen gewechselt und die Hautfarbe getönt werden. Auch das biologische Alter kann aufgrund der Lebensumstände erheblich vom prognostizierten Alter abweichen.

Stützen sich Öffentlichkeitsfahndungen auf entsprechende Merkmalsbestimmungen, droht zudem die Gefahr der **Diskriminierung** bestimmter Bevölkerungskreise. Das gilt in besonderem Maße für die äußeren Merkmale der Hautfarbe und biogeographischen Herkunft. Art. 3 Abs. 3 GG verbietet ausnahmslos, dass ein Mensch wegen seiner Rasse oder seiner Herkunft benachteiligt wird.

Vor diesem Hintergrund sind Fahndungsaufrufe nach unbekannten Personen, von denen äußere Merkmale nur vage benannt und folglich mit erheblichen Fehlerquoten behaftet sind, weder mit der Menschenwürdegarantie noch mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht und Diskriminierungsverbot vereinbar.

Darüber hinaus fehlen in Art. 32 Abs. 1 S. 2, 3 PAG-E Regelungen zur **Speicherungsdauer** der DNA-Identifizierungsmuster und zu welchen Zwecken die erhobenen DNA-Daten **verwendet** werden dürfen. Bei DNA-Identifizierungsmustern handelt es sich um genetische Daten i.S.d. Art. 3 Nr. 12 RLDSJ, die – als besondere Kategorie personenbezogener Daten – besonders strengen Anforderungen an die Verarbeitung unterliegen. Für solche Daten sind insbesondere geeignete Garantien i.S.d. Art. 10 RLDSJ vorzusehen.

14. Art. 33 PAG-E (Offene Bild- und Tonaufnahmen):

a) Art. 33 Abs. 1 PAG-E:

Mit Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E wird – in Anlehnung an Art. 9 Abs. 2 BayVersG – eine neue Befugnis zur Fertigung von Bildaufnahmen und Übersichtaufzeichnungen bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen geschaffen. Allerdings sind die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E gegenüber der Vorbildvorschrift deutlich abgesenkt. So wird nicht nur auf das einschränkende Tatbestandsmerkmal „*zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes*“ des Art. 9 Abs. 2 BayVersG verzichtet, sondern Bildaufnahmen (Monitoring) wie auch Übersichtsaufzeichnungen gleichermaßen werden unter den geringeren Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E zugelassen. Nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 BayVersG dürfen Übersichtsaufnahmen hingegen nur aufgezeichnet werden, „*soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass von Versammlungen, von Teilen hiervon oder ihrem Umfeld erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen*“. Begründet wird die Lockerung der Tatbestandsvoraussetzungen mit „*der noch größeren Bandbreite und, gerade was Ansammlungen betrifft, der deutlich geringeren Vorhersehbarkeit des Verhaltens einzelner Teilnehmer*“ und „*der im Gegensatz zu Versammlungen geringeren Grundrechtsrelevanz*“ (GesBegr. S. 87). Dem Gesetzgeber ist zwar in der Tat zuzugestehen, dass bei Maßnahmen nach Art. 33 Abs. 1 PAG-E nicht in die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG, sondern nur in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und ggf. in die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG eingegriffen wird. Allerdings gehen eine derartige Ausweitung des Tatbestands und damit verbundene Absenkung des Schutzniveaus zu weit. Da mit Nahaufnahmen einzelner Teilnehmer erheblich in deren Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird, sollte zumindest in Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E die Anfertigung von „Bildaufnahmen“ gestrichen werden.

Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 PAG-E ist daher folgendermaßen umzuformulieren:

„2. Übersichtsaufnahmen oder -aufzeichnungen anfertigen, wenn dies wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Örtlichkeit erforderlich ist; die gezielte Feststellung der Identität einer auf der Übersichtsaufnahmen oder -aufzeichnung abgebildeten Person ist nur unter den Voraussetzungen der Nr. 1 zulässig.“

b) Art. 33 Abs. 4 PAG-E:

Mit Art. 33 Abs. 4 PAG-E wird nunmehr eine ausdrückliche Regelung für den **Einsatz sog. Bodycams** geschaffen. Die damit einhergehende Ausweitung der Videoüberwachung durch die Polizei begegnet datenschutzrechtlichen Bedenken. Der Einsatz von Bodycams im öffentlichen Raum und im privaten Bereich stellt einen erheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) dar. Ferner wird als besondere Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in das Recht am eigenen Bild (§ 22 Satz 1 KUG, Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) und das Recht am gesprochenen Wort (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) eingegriffen. Betroffene sind dabei nicht nur die unmittelbaren Zielpersonen der polizeilichen Bild- und Tonaufzeichnung, sondern auch die Polizeibeamten selbst sowie unbeteiligte Dritte, welche zufällig von der Aufzeichnung miterfasst werden. Besonders kritisch sehe ich den Bodycam-Einsatz in Krankenhäusern (etwa bei der Übergabe randalierender Personen), bei dem besonders sensible Daten unbeteiligter Patienten miterfasst werden.

Bereits die **Eignung** des Einsatzes polizeilicher Bodycams für den Schutz von Polizeibeamten oder Dritter ist nur sehr eingeschränkt zu bejahen. Ein disziplinierender Effekt einer offenen Videoüberwachung ist nach allgemeiner Lebenserfahrung zwar nicht von der Hand zu weisen. Dennoch sind bei Personen, die stark alkoholisiert sind oder unter Drogeneinfluss stehen, die verhaltenslenkenden Wirkungen des Einsatzes einer Bodycam erheblich eingeschränkt. Die Bayerische Polizei führt zwar derzeit in München, Augsburg und Rosenheim ein Pilotprojekt hierzu durch, das ergebnisoffen evaluiert werden solle. Noch vor dessen Abschluss und Vorlage valider Erkenntnisse bereits jetzt eine Rechtsgrundlage zu schaffen, halte ich für nicht zielführend. Hinweisen möchte ich auch darauf, dass die Ergebnisse des in Hessen erfolgten Pilotbetriebs offenkundig nicht objektivierbaren wissenschaftlichen Anforderungen genügen, da bereits die erhobene Zahl von insgesamt 40 Widerstandshandlungen viel zu niedrig ist, um einen Effekt statistisch belegen zu können. Die im hessischen Pilotprojekt berechnete Senkung der Fälle um 37,5 % klingt zwar zunächst eindrucksvoll, bedeutet aber bei näherer Betrachtung lediglich einen Rückgang um 15 Fälle (siehe Sachstandsbericht „Auswertung der Pilotprojekte zum Einsatz von Body-Cams“ anlässlich der 59. Sitzung des UA FEK des AK II, TOP 2.4, S. 6, abrufbar unter: www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-beschluesse/2015-12-

03_04/anlage6.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2+&cd=5&hl=de&ct=clnk&gl=de).

Die **Ausgestaltung von Art. 33 Abs. 4 PAG-E** begegnet erheblichen Bedenken:

Zwar wurde von der Einführung der hochproblematischen Pre-Recording-Funktion Abstand genommen und der Bodycam-Einsatz in Art. 33 Abs. 4 S. 1 PAG-E auf „öffentlich zugängliche Orte“ beschränkt. Allerdings sieht Art. 33 Abs. 4 S. 2 PAG-E als absolutes Novum den Einsatz von **Bodycams in Wohnungen** „*zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person*“ vor. Diese Norm halte ich aus verfassungsrechtlicher Sicht derzeit für unvertretbar, da es ihr in jedem Fall am zwingend erforderlichen Richtervorbehalt mangelt. Denn anders als das Betretungsrecht nach Art. 23 Abs. 3 PAG-E, das nur an Art. 13 Abs. 7 GG zu messen ist, unterfällt die Regelung des Art. 33 Abs. 4 S. 2 PAG-E dem Maßstab des **Art. 13 Abs. 4 GG**. Zwar hatte der Gesetzgeber bei dessen Schaffung in erster Linie heimliche Überwachungsmaßnahmen im Blick, eine dahingehende Beschränkung hat er jedoch gerade nicht vorgenommen. Art. 13 Abs. 4 GG regelt den Einsatz technischer (akustischer wie auch optischer) Mittel zur Gefahrenabwehr, worunter insbesondere Videokameras, Infrarotkameras, Richtmikrofone und Aufzeichnungsgeräte fallen (siehe *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., 2016, Art. 12 Rn. 21). Der Einsatz von Bodycams zählt, auch wenn diese offen getragen werden, zu den technischen Überwachungsmitteln i.S.d. Art. 13 Abs. 4 GG. Daran kann auch der einschränkende Zusatz („*sofern damit nicht die Überwachung der Wohnung verbunden wird*“) in Art. 33 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 PAG-E nichts ändern. Denn jeder Bodycam-Einsatz hat eine Überwachung der betreffenden Wohnung zur Folge, auch wenn dies nicht die vorrangige Intention der Bodycam-Verwendung ist. Ebenso verhält es sich mit der Wohnraumüberwachung nach Art. 41 PAG-E, die unstreitig am Maßstab des Art. 13 Abs. 4 GG zu messen ist und bei der ebenfalls in der Regel nicht primär die Wohnung als solche überwacht, sondern die dort geführten Gespräche aufgezeichnet werden sollen.
Soweit ersichtlich orientiert sich die in der Gesetzesbegründung genannte Regelung des § 15c Abs. 2 PolG NRW, die ebenfalls den Einsatz von Bodycams in Wohnungen erlaubt, an den Vorgaben des **Art. 13 Abs. 5 GG**. Auf diese Norm kann der Bodycam-Einsatz in Wohnungen jedoch nicht gestützt werden. Denn Art. 13 Abs. 5 GG

setzt voraus, dass „technische Mittel ausschließlich zum Schutze der bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen vorgesehen“ sind (siehe hierzu auch *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 80. EL, Juni 2017, Art. 13 Rn. 107: „*Wie der Verfassungstext mit aller wünschenswerten Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, muss dieser Zweck der einzige mit der Maßnahme verfolgte sein.*“). Art. 33 Abs. 4 S. 1 PAG-E zufolge können Bodycams jedoch „zum Schutz von Polizeibeamten oder eines Dritten“ eingesetzt werden, dienen also nicht ausschließlich der Eigensicherung.

Der Bodycam-Einsatz in Wohnungen kann – entgegen der Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 88) – auch nicht auf **Art. 13 Abs. 7 GG** gestützt werden. Denn dieser Tatbestand kommt nur „im Übrigen“, mithin subsidiär zur Anwendung (siehe hierzu auch *Fink*, in: BeckOK GG, 34. Ed., Stand 01.03.2015, Art. 13 Rn. 27: „*Die Schrankenregelungen des Art. 13 Abs. 7 kommen nur dann zum Tragen, wenn die besonderen Regelungen der Art. 13 Abs. 2–5 nicht eingreifen. Es handelt sich also um einen subsidiären Auffangtatbestand*.“). Da jedoch bereits Art. 13 Abs. 4 GG einschlägig ist, scheidet Art. 13 Abs. 7 GG aus.

Dass Bodycams in der Regel bei Gefahr im Verzug zur Anwendung gelangen (siehe hierzu GesBegr. S. 89), steht dem nicht entgegen. Denn **Art. 13 Abs. 4 S. 2 GG** sieht ausdrücklich die Möglichkeit einer **Eilfallregelung** verbunden mit der Pflicht zur unverzüglichen richterlichen Bestätigung vor.

Auch die in der Gesetzesbegründung angesprochene Verwendung der Aufnahmen „zu Strafverfahrenszwecken“, die „ohnehin umfassender richterlicher Kontrolle unterliegen“ (GesBegr. S. 89), rechtfertigt kein Absehen vom Richtervorbehalt. Denn ein Strafrichter überprüft nicht die Zulässigkeit der Maßnahme als solche, sondern entscheidet ausschließlich über die Verwertbarkeit der gewonnenen Bildaufzeichnungen als Beweismittel nach strafprozessualen Regeln, was sich in der Regel nach ganz anderen Maßstäben richtet.

Art. 33 Abs. 4 S. 2 PAG-E ist daher zwingend um einen Richtervorbehalt mit Eilfallregelung (Art. 13 Abs. 4 S. 2 GG) zu ergänzen: „[3]Eine Maßnahme nach Abs. 4 Satz 2 darf nur durch den Richter angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug auch durch die in Art. 36 Abs. 4 Satz 2 genannten Personen.“

Zudem rege ich an, Art. 33 Abs. 4 S. 2 PAG-E („*zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person*“) – aus Gründen der einheitlichen Terminologie – folgendermaßen abzuändern: „*zur Abwehr einer dringenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 genanntes bedeutendes Rechtsgut*“.

./.

Weiterhin ist Art. 52 Abs. 1 PAG-E um die Maßnahme des Bodycam-Einsatzes in Wohnungen zu ergänzen (s.u. unter I.31.).

c) Art. 33 Abs. 5 PAG-E:

Art. 33 Abs. 5 PAG-E sieht erstmals den **Einsatz sog. intelligenter Videoüberwachung** vor. Grundsätzlich begrüße ich das Bewusstsein, dass für die über die bloße Videobeobachtung und -aufzeichnung hinausgehende eingriffsintensive Analyse- und Auswertungsmaßnahme eine Rechtsgrundlage erforderlich ist. Meine grundsätzlichen Bedenken gegenüber dem Einsatz intelligenter Videoüberwachung können hierdurch jedoch nicht ausgeräumt werden.

Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestehen bereits Zweifel an der **Geeignetheit der Maßnahme**. Von Oktober 2006 bis Januar 2007 wurde der Mainzer Hauptbahnhof als Testgelände für eine Videoüberwachungsanlage des BKA genutzt, die auch Gesichter der Beobachteten erkennen sollte. Ziel war die Feststellung, ob die Anlage 200 freiwillige Personen aus den täglich ca. 23.000 Passanten herausfiltern könne und kam zu teilweise ernüchternden Ergebnissen: Nur bei Tageslicht wurden Erkennungsleistungen von 60 % erreicht, bei abnehmender Lichtintensität sank die Trefferquote auf 10 – 20 % ab. Der Versuch scheiterte somit allein schon an den Lichtverhältnissen (vgl. *Held*, Intelligente Videoüberwachung, 2014, S. 25 mit Verweis auf den Abschlussbericht des BKA, Foto-Fahndung, 2007). Zudem ist auch zu bedenken, dass sich die Absichten von Menschen nicht notwendigerweise an ihren Gesten, Mimik oder ihren Handlungen ablesen lassen. Vor diesem Hintergrund halte ich bereits die Geeignetheit intelligenter Videoüberwachung – ohne wissenschaftlich fundierte Untersuchungsergebnisse hierzu – für zweifelhaft, selbst wenn die technische Entwicklung heute bessere Erkenntnisleistungen ermöglichen mag.

Weiterhin stellt die automatisierte Auswertung von Bilddaten gegenüber deren Erhebung einen zusätzlichen und ganz **erheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung** der Betroffenen dar. Es findet eine fortlaufende Analyse personenbezogener Daten statt. Jeder, der sich in einem überwachten Bereich befindet, muss damit rechnen, umfassend in seinen Bewegungsabläufen erfasst zu

werden. Damit können Bewegungs- und Persönlichkeitsprofile erstellt werden, deren Informationswert weit über die bloße Videoaufzeichnung hinausgeht. Neben der Problematik der automatischen Gesichtserkennung stellen sich bei der Entwicklung von Algorithmen, die auf abweichendes und kriminelles Verhalten schließen sollen, weitere, nicht weniger gewichtige Fragen. Die Situationseinschätzung ist nicht mehr Sache des konkret die Situation beobachtenden Polizeibeamten, sondern das Ergebnis eines automatisierten Abgleichs zwischen den Merkmalsprofilen der beobachteten Person und den in das System eingegebenen Regeln. „Vorannahmen" und „subjektive Bewertungen" könnten automatisiert werden. Gesellschaftliche Gruppen werden so – etwa aufgrund ihres Erscheinungsbildes – möglicherweise „vorsortiert", stigmatisiert und letztlich diskriminiert.

Neben verfassungsrechtlichen Maßstäben sind zudem europarechtliche Vorgaben zu beachten:

Zwar stellt allein die Erfassung von Gesichtern durch Videokameras keine Verarbeitung **biometrischer Daten** dar. Anders ist dies jedoch zu beurteilen, wenn besondere technische Auswertungsmöglichkeit zum Einsatz kommen (vgl. ErwGr. 51 S. 3 DSGVO: „*Die Verarbeitung von Lichtbildern sollte nicht grundsätzlich als Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten angesehen werden, da Lichtbilder nur dann von der Definition des Begriffs „biometrische Daten" erfasst werden, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen.*"). Daher unterliegt die Verarbeitung biometrischer Daten i.S.d. Art. 3 Nr. 13 RLDSJ – als **besondere Kategorie personenbezogener Daten** – besonders strengen Anforderungen; insbesondere geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen sind hierfür vorzusehen (siehe Art. 10 RLDSJ).

Die automatisierte Auswertung von Bilddaten stellt zudem eine **automatisierte Entscheidungsfindung im Einzelfall** dar, die nach **Art. 11 Abs. 3 RLDSJ** bzw. Art. 35 Abs. 2 BayDSG-E (Stand: 12.12.2017) grundsätzlich verboten ist, wenn das ausschließlich hierauf beruhende Profiling zur Folge hat, dass Personen auf Grundlage von besonderen Datenkategorien nach Art. 10 RLDSJ (z.B. biometrische Daten) diskriminiert werden. Eine auf einer automatischen Verarbeitung besonderer Kategorien

personenbezogener Daten (Art. 10 RLDSJ) beruhende Entscheidung ist nach Art. 11 Abs. 2 RLDSJ nur dann erlaubt, wenn „*geeignete Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person getroffen wurden*“. In jedem Fall sollte eine solche Verarbeitung mit „geeigneten Garantien“ (ErwGr. 38 S. 2 RLDSJ) verbunden sein (mindestens zwingende Datenschutz-Folgenabschätzung, wie bereits in Art. 64 Abs. 2 S. 2 PAG-E vorgesehen). Zusätzlich sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 33 Abs. 5 PAG-E auf die Vorgaben des Art. 11 RLDSJ bzw. Art. 35 BayDSG-E, insbesondere das Diskriminierungsverbot nach Art. 11 Abs. 3 RLDSJ bzw. Art. 35 Abs. 2 BayDSG-E mit der Folge der Unzulässigkeit der Datenverarbeitung hingewiesen werden.

Dies bedeutet, dass an eine mögliche **Rechtsgrundlage** besonders **strenge Anforderungen** zu stellen sind. Um eine angemessene Eingriffsschwelle zu gewährleisten, ist in jedem Fall der Einsatz auf die Abwehr von Gefahren für bedeutende Rechtsgüter (Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E) zu beschränken (siehe hierzu auch *Hornung/Schindler*, Das biometrische Auge der Polizei, ZD 2017, 203, 208).
Damit korrespondierend ist der abzugleichende Fahndungsbestand in Art. 61 Abs. 2 PAG-E auf Personen zu begrenzen, die schwerer Straftaten verdächtig oder überführt sind oder von denen eine Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut ausgeht (s.u. unter I.39.b).

Art. 33 Abs. 5 S. 1 PAG-E ist daher mindestens folgendermaßen einzugrenzen:
„…soweit dies aufgrund entsprechender Erkenntnisse zur Abwehr von Gefahren oder drohenden Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist.“
Auch Art. 33 Abs. 5 S. 2 PAG-E ist demgegenüber – aufgrund des noch tiefergehenden Grundrechtseingriffs – noch enger zu fassen: „…nur zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 oder 4 genanntes bedeutendes Rechtsgut zulässig.“

Weiterhin ist eine „gestufte Überwachung“ in Betracht zu ziehen, die sich zunächst auf eine Beobachtung ohne Aufzeichnung beschränkt und nur bei Auffälligkeiten beweissichernd aufzeichnet sowie Maßnahmen zur Identifizierung und ggf. Tracking durchführt.

Darüber hinaus ist die weitere Verwendung der erlangten Informationen einzuschränken. Eine Verwendung zu Zwecken, die nicht der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung dienen, ist auszuschließen. Daher ist Art. 33 Abs. 5 S. 3 PAG-E um folgenden zweiten Halbsatz zu ergänzen: „eine darüber hinausgehende Verwendung der Daten ist unzulässig."

Da die Polizei mit der Einführung der intelligenten Videoüberwachung „technisches Neuland" betritt, ist die Regelung zudem drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten einer umfassenden Evaluation zu unterziehen. Hierzu ist Art. 95 PAG-E entsprechend zu ergänzen (s.u. unter I.46.b).

15. Art. 35 PAG-E (Postsicherstellung):

a) Art. 35 Abs. 1 PAG-E:

Nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E dürfen Postsendungen auch bei einer Kontaktperson (sog. **Nachrichtenmittler**) sichergestellt werden, „*bei der bestimmte Tatsachen die begründete Annahme rechtfertigen, dass sie für eine Person nach Nr. 1 bestimmte oder von dieser herrührende Postsendungen entgegennimmt oder weitergibt und sie daher mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage steht*…".

Ich begrüße, dass die Differenzierung zwischen der Entgegennahme und der Weitergabe von Mitteilungen hinsichtlich des Berufsgeheimnisschutzes von Nachrichtenmittlern in Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E meiner Empfehlung entsprechend aufgegeben wurde.

Das *BVerfG* erlaubt Überwachungsmaßnahmen gegen Nachrichtenmittler jedoch nur unter strengen Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen und verlangt „*eine spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr oder Straftat*". Hierfür reiche es nicht schon, dass sie mit einer Zielperson überhaupt in irgendeinem Austausch stehen. Vielmehr bedürfe es „*zusätzlicher Anhaltspunkte*", dass der Kontakt einen Bezug zum Ermittlungsziel aufweist und so eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Überwachungsmaßnahme der Aufklärung der Gefahr dienlich sein wird (BVerfGE 141, 220, 274 Rn. 116 – BKAG).

Diesen Vorgaben wird die in Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E gewählte Formulierung („mutmaßlich") nicht gerecht, da bloße Vermutungen gerade nicht genügen. Statt-

dessen ist die Annahme der Gefahrennähe zumindest auf „tatsächliche Anhaltspunkte“ zu stützen. Des Weiteren ist der Schluss („daher“) von der Briefannahme/-weitergabe auf die Gefahrennähe der Kontaktperson unzulässig. Art. 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E ist daher noch enger zu fassen. Dies kann durch Streichung der Worte „daher mutmaßlich“ erreicht werden. Ebenso sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 35 Abs. 1 S. 1 PAG-E das Wort „mutmaßlich“ gestrichen werden (GesBegr. S. 93: „*Nachrichtenmittler, wenn sie auf Grund der näher definierten Voraussetzungen entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG im BKAG-Urteil, Rn. 166 ff., mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehen*“), da dieses im BKAG-Urteil – anders als suggeriert – keinerlei Entsprechung findet und irreführend ist.

b) Art. 35 Abs. 4 PAG-E:

Art. 35 Abs. 4 S. 2 PAG-E sieht vor, dass die Öffnungsbefugnis – anders als in § 50 Abs. 5 S. 2 BKAG n.F. – nicht auf den Leiter des jeweiligen Polizeipräsidiums oder des Landeskriminalamts oder auf ihre Vertretung, sondern auf die „Polizei“ übertragen werden kann, worunter jede Polizeidienststelle fällt. Dies stellt eine Herabsenkung der Eingriffsschwelle gegenüber der Bundesregelung dar. Die Ausgestaltung der Übertragungsregelung halte ich im Grundsatz für noch vertretbar. Nicht akzeptabel ist jedoch der Verzicht auf die Einbeziehung des **behördlichen Datenschutzbeauftragten** in die Entscheidungsfindung über die Verwertbarkeit erlangter Erkenntnisse (siehe hierzu § 30 Abs. 5 S. 3 BKAG n.F.). Zumindest in Zweifelsfällen ist dieser zu beteiligen. Daher sollte in Art. 35 Abs. 4 PAG-E noch folgender Zusatz – als neuer Satz 3 – eingefügt werden: „[3]In Zweifelsfällen über die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse hat die Entscheidung hierüber im Benehmen mit der oder dem behördlichen Datenschutzbeauftragten zu erfolgen.“ Alternativ kommt auch die Befassung des anordnenden Gerichts oder die nach Art. 12 POG neu einzurichtende Zentrale Datenprüfstelle in Betracht.

16. Art. 36 PAG-E (Besondere Mittel der Datenerhebung):

Es freut mich, dass auf meine Forderung hin Art. 36 Abs. 2 PAG-E nunmehr mit einer Subsidiaritätsklausel versehen, die längerfristige Observation sowie das Abhören oder Aufzeichnen des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Art. 36 Abs. 4 PAG-E insgesamt unter Richtervorbehalt gestellt wurden und

polizeiliche Anordnungen auf eine Dauer von maximal drei Monaten begrenzt (Art. 36 Abs. 5 S. 3 PAG-E) wurden. Allerdings bedarf Art. 36 PAG-E an einigen Stellen weiterhin der Nachbesserung.

a) Art. 36 Abs. 2 PAG-E:

Nach Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E dürfen sich die besonderen Mittel der Datenerhebung auch gegen „*mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehende* ***Kontakt- und Begleitpersonen***“ richten.

Wie bereits oben ausgeführt (s.o. unter I.15.a), sind Anhaltspunkte für eine „*spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr*“ erforderlich. Diesen Vorgaben wird die in Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E gewählte Formulierung („mutmaßlich“) nicht gerecht, da bloße Vermutungen gerade nicht genügen. Stattdessen ist die Annahme der Gefahrennähe zumindest auf „tatsächliche Anhaltspunkte“, also bestimmte Indizien zu stützen. Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E ist daher enger zu fassen und könnte beispielsweise lauten: „Kontakt- und Begleitpersonen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit der Gefahrenlage in Zusammenhang stehen oder“. Ebenso sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 PAG-E das Wort „mutmaßlich“ gestrichen werden (GesBegr. S. 95: „*entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG im BKAG-Urteil, Rn. 116 und 166 ff., mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehende Kontakt- und Begleitpersonen (Nr. 2)*“), da dieses im BKAG-Urteil – anders als suggeriert – keinerlei Entsprechung findet und irreführend ist.

b) Art. 36 Abs. 4 PAG-E:

Über die bisherige Erweiterung des Richtervorbehalts hinaus ist auch der Einsatz technischer Mittel nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) PAG-E, sofern diese durchgehend länger als 12 Stunden oder an mehr als einem Tag durchgeführt werden sollen, unter Richtervorbehalt zu stellen (siehe auch § 64 Abs. 3 Nr. 2 BKAG n.F.).

Denn nach dem *BVerfG* ist eine richterliche Kontrolle zwingend erforderlich, „*wenn Observationen i.S.d. § 20g Abs. 2 Nr. 1 BKAG längerfristig – zumal unter Anfertigung von Bildaufzeichnungen oder unter Nutzung besonderer technischer Mittel wie Peilsender – durchgeführt werden, wenn nichtöffentliche Gespräche erfasst oder Vertrauenspersonen eingesetzt werden*“. Diese Maßnahmen dringen unter Umständen

so tief in die Privatsphäre ein, dass deren Anordnung einer unabhängigen Instanz vorbehalten bleiben müsse (BVerfGE 141, 220, 294 Rn. 174 – BKAG).

Art. 36 Abs. 4 S. 1 PAG-E ist daher folgendermaßen neu zu fassen:
„Maßnahmen unter Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach
1. Abs. 1 Nr. 1 und 2 Buchst. c sowie
2. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und Buchst. b, die durchgehend länger als 12 Stunden oder an mehr als einem Tag durchgeführt werden sollen,
dürfen nur durch den Richter angeordnet werden."

c) Art. 36 Abs. 5 PAG-E:
Eine **polizeiliche Anordnung** kommt dann nur noch in den Fällen des Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) PAG-E in Betracht, wenn die technischen Mittel nicht durchgehend länger als 12 Stunden oder an mehr als einem Tag eingesetzt werden sollen.
Art. 36 Abs. 5 S. 1 PAG-E ist daher folgendermaßen zu formulieren:
„[1]Maßnahmen unter Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach
1. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a, soweit sie nicht auf die Fertigung von Bildaufnahmen beschränkt sind, sowie
2. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b,
soweit sie nicht in Abs. 4 geregelt sind, dürfen nur durch die in Abs. 4 Satz 2 und 3 genannten Personen angeordnet werden."

Um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausreichend Rechnung zu tragen, sollte zudem Art. 36 Abs. 5 PAG-E hinsichtlich der **Anordnungsdauer** um folgenden Satz ergänzt werden: „[4]Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden." Denn die in Art. 92 Abs. 4 S. 1 PAG-E geregelte Maßnahmenbeendigung bei Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen gilt nur bei richterlichen Anordnungen und Bestätigungen.

17. Art. 37 (Einsatz Verdeckter Ermittler):

a) Art. 37 Abs. 2 PAG-E:

Art. 37 Abs. 2 S. 3 PAG-E sieht vor, dass der Einsatz Verdeckter Ermittler auf höchstens sechs Monate zu befristen ist und verdoppelt damit die in Art. 36 Abs. 4 S. 5 PAG-E vorgesehene **Höchstfrist**. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, für diese äußerst eingriffsintensive Maßnahme, insbesondere dann, wenn sie sich gegen eine bestimmte Person richtet oder mit Wohnungsbetretungen verbunden ist, eine längere Frist vorzusehen. Zwar braucht der Aufbau einer Legende durchaus Zeit, bedarf aber dennoch einer engmaschigen Kontrolle. Die in Art. 37 Abs. 2 S. 3 PAG-E festgelegte Höchstfrist ist daher auf drei Monate zu begrenzen. In Art. 37 Abs. 2 S. 2 PAG-E ist daher die entsprechende Anwendung von Art. 36 Abs. 4 PAG-E auf dessen Satz 5 zu erweitern und Art. 37 Abs. 2 S. 3 PAG-E im Gegenzug zu streichen: „[2]Art. 36 Abs. 4 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend."

b) Art. 37 Abs. 3 PAG-E:

Ich begrüße, dass polizeiliche Anordnungen nach Art. 37 Abs. 3 PAG-E nunmehr mit einer **Höchstfrist** versehen wurden. Allerdings gilt das Vorgesagte auch für diese Regelung. Da polizeilich angeordnete Maßnahmen keiner unabhängigen Vorabkontrolle unterliegen, sollten sie zeitlich sogar noch enger gefasst werden. In Art. 37 Abs. 3 PAG-E ist daher die Frist von sechs auf zumindest drei Monate zu reduzieren durch Erweiterung der Anwendbarerklärung des Art. 36 Abs. 4 S. 5 PAG: „[2]Art. 36 Abs. 4 Satz 4 und 5 gilt entsprechend." Art. 37 Abs. 3 S. 3 PAG-E ist im Gegenzug zu streichen bzw. durch folgenden dritten Satz zu ersetzen: „[3]Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden." Damit soll dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** ausreichend Rechnung getragen werden (s.o. unter I.16.c)

c) Art. 37 Abs. 4 PAG-E:

Art. 37 Abs. 4 S. 2 PAG-E sieht vor, dass ein Verdeckter Ermittler unter der Legende mit **Einverständnis** des Berechtigten dessen **Wohnung** betreten darf. Klarstellend sollte in einem Halbsatz – ebenso wie bei § 45 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 BKAG n.F. – noch ergänzt werden, dass dieses Einverständnis nicht durch Täuschung durch den Verdeckten Ermittler erschlichen werden darf: „: das Einverständnis darf nicht durch

./.

ein über die Nutzung der Legende hinausgehendes Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden.“.

d) Art. 37 Abs. 5 PAG-neu:

Die Gesetzesbegründung zu Art. 37 PAG-E (GesBegr. S. 97) führt aus, dass „*spezielle Regelungen, etwa betreffend die Legitimation zur Begehung bestimmter, insb. szenetypischer **Straftaten** für den polizeilich veranlassten Einsatz von VE … nicht vorgesehen [sind]: Polizeibeamte dürfen grundsätzlich und insbesondere im Rahmen ihrer Dienstausübung keine Straftaten begehen. Besteht gleichwohl ein Anfangsverdacht der Begehung strafbarer Handlungen, ist die Polizei auf Grund des Legalitätsprinzips nach §§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 Satz 1 StPO zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gesetzlich verpflichtet; diese Pflicht ist mit dem Straftatbestand der Strafvereitelung im Amt nach §§ 258, 258a StGB strafrechtlich hinreichend abgesichert.*“

Dies halte ich jedoch für nicht ausreichend. Es kann nicht hingenommen werden, dass ein Verdeckter Ermittler trotz Begehung erheblicher Straftaten weiter eingesetzt wird. Es sollte zumindest – ebenso wie in Art. 18 Abs. 2 S. 4, 5 BayVSG – eine Regelung getroffen werden, wonach die Begehung erheblicher Straftaten (innerhalb wie außerhalb des Einsatzes) zwingend zur **Beendigung des Einsatzes** führt und die Staatsanwaltschaft hierüber zu unterrichten ist. Ich schlage hierfür die Bildung eines neuen Absatzes vor: „(5)[1]Sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Verdeckter Ermittler rechtswidrig einen Straftatbestand von erheblicher Bedeutung verwirklicht hat, wird sein Einsatz unverzüglich beendet und die Strafverfolgungsbehörde unterrichtet. [2]Über Ausnahmen von Satz 1 entscheiden die in Art. 36 Abs. 4 Satz 2 genannten Personen.“

18. Art. 38 (Einsatz von Vertrauenspersonen):

Es freut mich, dass auf meine Anregung hin in Art. 38 Abs. 5 S. 1 Nr. 5 PAG-E die rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe als weiterer persönlicher Ausschlussgrund für die Verwendung einer Vertrauensperson normiert wurde.

a) Art. 38 Abs. 2 PAG-E:

Nach Art. 38 Abs. 2 S. 1 PAG-E kann eine Vertrauensperson – neben weiteren Voraussetzungen – eingesetzt werden, „*wenn dies im Einzelfall zur Gefahrenabwehr erforderlich ist*“. Dieser Passus sollte allerdings strenger gefasst werden, da Vertrauenspersonen immer nur als „**ultima ratio**“ eingesetzt werden sollten. Die Gesetzesbegründung lässt dies zwar anklingen (GesBegr. S. 98: „*Insoweit wird in die Einzelfallprüfung auch einzubeziehen sein, ob die Gefahrenabwehr nicht ebenso zweckerfüllend und vollständig durch andere (verdeckte) polizeiliche Maßnahmen erfolgen kann, es mithin (ggf. auch zusammen mit anderen Maßnahmen) des Einsatzes einer Privatperson bedarf.“*). Allerdings sollte sich diese Einschränkung normenklar aus dem Gesetz selbst ergeben. Ich schlage daher vor, Art. 38 Abs. 2 S. 1 PAG-E – wie dies bereits der Vorgängerentwurf vom 08.08.2017 vorgesehen hatte – folgendermaßen zu fassen: „wenn im Einzelfall andere polizeiliche Maßnahmen, insbesondere der Einsatz von Verdeckten Ermittlern, den Zweck der Maßnahme nicht in gleicher Weise erfüllen können“.

b) Art. 38 Abs. 2 PAG-E:

Auch in Bezug auf Vertrauenspersonen ist die **Höchstfrist** des Art. 38 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 37 Abs. 2 S. 3 PAG-E auf drei Monate herabzusetzen (siehe hierzu bereits oben unter I.17.a), zumal Vertrauenspersonen in der Regel nicht erst mühsam eine Legende aufbauen müssen, sondern bereits dem entsprechenden Umfeld entstammen. Art. 38 Abs. 2 S. 2 PAG ist daher folgendermaßen abzuändern: „[2]Art. 36 Abs. 4 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend.“

c) Art. 38 Abs. 3 PAG-E:

Nach Art. 38 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 37 Abs. 3 S. 3 PAG-E ist zwar nunmehr auch für polizeiliche Anordnungen eine **Höchstfrist** vorgesehen, die jedoch mit sechs Monaten zu lang bemessen ist (siehe hierzu bereits oben unter I.17.b). In Art. 38 Abs. 3 S. 2 PAG-E ist daher die Frist ebenfalls von sechs auf drei Monate – durch Bezugnahme auf Art. 36 Abs. 4 S. 5 PAG-E statt auf Art. 37 Abs. 3 S. 3 PAG-E – zu reduzieren: „[2]Art. 36 Abs. 4 Satz 4 und 5 gilt entsprechend.“

Weiterhin ist Art. 38 Abs. 3 PAG-E auch hinsichtlich der **Anordnungsdauer** um folgenden Satz zu ergänzen (siehe hierzu bereits oben unter I.17.b): „[3]Liegen die Vo-

raussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die Maßnahme unverzüglich zu beenden.“

d) Art. 38 Abs. 6 PAG-E:

Art. 38 Abs. 6 PAG-E regelt die **Zuverlässigkeitsüberprüfung** von Vertrauenspersonen einschließlich der Rechtsfolgen.

Die Durchführung der Zuverlässigkeitsüberprüfung bedarf jedoch – wie bei den Akkreditierungsverfahren (s.o. unter I.13.a) – der Zustimmung der ausgewählten Vertrauensperson. Die Gesetzesbegründung zu Art. 38 Abs. 6 PAG-E (GesBegr. S. 100) geht davon aus, dass über Art. 66 PAG-E i.V.m. Art. 1, 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BayDSG-E die Art. 6 Abs. 1 lit. a, 7 DSGVO zur Anwendung gelangen, welche die „Einwilligung“ normieren. Allerdings setzt eine Einwilligung im vorgenannten Sinne „echte Freiwilligkeit“ voraus, was in Subordinationsverhältnissen in der Regel nicht angenommen werden kann. Richtigerweise ist vorliegend daher das **Zustimmungserfordernis** explizit zu regeln. Diese Differenzierung ist auch in ErwGr. 35 S. 4 u. 6 der RLDSJ angelegt, der im Richtlinienbereich zwischen „Einwilligung“/„consent“ und „Zustimmung“/„agreement“ bzw. „zustimmen“/“agree“ unterscheidet.

Art. 38 Abs. 6 S. 1 PAG-E ist daher folgendermaßen zu ergänzen:

„[1]Eine Vertrauensperson ist fortlaufend mit ihrer Zustimmung auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen; die betroffene Person ist vor Einholung der Zustimmung auf den Zweck der Verarbeitung, auf die Empfänger vorgesehener Übermittlungen sowie unter Darlegung der Rechtsfolgen darauf hinzuweisen, dass sie die Zustimmung verweigern sowie jederzeit widerrufen kann“

Ergänzend sollte zudem – ebenso wie bei den Verdeckten Ermittlern (s.o. unter I.17.d) – der Fall der Begehung erheblicher Straftaten durch Vertrauenspersonen geregelt werden. Art. 38 Abs. 6 PAG-E sollte daher um folgenden Satz ergänzt werden: „[4]Art. 37 Abs. 5 gilt entsprechend.“

19. Art. 39 PAG-E (Automatisierte Kennzeichenerkennungssysteme – AKE):

Wünschenswert wäre, anlässlich der Novellierung des PAG die automatische Kennzeichenerfassung grundsätzlich als **offene Maßnahme** auszugestalten und nur in Ausnahmefällen als verdeckte Maßnahme zuzulassen.

Das *BVerfG* hat in seinem AKE-Urteil vom 11.03.2008 (BVerfG, Az. 1 BvR 2074/05, BVerfGE 120, 378, 399) festgestellt, dass nur eine technisch spurenlose, anonyme und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellende **Löschung** keinen Gefährdungstatbestand begründet. Daher ist in Art. 39 Abs. 3 S. 1 PAG-E die Löschungspflicht um folgenden Passus zu ergänzen: „unverzüglich und spurenlos zu löschen."

20. Art. 40 PAG-E (Ausschreibung zur Polizeilichen Beobachtung):

a) Art. 40 Abs. 1 PAG-E:

Art. 40 Abs. 1 PAG-E erlaubt die Ausschreibung personenbezogener Daten, insbesondere der Personalien einer Person sowie Fahrzeugkennzeichen zur polizeilichen Beobachtung oder zur gezielten Kontrolle. Das *BVerfG* hat im vorgenannten AKE-Urteil vom 11.03.2008 (BVerfGE 120, 378, 431) ausgeführt, dass wenn „*nur ein Teil des Kennzeichens bekannt ist, …von der Maßnahme möglicherweise in großer Zahl auch Personen erfasst [werden], die diesen Anlass nicht geschaffen haben"*. Daher sei eine Ausschreibung von bloßen **Kennzeichen-Fragmenten** unzulässig. Aufgrund dessen ist Art. 40 Abs. 1 PAG-E um „vollständige Kennzeichen" zu ergänzen.

Nicht nachvollziehbar ist für mich zudem die Streichung der einschränkenden Voraussetzung des bisherigen Art. 36 Abs. 1 PAG a.E., wonach „*die polizeiliche Beobachtung zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich*" sein muss. Wie bereits oben zu Art. 29 Abs. 1 PAG-E ausgeführt (s.o. unter I.10.a), halte ich das **Erforderlichkeitskriterium** zur Eingrenzung des Tatbestandes für unerlässlich. Mag auch in diesem Fall die neue Formulierung zunächst prägnanter klingen, liegt darin jedoch eine erhebliche Ausweitung des Tatbestandes. Ich rate daher dringend dazu, die bisherige Formulierung beizubehalten bzw. – angepasst an den neuen rechtsgutbezogene Gefahrenabwehransatz – folgende Formulierung zu wählen: „und die polizeiliche Beobachtung oder gezielte Kontrolle zur Abwehr dieser Gefahrenlage erforderlich ist".

./.

b) Art. 40 Abs. 2 PAG-E:

Während Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E entsprechend meiner Empfehlung bereits enger gefasst wurde, sollte dieser Schritt auch bezüglich der **Begleitpersonen** in Art. 40 Abs. 2 S. 1 PAG-E unternommen werden. Um das Erfordernis der Gefahrennähe besser zum Ausdruck zu bringen (siehe hierzu bereits oben unter I.15.a und I.16.a), sollte Art. 40 Abs. 2 S. 1 PAG-E folgendermaßen abgeändert werden: „sowie über Begleitpersonen und Fahrzeugführer, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit der Gefahrenlage in Zusammenhang stehen, und…". Zudem sollte in der Gesetzesbegründung zum bereits überarbeiteten Art. 40 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E noch das Wort „mutmaßlich" gestrichen werden (GesBegr. S. 103: „*entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG im BKAG-Urteil, Rn. 116 und 166 ff., können nach der neu eingefügten Nr. 3 nunmehr auch mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehende Kontakt- und Begleitpersonen*"), da dieses im BKAG-Urteil – anders als suggeriert – keinerlei Entsprechung findet und irreführend ist.

c) Art. 40 Abs. 3 PAG-E:

Nicht nachvollziehbar ist für mich auch die Streichung des Wortes „**einzelfallabhängig**" in Art. 40 Abs. 3 S. 3 PAG-E, das im Vorgängerentwurf vom 07.11.2017 noch vorgesehen war. Auch wenn Art. 40 Abs. 3 S. 3 PAG-E lediglich eine Höchstfrist und kein Fixum vorsieht, verdeutlicht das Kriterium die Bedeutung einer Einzelfallprüfung und Möglichkeit flexibler Handhabung. Andernfalls besteht die Gefahr, dass in der Praxis automatisch und unabhängig vom konkreten Einzelfall stets die Höchstfrist angeordnet wird. Art. 40 Abs. 3 S. 3 PAG-E sollte daher wie folgt ergänzt werden: „[3]Die Maßnahme ist einzelfallabhängig auf höchstens ein Jahr zu befristen und kann um jeweils längstens ein Jahr verlängert werden."

21. Art. 41 PAG-E (Einsatz technischer Mittel in Wohnungen):

a) Art. 41 Abs. 1 PAG-E:

Art. 41 Abs. 1 S. 1 PAG-E sieht als Schutzgut die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und Nr. 5 PAG-E genannten bedeutenden **Rechtsgüter** vor und erweitert damit den Rechtsgüterschutz des geltenden Art. 34 Abs. 1 PAG um **Sachen, deren Erhalt im**

besonderen öffentlichen Interesse liegt (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 PAG-E). Für diese Erweiterung besteht kein Anlass und sie begegnet datenschutzrechtlichen Bedenken. Allein der Umstand, dass das *BVerfG* in seinem BKAG-Urteil bei der Wohnraumüberwachung den Schutz von „*Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist*“ zumindest im Zusammenhang mit der Terrorismusabwehr gebilligt hat (BVerfGE 141, 220, 296 Rn. 183 – BKAG), begründet keine Notwendigkeit für eine Befugniserweiterung.

Unerfreulich ist darüber hinaus die Streichung der Erläuterungen in der Gesetzesbegründung zum Rechtsgut der **Gesundheit** i.S.d. Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG-E. Die Gesetzesbegründung zu Art. 41 Abs. 1 S. 1 PAG-E des Vorgängerentwurfs vom 07.11.2017 (GesBegr. S. 102) enthielt noch folgende Ausführungen: „*Soweit mit der Inbezugnahme des Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 dem Gesetzeswortlaut nach künftig auch dringende Gefahren für die Gesundheit einer Person (anstatt wie bisher Leib einer Person) umfasst sind, ist eine graduelle Änderung hierdurch nicht beabsichtigt. Obschon Leibesgefahren grundsätzlich nur gravierende bzw. nicht nur leichte Körperverletzungen umfassen (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., Art. 11, Rn. 50 und Art. 34, Rn. 47; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage 2016, § 35 StGB, Rn. 4 m.w.N.), können im Kontext einer derart eingriffsintensiven Maßnahme wie hier der technischen Wohnraumüberwachung schon unter Berücksichtigung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. Art. 4) nur schwerwiegende Gesundheitsverletzungen von der Befugniseröffnung umfasst sein (vgl. auch BVerfG NJW 2013, 1499 (1515, Rn. 203)).*“
Nunmehr wird auf diese Ausführungen verzichtet. Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass der Rechtsgutschutz gerade nicht mehr auf schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen beschränkt sein soll. Auch die Gesetzesbegründung zu Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG, welcher mit dem Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24.07.2017 (GVBl. S. 388) in das Bayerische Polizeiaufgabengesetz eingeführt wurde, enthält keinerlei Ausführungen zum Gesundheitsbegriff (siehe LT-Drs. LT-Drs. 17/16299, S. 9 f.). Legt man die gängige Definition einer Gesundheitsbeeinträchtigung zugrunde, beginnt diese bereits bei einer einfachen Infektion.
Eine Gesundheitsschädigung ist nach ständiger Rechtsprechung und überwiegender Literaturauffassung zu § 223 Abs. 1 StGB das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen und seelischen Funktionen nachteilig abweichenden

pathologischen Zustands, unabhängig von dessen Dauer (siehe BGHSt 36, 1, 6; 36, 262, 265; 43, 346, 354). Um die Eingriffsschwelle nicht noch weiter herabzusetzen, sollten in jedem Fall die vorgenannten Erläuterungen beibehalten werden.

Außerordentlich gefreut hat mich hingegen die Überarbeitung von Art. 41 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) PAG-E, wonach der **Berufsgeheimnisschutz** nunmehr auf alle Berufsgeheimnisträger erstreckt wird. Damit wird die im geltenden Art. 34 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) PAG angelegte Differenzierung nach bestimmten Berufsgruppen aufgegeben und ein Gleichlauf mit Art. 49 PAG-E hergestellt, der den Berufsgeheimnisträgerschutz für sämtliche andere eingriffsintensive Maßnahmen einheitlich und umfassend regelt. Dadurch wird ein – unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nur schwer nachzuvollziehendes – Zwei-Klassen-System vermieden und die bisherige Verwirrung stiftenden Regelung des Berufsgeheimnisschutzes übersichtlicher ausgestaltet.

b) Art. 41 Abs. 5 PAG-E:
Positiv ist, dass die Forderung des *BVerfG* im BKAG-Urteil nach Vorabsichtung der erfassten Daten durch eine unabhängige Stelle zumindest mit Einrichtung der **Zentralen Datenprüfstelle** nach Art. 12, 13 POG-E umgesetzt wird. Soweit ersichtlich enthält Art. 41 Abs. 5 PAG-E neben den die Polizei betreffenden Verfahrensregeln auch solche, die die unabhängige Stelle berühren. Ich rege an, die das Verfahren der unabhängigen Stelle betreffenden Vorschriften vollständig in Art. 13 POG-E – etwa als neuer Absatz 4 – zu überführen. Namentlich handelt es sich hierbei um die Löschungs- und Dokumentationspflichten der unabhängigen Stelle nach Art. 41 Abs. 5 S. 4, 5 PAG-E. Dies würde die Transparenz der Vorschriften deutlich erhöhen.

22. Art. 42 PAG-E (Eingriffe in den Telekommunikationsbereich):
Auch an dieser Stelle begrüße ich, dass die Differenzierung zwischen der Entgegennahme und der Weitergabe von Mitteilungen hinsichtlich des Berufsgeheimnisschutzes von **Nachrichtenmittlern** in Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) PAG-E auf meine Anregung hin aufgegeben wurde.

Nach Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 b) PAG-E dürfen sich Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen auch gegen **Kontaktpersonen** richten, nämlich „*Personen, so-*

weit bestimmte Tatsachen die begründete Annahme rechtfertigen, dass die unter Nr. 1 genannten Personen ihre Kommunikationssysteme benutzen werden und sie daher mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehen".
Wie bereits oben ausgeführt (s.o. unter I.15.a, I.16.a. und I.20.b) sind Anhaltspunkte für eine „*spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr*" erforderlich. Diesen Vorgaben wird die in Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 b) PAG-E gewählte Formulierung („*daher mutmaßlich*") nicht gerecht, denn diese schließt – ohne das Erfordernis weiterer Anhaltspunkte – von der Nutzung der Kommunikationssysteme der Kontaktperson automatisch auf deren Gefahrennähe. Art. 36 Abs. 2 PAG-E ist daher noch enger zu fassen. Dies kann durch Streichung der Worte „daher mutmaßlich" erreicht werden (siehe hierzu auch *Brodmerkel*, Die Neuregelung der TKÜ im PAG als exemplarisches Beispiel einer umfangreichen Anpassungsgesetzgebung, BayRVR v. 19.12.2017, der ebenfalls die Gefahr sieht, dass aufgrund der missverständlichen Formulierung des Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 b PAG-E die bloße Nutzung der Kommunikationsanlagen für die Annahme eines Zusammenhangs ausreichen könnte und der daher die Streichung der Worte „*sie daher*" vorschlägt).
Ebenso sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 b) PAG-E das Wort „mutmaßlich" gestrichen werden (GesBegr. S. 109: „*wenn diese mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehen*"), da dieses im BKAG-Urteil – anders als suggeriert – keinerlei Entsprechung findet und irreführend ist.

23. Art. 43 PAG-E (Mitwirkungspflichten der Diensteanbieter):
Art. 43 PAG-E regelt die Datenerhebung bei Telekommunikationsdiensteanbietern und ersetzt damit den bisherigen Art. 34b PAG. Allerdings hat es der Gesetzgeber bislang versäumt, eine **Rechtsgrundlage für die präventivpolizeiliche Funkzellenabfrage** zu schaffen. Während in Art. 44 Abs. 1 S. 3 PAG-E die formellen Anforderungen an die Funkzellenabfrage weiter abgesenkt werden (GesBegr. S. 114 zu Art. 44 Abs. 1 S. 3 PAG-E: „*Das bisher in Satz 2 Halbsatz 2 hierfür enthaltene Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr wird damit aufgegeben, da insbesondere bei präventivpolizeilichen Funkzellenabfragen die einzelnen Teilnehmer und an der Telekommunikation beteiligten Geräte und Anschlüsse gerade erst ermittelt werden sollen und daher eben nicht bereits bei der Anordnung der Maßnahme benannt werden können.*"), lassen sich den Art. 42, 43 PAG-E – ebenso wie den geltenden Art. 34a,

34b PAG – bis heute keine normenklare Rechtsgrundlage hierfür entnehmen. Auch der wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags kommt in seinem Sachstandsbericht vom 16.02.2017 zu den präventivpolizeilichen Standardmaßnahmen des Bundes und der Länder zum Ergebnis, dass die Funkzellenabfrage „*eine gefahrenabwehrrechtliche Regelung … bisher nur in Rheinland-Pfalz erfahren*“ hat. Eine Rechtsgrundlage im bayerischen Recht kann er nicht erkennen (Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste, Vergleich ausgewählter präventivpolizeilicher Standardmaßnahmen im Recht des Bundes und der Länder, WD 3 - 3000 - 020-17, S. 16 und Tabelle S. 5, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/503044/.../wd-3-020-17-pdf-data.pdf).

Ähnlich verhält es sich mit den gängigen Kommentaren zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz. *Schmidbauer* geht in seiner Kommentierung zu Art. 34a, 34b PAG mit keinem Wort auf eine mögliche Funkzellenabfrage ein (siehe *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, 4. Aufl., 2014, Art. 34a und Art. 34b). Auch *Honnacker/Beinhofer/Hauser* erwähnen den Funkzellenabgleich im Rahmen der Art. 34a, 34b PAG mit keiner Silbe (vgl. *Honnacker/Beinhofer/Hauser*, PAG, 20. Aufl., 2014, Art. 34a und Art. 34b). *Berner/Köhler/Käß*, PAG, 20. Aufl., 2010, Art. 34c PAG Rn. 4 thematisieren zwar den Funkzellenabgleich, lassen jedoch offen, ob dieser „*auf der Grundlage von Art. 34a Abs. 2 oder Art. 34b Abs. 2*“ zulässig ist.

Richtigerweise handelt es sich bei der Funkzellenabfrage um einen speziellen Fall der Verkehrsdatenerhebung, da die Telekommunikationsverbindungsdaten, die in einer räumlich abgegrenzten Funkzelle in einem bestimmten Zeitraum anfallen, zu den Verkehrsdaten i.S.d. § 3 Nr. 30 TKG zählen.

Rheinland-Pfalz hat mit **§ 31e POG RPf** bereits 2013 eine entsprechende Rechtsgrundlage für Funkzellenabfragen geschaffen und diese im Sommer 2017 hinsichtlich des Adressatenkreises der Maßnahme unter dem Eindruck des BKAG-Urteils des *BVerfG* nochmals nachgebessert (Rpf LT-Drs. 17/2895 v. 26.04.2017, S. 24). Dort entsprechen die formellen und materiellen Tatbestandsvoraussetzungen im Wesentlichen denen der Telekommunikationsüberwachung (§ 31 POG RPf). Materiell-rechtlich ist eine „*gegenwärtige Gefahr*“ für Leib oder Leben einer Person oder für bestimmte Güter der Allgemeinheit erforderlich – worauf der bayerische Gesetzgeber

in Art. 44 Abs. 1 S. 3 PAG-E nunmehr gerade verzichten möchte. Zudem ist die Datenerhebung nur zulässig, „*sofern anderenfalls die Erreichung des Zwecks der Maßnahme erheblich erschwert wäre*“.

Die bundesrechtliche Regelung der repressiven Funkzellenabfrage, die zunächst in § 100g Abs. 2 S. 2 StPO a.F. verortet war, mit dem neuen Vorratsdatenspeicherungsgesetz vom 10.12.2015 (BGBl. I S. 2218) nachjustiert und ebenfalls in eine eigenständige Rechtsgrundlage nach **§ 100g Abs. 3 StPO n.F.** überführt wurde (BR-Drs. 249/15, S. 32: „*Auf diese Weise wird eine normenklare Ermächtigungsgrundlage für Funkzellenabfragen geschaffen.*“), stellt noch höhere Anforderungen als § 31e POG RPf. Nach § 100g Abs. 3 S. 1 StPO n.F. ist eine Funkzellenabfrage nur erlaubt, wenn ein auf bestimmten Tatsachen beruhender Verdacht einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere einer in § 100a Abs. 2 StPO bezeichneten Straftat vorliegt (§ 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO n.F.), die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht (§ 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StPO n.F.) und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (§ 100g Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StPO n.F.).
Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus: „*Diese im Vergleich zum gegenwärtigen Zustand engeren Zulässigkeitsvoraussetzungen der Funkzellenabfrage sind notwendig, um die unverhältnismäßige Beeinträchtigung einer Vielzahl von Betroffenen zu vermindern. Durch Funkzellenabfragen werden nämlich unvermeidbar Verkehrsdaten Dritter, namentlich solcher Personen erhoben, die – ohne Beschuldigte oder Nachrichtenmittler zu sein – in der abgefragten Funkzelle mit ihrem Mobiltelefon kommuniziert haben … dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [soll] durch eine Präzisierung der Anforderungen für die Anordnung einer Funkzellenabfrage besonders Rechnung getragen werden, um von vornherein zu verhindern, dass Verkehrsdaten Unbeteiligter über das zur Strafverfolgung unerlässliche Maß hinaus erhoben werden und dabei bei den Strafverfolgungsbehörden Bewegungsprofile erstellt werden könnten.*“ (BR-Drs. 249/15, S. 32 f.).

Im Gegensatz zur bundesrechtlichen Regelung soll in **Bayern** die (nicht-individualisierte) Funkzellenabfrage zukünftig, soweit ersichtlich, bereits dann mög-

lich sein, „*soweit dies zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist*“ (Art. 43 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E) und „*andernfalls die Erreichung des Zwecks der Maßnahme aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre*“ (Art. 44 Abs. 1 S. 3 PAG-E).

Dieses unübersichtliche Regelungsgefüge sollte vereinheitlicht und die Anforderungen an die Funkzellenabfrage – aufgrund deren erheblichen Breitenwirkung – keinesfalls abgesenkt werden: Die über mehrere Vorschriften verteilten Voraussetzungen sollten in jedem Fall in eine eigenständige Rechtsgrundlage überführt werden. Zudem sollte die bislang nur für die formellen Anforderungen geltende Subsidiaritätsklausel des Art. 44 Abs. 1 S. 3 PAG-E zu einem – stets zu beachtenden – materiellen Kriterium erhoben und das Erfordernis der „gegenwärtigen Gefahr“ (Art. 34c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 PAG) wieder aufgenommen werden.
Zudem empfiehlt sich – vergleichbar § 31e Abs. 1 S. 4 POG RPf n.F. und Art. 33 Abs. 7 PAG-E – die Aufnahme eines Passus, wonach die Funkzellenabfrage auch dann zulässig ist, wenn Dritte von ihr unvermeidbar betroffen sind: „Personenbezogene Daten Dritter dürfen dabei nur erhoben werden, wenn dies aus technischen Gründen unvermeidbar ist.“

24. Art. 45 PAG-E (Verdeckter Zugriff auf informationstechnische Systeme):
Nach Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E darf sich der verdeckte Zugriff auch gegen **Dritte** richten, nämlich „*andere[n] Personen, soweit bestimmte Tatsachen die begründete Annahme rechtfertigen, dass die unter Nr. 1 genannten Personen ihre informationstechnischen Systeme benutzen oder benutzt haben und sie daher mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehen*“.
Wie bereits oben ausgeführt (s.o. unter I.15.a, I.16.a, I.20.b und I.22.) sind Anhaltspunkte für eine „*spezifische individuelle Nähe der Betroffenen zu der aufzuklärenden Gefahr*“ erforderlich. Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E ist daher noch enger zu fassen. Dies kann durch Streichung der Worte „daher mutmaßlich“ und Einfügung von „dass“ („und dass sie“) erreicht werden. Ebenso sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E das Wort „mutmaßlich“ gestrichen werden (GesBegr. S. 116: „*bezüglich Kontakt- und Begleitpersonen von Verantwortlichen nach Nr. 1 in*

Nr. 2 entsprechend den Ausführungen des BVerfG im BKAG-Urteil (a.a.O., Rn. 116 und 166 ff.) gesetzlich klargestellt, dass Maßnahmen gegen diese nur dann in Betracht kommen, wenn sie mutmaßlich in Zusammenhang mit der Gefahrenlage stehen“), da dieses im BKAG-Urteil – anders als suggeriert – keinerlei Entsprechung findet und irreführend ist.
Zudem sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PAG-E (Ges-Begr. S. 116: „Die in Satz 1 Nr. 2 Buchst. a bisher enthaltene Möglichkeit…“) „Buchst. a“ gestrichen werden, da sich diese Untergliederung im Gesetzestext nicht wiederfindet.

25. Art. 46 PAG-E (Rasterfahndung):

a) Art. 46 Abs. 1 PAG-E:
Art. 46 Abs. 1 S. 2 PAG-E sieht vor, dass „eine Verpflichtung der Verfassungsschutzbehörden … nicht erfolgt“. Art. 46 Abs. 1 S. 2 PAG-E enthält damit – als Ausprägung des Trennungsprinzips – ein Verpflichtungsverbot bzgl. der Nachrichtendienste. Um jedoch normenklarer zum Ausdruck zu bringen, dass eine Verpflichtung dieser Behörden zur Datenübermittlung zum Zwecke der Rasterfahndung unzulässig ist, sollte „erfolgt nicht“ durch „ist nicht zulässig“ ersetzt werden.

b) Art. 46 Abs. 4 PAG-E:
In Art. 46 Abs. 4 S. 2 PAG-E („*Die Löschung und Vernichtung ist zu dokumentieren.*“) sollte „ist“ durch „sind“ ersetzt werden (redaktionelle Änderung).

26. Art. 47 PAG-E (Einsatz von unbemannten Luftfahrtsystemen):
Die mit Art. 47 PAG-E neu eingeführte Befugnis zum Einsatz unbemannter Flugsysteme sehe ich kritisch. Der Drohneneinsatz stellt einen **Eingriff mit erheblicher Streubreite** dar, da nicht nur einzelne Personen, sondern in erheblichem Maße auch Dritte erfasst werden. Schon die Videoüberwachung ist ein Eingriff, dem sich Betroffene nur begrenzt entziehen können. Die Beobachtung aus der Luft stellt hierzu eine Steigerung dar, da sie den gesamten aus der Luft kontrollierbaren Bereich flächendeckend erfassen kann. Erfolgt der Einsatz aus großer Distanz, so ist er für Be-

troffene zudem meist nicht bemerkbar. Erfolgt der Einsatz aus der Nähe, ist in der Regel nicht zu erkennen, dass es sich um eine polizeiliche Maßnahme handelt. Dem Einsatz unbemannter Fluggeräte kommt daher eine eigenständige zusätzliche Eingriffsqualität zu, weshalb an dessen Zulässigkeit strenge Anforderungen zu stellen sind. Art. 47 PAG-E ist dementsprechend eng zu fassen.

Der **Hinweis** auf die unbemannten Luftfahrtsysteme ist zur **Pflicht** zu erheben und daher die Soll-Vorschrift des Art. 47 Abs. 2 S. 2 PAG-E (wieder) in eine Ist-Vorschrift umzuwandeln. Denn eine offene Videoüberwachung i.S.d. Art. 47 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 33 Abs. 1 bis 3 PAG-E setzt zwingend einen geeigneten Hinweis hierauf voraus. Bei Datenerhebungen nach Art. 33 PAG-E ist zudem sicherzustellen, dass neben dem Einsatz der Flugsysteme auch die **verantwortliche Stelle** erkennbar ist. Der Drohneneinsatz muss als polizeiliche Maßnahme wahrnehmbar sein. Da sich der steuernde Polizeibeamte nicht unbedingt in Sichtweite der Drohne befindet, wird mit gekennzeichneter Einsatzkleidung allein (z.B. Weste mit entsprechender Aufschrift) der Hinweispflicht in aller Regel jedoch nicht Genüge getan.
Art. 47 Abs. 2 S. 2 PAG-E ist in jedem Fall folgendermaßen abzuändern: „In diesen Fällen ist auf die Verwendung unbemannter Luftfahrtsysteme und den Verantwortlichen durch die Polizei gesondert und eindeutig erkennbar hinzuweisen."

Um dem Grundrecht des **Art. 13 GG** ausreichend Rechnung zu tragen, ist Art. 47 Abs. 2 PAG-E zudem um folgenden Satz zu ergänzen: „Soweit die Voraussetzungen für Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen in Wohnungen nicht vorliegen, ist sicherzustellen, dass keine Einsichtnahme in Wohnräume erfolgt."

Zudem ist in Art. 47 Abs. 2 S. 1 PAG-E der Verweis auf „Abs. 1 Satz 1 Nr. 1" in „Abs. 1 Nr. 1" abzuändern, da Art. 47 Abs. 1 PAG-E lediglich aus einem Satz besteht (Redaktionsversehen). Gleiches gilt für die Gesetzesbegründung zu Art. 47 Abs. 2 PAG-E (GesBegr. S. 121).

27. Art. 48 PAG-E (Weiterverarbeitung von Daten, Datenübermittlung, Kennzeichnung und Sicherung):

In Art. 48 Abs. 1 PAG-E ist vor „weiterverarbeiten“ folgender Passus einzufügen: „innerhalb desselben Präsidiums der Landespolizei oder innerhalb des Landeskriminalamts“. Das Urteil des *BVerfG* zum BKAG lässt zwar offen, was unter dem **Behördenbegriff** zu verstehen ist. Es führt nur aus, dass eine weitere Nutzung innerhalb der ursprünglichen Zwecksetzung „*nur seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgabe und für den Schutz derselben Rechtsgüter*“ in Betracht komme (BVerfGE 141, 220, 325 Rn. 279 – BKAG). Darunter jedoch die gesamte bayerische Polizei zu fassen, wie es die Gesetzesbegründung zu Art. 48 Abs. 1 PAG-E annimmt (GesBegr. S. 122: „*Um eine einheitliche Datenverarbeitung innerhalb der Bayerischen Polizei zu gewährleisten, legt Abs. 1 (und nachfolgend auch Abs. 3, ähnlich wie bspw. §§ 38 f. Nds. SOG) bezüglich der ‚erhebenden Behörde‘ den uneingeschränkten institutionellen Polizeibegriff nach Art. 1 Abs. 1 POG zugrunde; ‚Polizei‘ im Sinne dieser Vorschriften ist damit die gesamte Polizei des Freistaates Bayern.*“), geht zu weit. Legte man den Behördenbegriff des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes zugrunde, wäre unter „Behörde“ sogar nur die einzelne Polizeiinspektion zu verstehen (Art. 1 Abs. 2 BayVwVfG und § 1 Abs. 4 VwVfG: „*Behörde im Sinn dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.*“). Ähnlich verhält es sich mit dem Behördenbegriff des Art. 3 Nr. 7 lit. a RLDSJ. Allerdings ginge es wohl zu weit, jede Polizeidienststelle als eigenständige Behörde anzusehen, da es andernfalls vom Zufall abhinge, wie stark untergliedert ein Polizeiverband ist. Zudem könnte die Untergliederung jederzeit durch Umstrukturierungen geändert und dadurch das Problem der begrenzten Weiterverarbeitungsbefugnis umgangen werden. Sachgerecht und datenschutzrechtlich vertretbar erscheint, eine Ebene darüber anzusetzen und als Behörde im Sinne des BKAG-Urteils jedes Polizeipräsidium sowie das Landeskriminalamt (vgl. Art. 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 POG-E) anzusehen.

28. Art. 49 PAG-E (Schutz von Berufsgeheimnisträgern und des Kernbereichs privater Lebensgestaltung):

Ich freue mich, dass auf meine Anregung hin für die längerfristige Observation (Art. 36 Abs. 1 Nr. 1 PAG-E) nunmehr sowohl ein Berufsgeheimnisträger- als auch

ein Kernbereichsschutz auf Erhebungsebene etabliert wurden. Allerdings bleibt Art. 49 PAG-E in seiner derzeitigen Ausgestaltung weiterhin hinter meinen Forderungen zurück.

a) Art. 49 Abs. 1 PAG-E:

Art. 49 Abs. 1 PAG-E regelt den Berufsgeheimnisträgerschutz auf der Erhebungsebene – aber nur unvollständig. Einige verdeckte Maßnahmen bleiben außen vor, obwohl diese ebenfalls intensiv in das Vertrauensverhältnis eingreifen können. Denn der Schutz des Berufsgeheimnisses erfordert einen gesteigerten Schutz jeglicher beruflichen Kommunikation und Verhaltens.

In **Art. 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 PAG-E** ist Art. 42 Abs. 2 PAG-E mit aufzunehmen, da auch die Quellen-TKÜ (Art. 42 Abs. 2 PAG-E) in das besondere Vertrauensverhältnis eingreifen kann. Die Gesetzesbegründung zu Art. 49 Abs. 1 S. 1 PAG-E (GesBegr. S. 125) führt hierzu zwar Folgendes aus: „*Da es sich bei Quellen-TKÜ-Maßnahmen um nicht unter besonderen materiellen Voraussetzungen stehende TKÜ-Maßnahmen mit ausschließlich besonderen Mitteln handelt, wurden diese nicht ausdrücklich mitaufgenommen, sind aber selbstredend durch den Verweis auf Art. 42 Abs. 1 miteinbezogen.*“ Auch die Gesetzesbegründung zu Art. 42 Abs. 2 PAG-E (GesBegr. S. 109 f.) führt bereits aus: „*Mit Blick auf die in Regelungen wie des Art. 48 zur Weiterverarbeitung von Daten, des Art. 49 zum Schutz von Berufsgeheimnisträgern und des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, des Art. 50 betreffend Benachrichtigungspflichten oder des Art. 52 bezüglich der parlamentarischen Kontrolle enthaltenen Benennung lediglich des Grundtatbestandes des Abs. 1 ist darauf hinzuweisen, dass eine Maßnahmen nach Abs. 2 einen speziell geregelten besonderen Unterfall einer Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darstellt, der insoweit von der Benennung des Art. 42 Abs. 1 in o.a. Bestimmungen mitumfasst ist.*“ Diese Auffassung teile ich jedoch nicht. Die Quellen-TKÜ bezieht sich zwar auf die Voraussetzungen des Art. 42 Abs. 1 PAG-E, stellt aber eine eigenständige Befugnisnorm mit spezifischen Anforderungen dar. Ohne deren explizite Regelung wäre die Durchführung einer Quellen-TKÜ unzulässig. Anders ist dies etwa beim Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme nach Art. 47 PAG-E zu sehen. Diese neue Regelung baut streng akzessorisch auf bereits bestehenden Befugnissen auf und enthält lediglich hinsichtlich der Videoüberwachung (Art. 47 Abs. 1 Nr. 1 PAG-E) eine klarstellen-

de Vorgabe (siehe auch die Gesetzesbegründung zu Art. 47 Abs. 1 PAG-E (GesBegr. S. 121): „*Unter den Voraussetzungen der hier aufgeführten Befugnisnormen ist dabei auch ein Drohneneinsatz zur Datenerhebung zulässig. Das bedeutet zugleich, dass hiermit keine Ausweitung dieser Befugnisnormen erfolgt (gestatten diese z.B. keine Datenerhebung aus Wohnungen, so darf dies auch nach Art. 47 Abs. 1 nicht erfolgen). Aus dieser Akzessorietät folgt auch, dass es keiner gesonderten Benennung des Art. 47 etwa in der Bestimmung des Art. 49 über den Schutz von Berufsgeheimnisträgern und des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung bedarf.*“).
Daher ist die Quellen-TKÜ auch in Art. 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 PAG-E – und nicht bloß in der Gesetzesbegründung – ausdrücklich als solche zu benennen.

Zudem ist **Art. 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 PAG-E** um Art. 45 Abs. 2 PAG-E zu ergänzen, da auch Vorbereitungshandlungen zur Online-Durchsuchung das Berufsgeheimnis berühren können.

Des Weiteren ist der Katalog des **Art. 49 Abs. 1 S. 1 PAG-E** noch um Art. 37 Abs. 1 PAG-E (Verdeckte Mitarbeiter) sowie Art. 38 Abs. 1 PAG-E (Vertrauenspersonen) zu ergänzen, da durch deren Einsatz ebenfalls in das besondere Vertrauensverhältnis eingegriffen werden kann.

Darüber hinaus sollte in **Art. 49 Abs. 1 S. 3 PAG-E** – aus Gründen der einheitlichen Diktion – der Passus „weiter verarbeitet“ zusammengeschrieben werden. Gleiches gilt für die Gesetzesbegründung zu Art. 49 Abs. 1 S. 2, 3 PAG-E (GesBegr. S 125 unten).

Schließlich sollte in **Art. 49 Abs. 1 S. 4 PAG-E** zur Klarstellung „Art. 41 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2“ durch „Art. 41 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2“ ersetzt werden.

b) Art. 49 Abs. 2 PAG-E:
Ähnlich verhält es sich mit Art. 49 Abs. 2 PAG-E, der bislang nur den Abruf der Vorratsdaten nach Art. 43 Abs. 2 S. 2 PAG-E speziell regelt. Eine entsprechende Ausschlussregelung ist jedoch auch für das Auskunftsverlangen gegenüber Dienstanbietern vorzusehen, wenn dieses Verkehrsdaten nach Art. 43 Abs. 2 S. 1 PAG-E zum Gegenstand hat. Denn die **Verkehrsdaten nach § 96 TKG** können von den

Diensteanbietern nach § 97 Abs. 3 S. 2 TKG bis zu sechs Monate nach Versendung der Rechnung zu Abrechnungszwecken gespeichert werden und können ebenfalls das geschützte Vertrauensverhältnis betreffende Informationen enthalten.

c) Art. 49 Abs. 3 PAG-E:

Auch der Katalog des Art. 49 Abs. 3 PAG-E, der auf der Erhebungsebene den Kernbereichsschutz regelt, ist unvollständig. Bei jeder staatlichen Beobachtung ist ein aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitender unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren, dem Art. 49 Abs. 3 PAG-E bislang nur unzureichend Rechnung trägt.

In **Art. 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 PAG-E** ist Art. 42 Abs. 2 PAG-E mit aufzunehmen, da gerade auch die Quellen-TKÜ kernbereichsrelevante Kommunikation erfassen kann.

Weiterhin ist **Art. 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 PAG-E** um Art. 45 Abs. 2 PAG-E (Vorbereitungshandlungen zur Online-Durchsuchung) zu ergänzen.

Darüber hinaus sollte in **Art. 49 Abs. 3 S. 3 PAG-E** – aus Gründen der einheitlichen Diktion (s.o.) – der Passus „weiter verarbeitet“ zusammengeschrieben werden. Gleiches gilt für die Gesetzesbegründung zu Art. 49 Abs. 3 S. 2, 3 PAG-E (GesBegr. S. 126).

d) Art. 49 Abs. 5 PAG-E:

Schließlich ist der Katalog des Art. 49 Abs. 5 PAG-E, der die Auswertungsebene betrifft, um Art. 42 Abs. 2 PAG-E (Quellen-TKÜ) zu ergänzen. Denn auch durch diese (eigenständige) Maßnahme können ggf. sensible Daten erhoben werden, die dann auf der Ebene der Auswertung entsprechend auszusondern sind.

29. Art. 50 PAG-E (Benachrichtigungspflichten):

Ich begrüße, dass die Benachrichtigung betroffener Personen gemäß Art. 50 Abs. 2 PAG-E nunmehr nicht mehr durch eine allgemein zugängliche Veröffentlichung in schriftlicher oder elektronischer Form, insbesondere über Internetseiten möglich ist,

wie dies der Vorgängerentwurf vom 08.08.2017 noch vorgesehen hatte. Dennoch erlaube ich mir zu Art. 50 PAG-E noch folgende Anmerkungen:

Ebenso wie in Art. 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 b) und Nr. 7 b) PAG-E der Passus „weiter verarbeitet“ nunmehr zusammengeschrieben wurde, sollte dieser Schritt auch in der Gesetzesbegründung zu Art. 50 Abs. 1 S. 3 PAG-E (GesBegr. S. 129) vollzogen werden.

Art. 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 PAG-E, der die Benachrichtigungspflicht bei Eingriffen in den Telekommunikationsbereich regelt, ist um Art. 42 Abs. 2 PAG-E zu ergänzen. Denn die **Quellen-TKÜ** stellt, wie bereits oben ausgeführt (s.o. unter I.28.a), gegenüber der (klassischen) Telekommunikationsüberwachung des Art. 42 Abs. 1 PAG-E einen eigenständigen Eingriff mit eigener Rechtsgrundlage dar. Zwar ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 50 Abs. 1 S. 3 PAG-E, dass auch die Quellen-TKÜ unter die benachrichtigungspflichtigen Maßnahmen des Art. 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 PAG-E fällt. Allerdings sollte dies aus Klarstellungsgründen explizit normiert werden.

30. Art. 51 PAG-E (Protokollierung, Kontrolle durch den Landesbeauftragten für den Datenschutz):

a) Art. 51 Abs. 1 PAG-E:
Ich freue mich, dass der Inhalt der nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 PAG-E zu erstellenden Protokolle im Sinne einer umfassenden Dokumentation um „das wesentliche Ergebnis der Maßnahme“ erweitert wurde.
Allerdings begegnet die derzeitige Fassung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 PAG-E weiterhin Bedenken. In Art. 51 Abs. 1 S. 1 PAG-E ist der einschränkende Passus („soweit dies ohne Gefährdung der jeweiligen Maßnahme möglich ist“) zu streichen, da stets eine ausnahmslose **Protokollierung** zu erfolgen hat. Es erschließt sich mir nicht, wie eine Maßnahme durch polizeiinterne Protokollierung gefährdet werden könnte. Auch die Gesetzesbegründung zu Art. 51 Abs. 1 S. 1 PAG-E kann kein konkretes Beispiel benennen, wann ein solcher Ausnahmefall vorliegen soll. Vielmehr geht die Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 131) selbst davon aus, dass „*die in Satz 1 eröffnete Ausnahmemöglichkeit … nur in seltenen Ausnahmefällen eröffnet sein*“ wird. Auch das

BVerfG sieht eine solche Einschränkung nicht vor, ganz im Gegenteil fordert es, „*dass die Datenerhebungen vollständig protokolliert werden*“ (BVerfGE 141, 220, 284 Rn. 141 – BKAG). Aufgrund dessen ist der einschränkende Passus zu streichen.

b) Art. 51 Abs. 2 PAG-E:

Art. 51 Abs. 2 S. 3 PAG-E regelt die Löschung der Protokolle. An dieser Stelle begrüße ich ausdrücklich, dass auf meine Forderung hin nunmehr festgeschrieben wurde, dass die Protokolle über Datenlöschungen und Vernichtung von Unterlagen (Art. 41 Abs. 5, 42 Abs. 3, 45 Abs. 2, 46 Abs. 4, 49 Abs. 8, 50 Abs. 4 PAG-E) ebenfalls zu löschen sind (Art. 51 Abs. 2 S. 3, 2 PAG-E).
Aus für mich nicht nachvollziehbaren Gründen wurde die im Vorgängerentwurf vom 08.08.2017 enthaltene **Höchstfrist** von drei Jahren für die Aufbewahrung der Protokolle jedoch gestrichen. Stattdessen orientiert sich die Löschung der Protokolle nunmehr ausschließlich am Erforderlichkeitsmaßstab („*Soweit sie für Zwecke des Abs. 1 Satz 4 nicht mehr benötigt werden, sind sie zu löschen.*“). Das *BVerfG* legt im BKAG-Urteil zwar selbst keine konkrete Obergrenze fest. Es stellt (zur Löschung der Löschungsprotokolle) nur fest, dass „*die Frist ihrer Aufbewahrung … so bemessen sein [muss], dass die Protokolle bei typisierender Betrachtung nach der Benachrichtigung der Betroffenen und im Rahmen der nächsten periodisch anstehenden Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragte noch vorliegen*“ (BVerfGE 141, 220, 323 Rn. 272 – BKAG). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und einheitlichen Verfahrensweise halte ich eine Aufbewahrungsfrist von höchstens drei Jahren (zum Ende des Kalenderjahres) jedoch für sinnvoll. Art. 51 Abs. 2 S. 3 PAG-E sollte daher lauten: „[3]Sobald sie hierfür oder für die weiteren in Abs. 1 Satz 3 genannten Zwecke nicht mehr benötigt werden, spätestens aber nach Ablauf des dritten Kalenderjahres, das dem Jahr der Protokollierung folgt, sind sie zu löschen.“

Weiterhin rege ich an, die Vorschrift des Art. 51 Abs. 2 S. 3 PAG-E in **Absatz 1** zu **verschieben**. Denn Art. 51 Abs. 2 PAG-E hat in erster Linie die Prüfpflichten des Landesbeauftragten für den Datenschutz zum Gegenstand. Diese stellen zwar auch einen Verwendungszweck der Protokolle dar, jedoch nicht den ausschließlichen. Wie sich Art. 51 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 63 Abs. 3 S. 1 PAG-E entnehmen lässt, umfassen die zulässigen Verwendungszwecke auch die Benachrichtigung der Betroffenen, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung einschließlich der Eigen-

überwachung, die Gewährleistung der Integrität und Sicherheit der personenbezogenen Daten sowie die Verhütung oder Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Vor diesem Hintergrund halte ich Art. 51 Abs. 1 PAG-E für die Aufbewahrungsdauer der Protokolle – als neuen Art. 51 Abs. 1 S. 4 PAG-E – für den geeigneteren Standort, zumal gerade Art. 51 Abs. 1 S. 3 PAG-E die (umfassenden) Verwendungszwecke regelt.

31. Art. 52 PAG-E (Parlamentarische Kontrolle, Unterrichtung der Öffentlichkeit):

Es freut mich außerordentlich, dass auf meine Kritik hin die in Art. 52 Abs. 1, 2 PAG-E ursprünglich vorgesehene Unterrichtung von Landtag und Öffentlichkeit im Abstand von zwei Jahren (wieder) in eine **jährliche Berichtspflicht** umgewandelt wurde.

Allerdings begegnet die im Gegenzug erfolgte **Beschränkung der parlamentarischen Kontrolle** gemäß Art. 52 Abs. 1 PAG-E erheblichen Bedenken. Denn fortan soll nicht mehr der Landtag insgesamt, sondern das Parlamentarische Kontrollgremium (PKG) unterrichtet werden. Begründet wird dies (GesBegr. S. 133) mit einem „*Gleichklang mit der Regelung in Art. 20 Abs. 1 Satz 1 BayVSG*“. Diese Argumentation kann allerdings nicht überzeugen:

Das *BVerfG* hat im **ATDG-Urteil** vom 24.04.2013 (Az. 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277) zum sog. **Trennungsgebot** ausgeführt, dass Nachrichtendienste und Polizeibehörden prinzipiell unterschiedliche Aufgabenbereiche und Arten der Aufgabenwahrnehmung haben. Während der Nachrichtendienst grundsätzlich verdeckt arbeitet und auf Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld angelegt ist (BVerfGE 133, 277, 328 f., Rn. 122 – ATDG), arbeitet demgegenüber die Polizei grundsätzlich offen und ist auf eine operative Aufgabenwahrnehmung ausgerichtet. Ihre Befugnisse sind nur aus konkretem Anlass verliehen und gesetzlich wesentlich enger und präziser gefasst (BVerfGE 133, 277, 327 ff., Rn. 120 ff. – ATDG). Allein aus diesem Grund kann es keinen Gleichlauf zwischen Polizeiaufgabengesetz und Bayerischem Verfassungsschutzgesetz hinsichtlich des Berichtsadressaten geben. Die Tätigkeit des Landesamts für Verfassungsschutz unterliegt aufgrund dessen vorverlagerten, kon-

spirativen Vorgehensweise sehr weitgehenden Geheimhaltungsregeln, während die Polizei grundsätzlich offen agiert und entsprechenden Transparenzpflichten unterliegt.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass dem **PKG** in erster Linie die Kontrolle der Tätigkeit des Landesamts für Verfassungsschutz (Art. 1 Abs. 1 PKGG: „*Dem Parlamentarischen Kontrollgremium obliegt die Kontrolle der Staatsregierung hinsichtlich der Tätigkeit des Landesamts für Verfassungsschutz.*“ und auf Bundesebene Art. 45d Abs. 1 GG: „*Der Bundestag bestellt ein Gremium zur Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes.*“) und daneben – von Verfassungs wegen – die „*parlamentarische Kontrolle gemäß Art. 13 Abs. 6 S. 3 GG zum Vollzug der Maßnahmen nach Art. 13 Abs. 3 bis 5 GG*“ (Art. 1 Abs. 2 PKGG) obliegt. Dieser zweite Kontrollauftrag erschöpfte sich bislang in den Berichtspflichten (Art. 4 Abs. 3 S. 1 PKGG) nach Art. 34 Abs. 9 PAG (Wohnraumüberwachung) und Art. 34d Abs. 8 PAG (Online-Durchsuchung), die jeweils Art. 13 GG berühren. Für die nunmehr – aufgrund des BKAG-Urteils des *BVerfG* – eingeführten umfassenden Unterrichtungspflichten nach Art. 52 Abs. 1 PAG-E (siehe Art. 4 Abs. 3 S. 1 PKGG-E) findet sich jedoch kein originärer, auf **Art. 13 Abs. 6 GG** beruhender Kontrollauftrag in Art. 1 Abs. 2 PKGG. Die diesbezügliche Gesetzesänderung des Art. 1 Abs. 2 PKGG-E (siehe § 4 PAG-Neuordnungsgesetz-Entwurf) befremdet daher.

Stattdessen ist das vorgenannte **BKAG-Urteil des *BVerfG***, dessen Aussagegehalt auch auf die Landespolizeibehörden zu übertragen ist, näher zu beleuchten. Das *BVerfG* hat darin festgestellt, dass es „*zur Gewährleistung von Transparenz und Kontrolle … einer gesetzlichen Regelung von Berichtspflichten [bedarf]. Da sich die Durchführung von heimlichen Überwachungsmaßnahmen der Wahrnehmung der Betroffenen und der Öffentlichkeit entzieht und dem auch Benachrichtigungspflichten oder Auskunftsrechte mit der Möglichkeit anschließenden subjektiven Rechtsschutzes nur begrenzt entgegenwirken können, sind hinsichtlich der Wahrnehmung dieser Befugnisse regelmäßige Berichte des Bundeskriminalamts gegenüber Parlament und Öffentlichkeit gesetzlich sicherzustellen.*“ (BVerfGE 141, 220, 285 Rn. 142 f. – BKAG).

Über diesen eindeutigen Wortlaut kann sich der bayerische Gesetzgeber nicht hinwegsetzen. Das PKG entspricht nicht dem Landtag, sondern ist ein von diesem gewähltes, aus sieben Mitgliedern bestehendes Kontrollgremium (vgl. Art. 2 Abs. 1 PKGG). Da die Mitglieder des PKG gemäß Art. 9 Abs. 1 PKGG zur **Geheimhaltung** verpflichtet sind, entziehen sich die zu kontrollierenden Themen, insbesondere deren Details der Kenntnis der übrigen Parlamentarier. Daran kann auch der neu eingefügte Art. 52 Abs. 1 S. 3 PAG-E nichts ändern, der Art. 20 Abs. 1 S. 2 BayVSG nachgebildet wurde. Der dem Landtag hiernach zu erstattende Bericht kann sich allenfalls auf Art und Anzahl der durchgeführten Maßnahmen beschränken, da andernfalls die Grenze zum Geheimnisverrat überschritten würde, verweist Art. 52 Abs. 1 S. 4 PAG-E doch gerade auf „die Grundsätze des Art. 9 Abs. 1 PKKG“.

Schließlich ist noch ein Blick auf den vorgenannten **Art. 13 Abs. 6 GG** zu werfen. Dieser sieht für die Fälle des Art. 13 Abs. 3 bis 5 GG, wozu in jedem Fall der „Große Lauschangriff“ (Art. 41 PAG-E) und der Bodycam-Einsatz in Wohnungen (Art. 33 Abs. 4 S. 2 PAG-E, siehe hierzu bereits oben unter I.14.b) zählen, ausdrücklich vor, dass die Landesregierung den Landtag jährlich darüber unterrichtet, und – erst im zweiten Schritt – das PKG „*auf der Grundlage dieses Berichts die parlamentarische Kontrolle*“ ausübt. Diese Berichtspflicht „*dient der Wahrnehmung politischer Verantwortung durch den Bundestag*“ (*Fink*, in: BeckOK GG, 34. Ed., Stand 01.03.2015, Art. 13 Rn. 25) bzw. Landtag und ist insoweit „*Ausdruck der allgemeinen Kontrollfunktion des Parlaments ggü. der Regierung*“ (BVerfGE 109, 279, 373 – akustische Wohnraumüberwachung).

Vor diesem Hintergrund ist die in Art. 52 Abs. 1 S. 1 PAG-E vorgesehene Unterrichtung des PKG abzuändern in eine Unterrichtung zunächst des gesamten Landtags. Erst dann kann das PKG auf der Grundlage dieses Berichts die parlamentarische Kontrolle ausüben.

Der Gesetzwortlaut von Art. 52 Abs. 1 PAG-E ist daher folgendermaßen abzuändern: „[1]Das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr unterrichtet den Landtag jährlich über folgende durchgeführte Maßnahmen:…“ Zudem ist folgender dritter Satz einzufügen: „[3]Das Parlamentarische Kontrollgremium übt auf Grundlage dieses Berichts die parlamentarische Kontrolle aus.“

./.

Des Weiteren ist in Art. 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 PAG-E zusätzlich Art. 42 Abs. 2 PAG-E mitaufzunehmen, da es sich bei der **Quellen-TKÜ** um eine nicht weniger eingriffsintensive Maßnahme als die klassische Telekommunikationsüberwachung handelt. Gleiches gilt für den Abruf der gespeicherten Verkehrsdaten (**Vorratsdaten**) nach Art. 43 Abs. 2 S. 2 PAG-E, welcher mangels Bezugnahme auf Art. 42 Abs. 1 PAG-E von der Berichtspflicht nicht umfasst ist.

Zudem ist der Katalog des Art. 52 Abs. 1 S. 1 PAG-E um den **Bodycam-Einsatz in Wohnungen** nach Art. 33 Abs. 4 S. 2 PAG-E zu ergänzen. Denn die Verwendung von Bodycams in Wohnungen ist am Maßstab des Art. 13 Abs. 4 GG zu messen (s.o. unter I.14.b) mit der Folge, dass der **Landtag** – entsprechend Art. 13 Abs. 6 GG – regelmäßig über diese eingriffsintensive Maßnahme zu **unterrichten** ist.

Art. 52 Abs. 1 S. 2 PAG-E sieht schließlich vor, dass in den Berichten darzustellen ist, „*in welchem Umfang von den Befugnissen aus Anlass welcher Art von Gefahrenlagen Gebrauch gemacht wurde und inwieweit die Betroffenen hierüber informiert wurden*“. Mit dieser Formulierung greift Art. 52 Abs. 1 S. 2 PAG-E nahezu wortgleich die Vorgaben des *BVerfG* auf (BVerfGE 141, 220, 322 Rn. 268 – BKAG). Allerdings erschließt sich daraus nicht genau, was vom „Umfang“ alles umfasst sein soll. Zur Präzisierung des **Berichtsinhalts** wird daher angeregt, Art. 52 Abs. 1 S. 2 PAG-E folgendermaßen zu fassen: „in welchem Umfang, insbesondere Anzahl der Anordnungen und Maßnahmedauer, von den Befugnissen aus Anlass welcher Art von Gefahrenlagen Gebrauch gemacht wurde und inwieweit die Betroffenen hierüber informiert wurden“.

32. Art. 53 PAG-E (Allgemeine Regeln der Datenspeicherung und sonstigen Datenverarbeitung):

Ich begrüße, dass meine Anregungen zu Art. 53 PAG-E vollumfänglich berücksichtigt, insbesondere eine Löschungsregelung für nicht freigegebene Daten eingeführt wurde (Art. 53 Abs. 3 S. 2 PAG-E i.V.m. Art. 41 Abs. 5 S. 4, 5 PAG-E). Die **Ausnahmeregelung des Art. 53 Abs. 3 S. 1 PAG-E** sehe ich jedoch weiterhin sehr kritisch.

Dies umso mehr, als ich auch an dieser Stelle in der aktuellen Entwurfsfassung eine weitere Herabsetzung des Grundrechtsschutzes feststellen muss.
Zum einen wird auch hier der Rechtsgüterschutz ohne konkreten Anlass um das Rechtsgut des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 PAG-E erweitert. Darüber hinaus soll die unabhängige Stelle oder das Gericht nicht mehr über das Vorliegen der gesetzlich geforderten Gefahrenlage entscheiden, sondern nur noch über die Frage, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Daten um solche handelt, die dem Berufsgeheimnis- oder Kernbereichsschutz unterfallen. Stattdessen soll zukünftig allein die Polizei über das Vorliegen der notwendigen Gefahrenlage entscheiden. Dies halte ich für eine nicht hinnehmbare Verkürzung des Rechtsschutzes.
Die Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 135) führt hierzu aus, dass „*das Erfordernis einer richterlichen Bestätigung der Zulässigkeit der Weiterverarbeitung schon bisher als gewisser Fremdkörper anmutete*“. Diese Argumentation erschließt sich mir nicht. Denn schon bisher und auch zukünftig entscheiden die nach Art. 92 PAG-E zuständigen Gerichte im Rahmen der Rechtsmäßigkeitsbeurteilung inzident auch über das Vorliegen der Eingriffsschwelle einer Maßnahme, mithin über den jeweils geforderten Gefahrengrad. Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass es sich bei der von Art. 34 Abs. 5 S. 4, 34c Abs. 4 S. 4, 34d Abs. 5 S. 5 PAG bislang geforderten gerichtlichen Entscheidung über die Gefahrenlage um einen „Fremdkörper“ handelt (siehe etwa *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, 4. Aufl., 2014, Art. 34 Rn. 138 zu Art. 34 Abs. 5 S. 4 PAG-E; Art. 34c Rn. 27 zu Art. 34c Abs. 4 S. 4 und Art. 34d Rn. 151 f. zu Art. 34d Abs. 5 S. 5 PAG).

Art. 53 Abs. 3 S. 1 PAG-E ist daher folgendermaßen zu fassen:

„(3)[1]Daten, die erhoben wurden, ohne dass die Voraussetzungen für ihre Erhebung vorgelegen haben, dürfen nur dann weiterverarbeitet werden, wenn die hierfür eingerichtete unabhängige Stelle oder das zuständige Gericht sie freigegeben hat, weil nach deren Prüfung
1. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 genanntes bedeutendes Rechtsgut oder für Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt, erforderlich ist, und
2. keine Inhalte betroffen sind, über die das Zeugnis nach den §§ 53, 53a StPO verweigert werden könnte, und

./.

3. die Daten nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung oder einem Vertrauensverhältnis mit anderen Berufsgeheimnisträgern zuzuordnen sind.

Schließlich sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 53 Abs. 3 PAG-E (GesBegr. S. 134 unten) – aus Gründen der einheitlichen Diktion – der Passus „weiter verarbeitet“ zusammengeschrieben werden.

33. Art. 54 PAG-E (Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten):

a) Art. 54 Abs. 2 PAG-E:

Es freut mich, dass auf meine Forderung hin in Art. 54 Abs. 2 S. 2 PAG-E normiert wurde, dass die Löschung von Daten bei Wegfall des der Speicherung zugrunde liegenden Verdachts nunmehr „unverzüglich“ zu erfolgen hat. Allerdings genügt Art. 54 Abs. 2 PAG-E damit den europarechtlichen Anforderungen noch nicht ganz:

Art. 54 Abs. 2 S. 1 PAG-E sollte um eine sog. **Negativprognose** ergänzt werden, wie sie auf Bundesebene auch § 18 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BKAG n.F. vorsieht.
Mir ist zwar bewusst, dass der *BayVerfGH* die geltende Vorschrift des Art. 38 Abs. 1 PAG nicht beanstandet hat (Entscheidung v. 19.10.1994, Az. Vf. 12-VII-92 u. Vf. 13-VIII-92, BayVBl. 1995, 143). Allerdings halte ich eine täterbezogene Einzelprognose für erforderlich, um die Datenspeicherung und -weiterverarbeitung auf das unbedingt Erforderlich zu beschränken und der Kategorisierung der betroffenen Personen i.S.d. Art. 6 RLDSJ, Art. 30 Abs. 4 PAG-E Genüge zu tun.
Art. 54 Abs. 2 S. 1 PAG-E sollte daher folgendermaßen ergänzt werden:
„…speichern und anderweitig verarbeiten, soweit dies erforderlich ist, weil wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit der Betroffenen oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass Strafverfahren gegen sie zu führen sind und dies zur Gefahrenabwehr, insbesondere zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist.“

Art. 54 Abs. 2 S. 6 PAG-E regelt die **sog. Mitzieh-Automatik**, wonach für alle Speicherungen einer Person gemeinsam der Prüfungstermin gilt, der als letzter eintritt,

wenn innerhalb der vorgesehenen Speicherfrist weitere personenbezogene Daten über die Person gespeichert werden. Diese Mitziehklausel hat zur Folge, dass Daten teilweise unverhältnismäßig lang gespeichert bleiben, insbesondere dann, wenn regelmäßig neue Ermittlungsverfahren gegen eine Person geführt werden. Aus meiner Prüfungspraxis sind mir Fälle bekannt, in denen Tatvorwürfe bereits mehrere Jahrzehnte zurücklagen und oftmals nur Bagatelldelikte betrafen. Art. 4 Abs. 1 lit. c, 5 S. 1 RLDSJ fordern hingegen, dass Datenspeicherungen auf das unbedingt Erforderliche begrenzt sein müssen (Grundsatz der Datenminimierung bzw. Datensparsamkeit) und angemessene Fristen festzulegen sind.

Weitere Folge der unter Umständen extrem langen Speicherungsdauer ist ein Auseinanderfallen von Aktenaufbewahrung und Datenspeicherung. Die Aufbewahrungsfristen von Akten sind in Bayern in der Verordnung über die Aufbewahrung von Schriftgut der Gerichte, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsbehörden (AufbewV) geregelt, wonach z.B. die Akten eines eingestellten Ermittlungsverfahrens grundsätzlich für die Dauer von fünf Jahren nach dem Jahr der Weglegung bei der Staatsanwaltschaft aufbewahrt werden (siehe Teil 1 Nr. 622 lit. d der AufbewV). Da die Aufbewahrungsverordnung keine Mitziehung kennt, werden die Akten nach Fristablauf ausgesondert, während die entsprechenden Datensätze hierzu weiter gespeichert bleiben. Eine Überprüfung möglicherweise unrichtig gespeicherter Daten anhand der zugrundeliegenden Akten ist dann nicht mehr möglich. Dies läuft auch Art. 4 Abs. 1 lit. d, 7 Abs. 2 RLDSJ zuwider, wonach die zuständige Behörde alle angemessenen Maßnahmen zu ergreifen hat, um zu gewährleisten, dass personenbezogene Daten, die unrichtig, unvollständig oder nicht mehr aktuell sind, nicht bereitgestellt werden. Zudem nimmt die Mitziehklausel dem Betroffenen unter Umständen – aufgrund der sich mit Zeitablauf verschlechternden Beweissituation, insbesondere wenn Akten bereits vernichtet wurden – die Möglichkeit der Datenlöschung, da gespeicherte Daten nach Art. 62 Abs. 4 S. 3 PAG-E (Art. 16 Abs. 3 S. 1 lit. a RLDSJ) nur in der Verarbeitung eingeschränkt werden, wenn deren Richtigkeit bestritten, aber nicht (mehr) feststellbar ist, ob sie tatsächlich richtig oder unrichtig sind.
Vor diesem Hintergrund rege ich an, die Mitziehklausel ersatzlos zu streichen

Weiterhin sind in Art. 54 Abs. 2 PAG-E eigene Prüfungsintervalle für **personengebundene Hinweise (PHW)** vorzusehen. PHW werden auf der Basis von Katalogwer-

ten und zugehörigen Vergabekriterien vergeben und stellen teilweise besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 10 RLDSJ, Art. 30 Abs. 2 PAG-E dar, an deren Verarbeitung besonders strenge Anforderungen zu stellen sind. So handelt es sich etwa beim PHW Ansteckungsgefahr (ANST) und PHW Geisteskrank (GEKR) um Gesundheitsdaten sowie bei den PHW Straftäter rechtmotiviert (REMO), linksmotiviert (LIMO) und PHW Straftäter politisch motivierte Ausländerkriminalität (AUMO) um die politische Meinung betreffende Daten (siehe hierzu auch die GesBegr. zu Art. 30 Abs. 2 PAGE, S. 82). Nach Art. 4 Abs. 1 lit. d RLDSJ haben Daten zudem sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand zu sein, was etwa beim PHW Betäubungsmittelkonsument (BTMK), PHW Fixer (FIXE), PHW Ansteckungsgefahr (ANST) und PHW Geisteskrank (GEKR) von Bedeutung ist, da sich die den Kriterien zugrundeliegenden Lebensumstände ändern und Krankheitszustände verbessern können.

b) Art. 54 Abs. 4 PAG-E:

Auch an dieser Stelle freue ich mich, dass hinsichtlich der Datenverarbeitung zu **wissenschaftlichen Zwecken** ein Verwendungsverbot für Daten aus der besonders eingriffsintensiven Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung in Art. 54 Abs. 4 S. 4 PAG-E aufgenommen wurde.
Ich rege allerdings zusätzlich an, in Art. 54 Abs. 4 S. 1 und S. 3 PAG-E jeweils das Wort „nutzen“ zu streichen, da diesem keine eigenständige Bedeutung zukommt.

c) Art. 54 Abs. 5 PAG-E:

Darüber hinaus begrüße ich zwar sehr, dass in einem eigenständigen Art. 54 Abs. 5 PAG-E auf meine Forderung hin festgelegt wurde, dass die Polizei ihre gespeicherten Daten regelmäßig auf Richtigkeit, Vollständigkeit, Zuverlässigkeit und Aktualität kontrollieren soll. Diese Regelung ist bislang jedoch als bloße Soll-Vorschrift ausgestaltet. Einen solchen Spielraum räumt Art. 7 Abs. 2 RLDSJ den Mitgliedstaaten nicht ein (Art. 7 Abs. 2 RLDSJ: „*Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die zuständigen Behörden alle angemessenen Maßnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass personenbezogene Daten, die unrichtig, unvollständig oder nicht mehr aktuell sind, nicht übermittelt oder nicht bereitgestellt werden*“.)
Art. 54 Abs. 5 PAG-E ist daher wie folgt abzuändern: „Die Polizei hat angemessene Maßnahmen zu ergreifen...“

./.

34. Art. 55 PAG-E (Allgemeine Regelungen der Datenübermittlung):
Es freut mich, dass die von mir angeregten redaktionellen Änderungen in Art. 55 PAG-E vollständig umgesetzt wurden.
Daran anschließend schlage ich jedoch vor, die in Art. 55 Abs. 2 S. 1 PAG-E verwendete Formulierung „auf dem gegenwärtigen Stand“ durch „auf dem neusten Stand“ zu ersetzen, um einen Gleichlauf mit Art. 54 Abs. 5 PAG-E zu erreichen.

35. Art. 57 PAG-E (Übermittlung an öffentliche Stellen der Mitgliedstaaten und an Organisationen der Europäischen Union):
In der Gesetzesbegründung zu Art. 57 PAG-E (GesBegr. S. 139) ist „§§ 79 ff. BKAG n.F.“ durch „§§ 79 ff. BDSG n.F.“ zu ersetzen (Redaktionsversehen).

36. Art. 58 PAG-E (Übermittlung an öffentliche Stellen in Drittstaaten und an internationale Organisationen):
Erfreulicher- und konsequenterweise wurde auch in Art. 58 Abs. 6 PAG-E die zweijährliche Berichtspflicht über die an öffentliche Stellen in Drittstaaten und an internationale Organisationen erfolgten Übermittlungen in eine jährliche Berichtspflicht umgewandelt. Allerdings genügt die Regelung des Art. 58 PAG-E an einigen Stellen noch nicht den Vorgaben des *BVerfG* und der RLDSJ.

a) Art. 58 Abs. 1 PAG-E:
Art. 58 Abs. 1 PAG-E regelt die **Datenübermittlung an öffentliche Stellen in Drittstaaten und an internationale Organisationen**.

In **Art. 58 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E** wurde im **Einleitungssatz** das Wort „ausnahmsweise“ gestrichen. Diesen einschränkenden Zusatz halte ich jedoch an dieser Stelle für unverzichtbar. Zwar weist auch die Gesetzesbegründung zu Art. 58 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E (GesBegr. S. 142) darauf hin, dass es sich hierbei um einen Ausnahmetatbestand handelt. Allerdings vermittelt der Gesetzestext den Eindruck, als ob die Übermittlungsmöglichkeiten des Art. 58 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E gleichwertig neben denen des

Art. 58 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 PAG-E stehen. Dem ist jedoch nicht so. Wie bereits die Überschrift des Art. 38 RLDSJ („*Ausnahmen für bestimmte Fälle*“) erkennen lässt, dessen Umsetzung Art. 58 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E dient, handelt es sich hierbei um absolute Ausnahmefälle. Nach ErwGr. 72 S. 2 RLDSJ sollen die Ausnahmen restriktiv ausgelegt werden. Das ist nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut jedoch nicht gewährleistet.
Art. 58 Abs. 1 Nr. 3 PAG-E ist daher eingangs folgendermaßen zu ergänzen: „*3. die Übermittlung ausnahmsweise erforderlich ist…*“

In **Art. 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 a) PAG-E** sollte der Passus „zum Schutz vor und zur Abwehr von Gefahren für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder“ aus Gründen der einheitlichen Diktion (vgl. z.B. Art. 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PAG-E) in „zum Schutz vor und zur Abwehr von Gefahren für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 genanntes bedeutendes Rechtsgut oder“ abgeändert werden.

Zudem fehlt eine Regelung, die Art. 38 Abs. 1 lit. e RLDSJ umsetzt, demzufolge eine Datenübermittlung ausnahmsweise „*im Einzelfall zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen im Zusammenhang mit den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Zwecken*“ zulässig sein kann. Ich schlage daher die Einfügung folgenden neuen Ausnahmetatbestands – als **Art. 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 d) PAG-neu** – vor: „oder d) im Einzelfall zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen im Zusammenhang mit den in Halbsatz 2 genannten Zwecken“.

Davon abgesehen freue ich mich, dass auf meine Empfehlung hin Art. 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 c) PAG-E – den Vorgaben des Art. 38 Abs. 1 lit. c RLDSJ entsprechend – umformuliert wurde.

b) Art. 58 Abs. 2 PAG-E:
Art. 58 Abs. 2 PAG-E regelt die **Protokollierung der Datenübermittlungen**. Ich rege an, Art. 58 Abs. 2 S. 4 PAG-E verkürzt wie folgt zu formulieren: „Art. 63 Abs. 3 Satz 1 und 4 und Art. 51 Abs. 2 gelten entsprechend.“ Denn nach der derzeitigen Fassung („für die Kontrolle durch den Landesbeauftragten gilt Art. 51 Abs. 2 entsprechend“) könnte man annehmen, dass nur Art. 51 Abs. 2 S. 1, 2 PAG-E zur Anwendung gelangen soll, nicht jedoch die Löschungsverpflichtung des Art. 51 Abs. 2 S. 3

PAG-E (was meine Forderung bekräftigt, die Vorschrift des Art. 51 Abs. 2 S. 3 PAG-E in Art. 51 Abs. 1 PAG-E zu verschieben, s.o. unter I.30.b). Die Löschungspflicht hat jedoch gleichermaßen für Protokollierungen nach Art. 58 Abs. 2 PAG-E wie für Protokollierungen nach Art. 51 Abs. 1 PAG-E zu gelten.

c) Art. 58 Abs. 4 PAG-E:

Es freut mich, dass auf meine Forderung hin in Art. 58 Abs. 4 S. 2 PAG-E eine **Hinweispflicht** der Polizei auf die Zweckbindung gegenüber dem Empfänger aufgenommen wurde. Diese Regelung genügt jedoch in zweierlei Hinsicht nicht. Zum einen ist sie in einen eigenständigen Absatz zu überführen, der sich auf alle Datenübermittlungen der Polizei an öffentliche Stellen in Drittstaaten bezieht. Auch wenn Art. 39 Abs. 1 lit. e RLDSJ eine solche Hinweispflicht nur für die unmittelbare Datenübermittlung an in Drittstaaten niedergelassene Empfänger vorsieht, geht das *BVerfG* im BKAG-Urteil darüber hinaus und fordert für sämtliche Datenübermittlungen an Drittstaaten, insbesondere an ausländische Sicherheitsbehörden eine entsprechende Hinweispflicht.

Zum anderen bleibt die Hinweispflicht des Art. 58 Abs. 4 S. 2 PAG-E hinter den Vorgaben des *BVerfG* zum Inhalt des zu erteilenden Hinweises zurück. Das *BVerfG* fordert im BKAG-Urteil einen Hinweis sowohl auf die Zweckbindung als auch auf etwaige Verwendungsbeschränkungen und Löschungspflichten (BVerfGE 141, 220, 344 Rn. 331: „*Verwendungsbeschränkungen sind den Empfangsbehörden bei der Übermittlung klar und ausdrücklich mitzuteilen.*“, BVerfGE 141, 220, 345 Rn. 335: „*In Betracht zu nehmen ist insoweit insbesondere, ob für die Verwendung der Daten die - bei der Übermittlung mitgeteilten - Grenzen durch Zweckbindung und Löschungspflichten sowie grundlegende Anforderungen an Kontrolle und Datensicherheit wenigstens grundsätzlich Beachtung finden.*“ sowie BVerfGE 141, 220, 349 f. Rn. 352).

Art. 58 Abs. 4 S. 2 PAG-E sollte daher als eigenständiger sechster Absatz ausgestaltet werden (der jetzige Abs. 6 wird dann zu Abs. 7) und folgendermaßen lauten:

„(6) Die Polizei teilt dem Empfänger die festgelegten Zwecke mit, zu denen die Verarbeitung der Daten erfolgen darf, sowie etwaige Verwendungsbeschränkungen und den bei ihr vorgesehenen Löschungszeitpunkt.“

./.

d) Art. 58 Abs. 6 PAG-E:

Wie bereits bei Art. 52 PAG-E (siehe hierzu bereits oben unter I.31.) begegnet die **Beschränkung der parlamentarischen Kontrolle** der Datenübermittlungen an öffentliche Stellen in Drittstaaten gemäß Art. 58 Abs. 6 PAG-E und an nichtöffentliche Stellen in Drittstaaten gemäß Art. 59 Abs. 5 PAG-E erheblichen Bedenken. Denn fortan soll – anders als noch im Vorgängerentwurf vom 07.11.2017 vorgesehen – auch bezüglich dieser Datenübermittlungen nicht mehr der Landtag, sondern nur noch das PKG unterrichtet werden.

Das *BVerfG* führt im BKAG-Urteil zu den Verfahrensvorkehrungen bei Datenübermittlungen an ausländische Behörden aus, dass „*auch ansonsten … die Anforderungen an eine wirksame aufsichtliche Kontrolle einschließlich einer hierfür geeigneten Protokollierung der jeweiligen Übermittlungsvorgänge sowie das Erfordernis von Berichtspflichten*“ (BVerfGE 141, 220, 350 Rn. 340 – BKAG) gelten und verweist im Zuge dessen auf seine allgemeinen Ausführungen zur Berichtspflicht gegenüber Parlament und Öffentlichkeit (siehe BVerfGE 141, 220, 285 Rn. 142 f. – BKAG).

Richtigerweise führt die Gesetzesbegründung zu Art. 59 Abs. 5 PAG-E (GesBegr. S. 146) daher auch Folgendes aus: „*Der Verweis auf Art. 58 Abs. 6 dient schließlich der Anpassung an die Maßgaben des BVerfG aus dem BKAG-Urteil in den Rn. 340 und 354, die auf die Rn. 142 bis 143 verweisen, da die bei Drittstaatenübermittlungen an die zuständigen Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden geltenden Informationspflichten gegenüber dem Parlament und der Öffentlichkeit selbstredend erst Recht bei Drittstaatenübermittlungen an nichtöffentliche Stellen gelten müssen. Auch das neugefasste BKAG regelt in § 88 BKAG eine Informationspflicht gegenüber dem Bundestag (der seinerseits die Öffentlichkeit zu unterrichten hat) für alle Übermittlungen im internationalen Bereich nach § 27 BKAG n.F.*“

Um den Anforderungen des *BVerfG* gerecht zu werden, ist demnach Art. 58 Abs. 6 S. 1 PAG-E folgendermaßen abzuändern: „[1]Das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr unterrichtet den Landtag jährlich über erfolgte Übermittlungen nach den Abs. 1 und 4.“

./.

37. Art. 59 PAG-E (Übermittlung an nichtöffentliche Stellen):
Art. 59 Abs. 3 PAG-E regelt die Übermittlung von Daten aus verdeckten Maßnahmen an nichtöffentliche Stellen im In- und Ausland und an sonstige öffentliche Stellen in Drittstaaten. Anders als von der Gesetzesbegründung zu Art. 59 Abs. 3 PAG-E (GesBegr. S. 146) angenommen, genügt im Bereich der verdeckten Maßnahmen die bloße Protokollierung der Datenerhebung nicht. Bei den Übermittlungen dieser Daten halte ich eine **Dokumentation** der Datenübermittlungen für unerlässlich. Das *BVerfG* hat zwar im BKAG-Urteil nur für Datenerhebungen und -löschungen eine Protokollierungspflicht festgestellt (BVerfGE 141, 220, 284 ff. Rn. 141, 144 – BKAG). Zur Gewährleistung von Transparenz und Kontrolle sind jedoch auch Datenübermittlungen an nichtöffentliche Stellen, die auf äußerst eingriffsintensiven Maßnahmen beruhen, zu dokumentieren. Auch der Grundsatz der Verantwortlichkeit gemäß Art. 4 Abs. 4 RLDSJ, wonach der Verantwortliche die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze nachweisen können muss und der in Art. 25 RLDSJ konkretisiert wird, erfordert insbesondere für Übermittlungen eine Protokollierung. Art. 59 Abs. 3 PAG-E könnte daher folgendermaßen ergänzt werden: „[3]Art. 58 Abs. 2 gilt entsprechend.“

38. Art. 60 PAG-E (Datenempfang durch die Polizei):
Art. 60 Abs. 3 PAG-E regelt die Voraussetzungen für Ersuchen der Polizei an Verfassungsschutzbehörden und Nachrichtendienste zur Datenübermittlung.

Die **Abrufbefugnis des Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E** sieht in der jetzigen Entwurfsfassung vor, dass die Polizei die Verfassungsschutzbehörden um die Übermittlung von mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen Daten „*zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut*“ ersuchen darf. Im Gegensatz zum Vorgängerentwurf vom 08.08.2017 erweitert Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E den Rechtsgüterschutz um die Rechtsgüter des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 und Nr. 4 PAG-E, also um die sexuelle Selbstbestimmung und erhebliche Eigentumspositionen. Die **Datenübermittlungsbefugnis des Art. 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayVSG** erlaubt eine Datenübermittlung hingegen nur „*zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen von erheblichem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse*

geboten ist“. Diese vorgenannten Rechtsgüter entsprechen den in der bisherigen Entwurfsfassung enthaltenen Rechtsgütern des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 und Nr. 5 PAG-E. Darüber hinaus sieht Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E jedoch auch die „drohende Gefahr“ als zulässigen Gefahrengrad vor.

Demnach geht die Abrufbefugnis des Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E deutlich über die Voraussetzungen der Übermittlungsbefugnis des Art. 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayVSG hinaus und verstößt damit bereits gegen die Vorgaben des *BVerfG* zum **sog. Doppeltür-Modell** im wegweisenden **Bestandsdatenauskunfts-Urteil** vom 24.01.2014 (Az. 1 BvR 1299/05, BVerfGE 130, 151, 184 – Bestandsdatenauskunft; ähnlich bereits BVerfGE 125, 260, 355 f. – Vorratsdatenspeicherung). Darin hat das BVerfG wörtlich ausgeführt, dass sich „*ein Datenaustausch … durch die einander korrespondierenden Eingriffe von Abfrage und Übermittlung [vollzieht], die jeweils einer eigenen Rechtsgrundlage bedürfen*“. Hier liegen jedoch keine einander korrespondierenden Eingriffsermächtigungen vor, sondern divergierende Rechtsgrundlagen:
Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E ermöglicht der Polizei ein Ersuchen, dessen Erfüllung dem Verfassungsschutz gar nicht erlaubt ist, jedenfalls in dem Umfang nicht.

Die Abrufbefugnis des Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E verstößt darüber hinaus gegen die strengen Vorgaben, die das *BVerfG* im **ATDG-Urteil** vom 24.04.2013 (Az. 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 – ATDG) zum **Datenaustausch zwischen Verfassungsschutz und Polizei** gemacht hat. Soweit der Datenaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendienst für ein mögliches operatives Tätigwerden der Polizei erfolgt, gelten laut *BVerfG* folgende gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen: „*Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt insoweit ein informationelles Trennungsprinzip. Danach dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden grds. nicht ausgetauscht werden. Einschränkungen der Datentrennung sind nur ausnahmsweise zulässig. Soweit sie zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgen, begründen sie einen besonders schweren Eingriff. Der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden muss deshalb grds. einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt. Dies muss durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grund-*

lage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein.“ (BVerfGE 133, 277, 329 Rn. 123 – ATDG). Diese Anforderungen haben auch nach dem BKAG-Urteil noch Bestand. Das *BVerfG* verweist hinsichtlich der Datenübermittlung von Nachrichtendiensten an das BKA im BKAG-Urteil ausdrücklich auf die Ausführungen im ATDG-Urteil, insbesondere auf vorgenannte Passage (vgl. BVerfGE 141, 220, 340 Rn. 320 – BKAG).

Angesichts dieser strengen Vorgaben halte ich bereits die Vorschrift des Art. 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayVSG für zu weitgehend (siehe hierzu meine kritische Stellungnahme vom 22.02.2016, S. 28, abrufbar unter: https://www.datenschutz-bayern.de/1/BayVSG-E-Stellungnahme.pdf). Unvertretbar ist jedoch die derzeitige Regelung des Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E.

Auch der **Bundesgesetzgeber** erlaubt in § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BVerfSchG eine Datenübermittlung lediglich zur „*Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen von erheblichem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist*“ und führt in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/4654 S. 33) dazu aus, dass „*am Schutz dieser besonders gewichtigen Rechtsgüter vor konkreten Gefahren … ein herausragendes öffentliches Interesse*“ besteht.

Vor diesem Hintergrund ist Art. 60 Abs. 3 Nr. 1 PAG-E zwingend folgendermaßen abzuändern: „1. zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut oder“.

39. Art. 61 PAG-E (Datenabgleich innerhalb der Polizei):

a) Art. 61 Abs. 1 PAG-E:

Bei **Akkreditierungsverfahren** (siehe hierzu bereits oben unter I.13.a) ist der Datenabgleich auf solche Speicherungen zu beschränken, deren zugrundeliegenden Delikte gerade vorgebeugt werden soll. Bei Zuverlässigkeitsüberprüfungen zu Zwecken des Personenschutzes sind grundsätzlich nur solche Speicherungen in den

Blick zu nehmen, die eine Gefährdung von Leben, Gesundheit und der Freiheit (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 PAG-E) zum Gegenstand haben. Soll darüber hinaus durch ein Akkreditierungsverfahren der Gefahr eines terroristischen Anschlags bei einer Veranstaltung begegnet werden, dürfen im Rahmen der Zuverlässigkeitsüberprüfung zusätzlich solche Speicherungen herangezogen werden, die zur Beurteilung einer gewaltbereiten extremistischen Neigung (Rechtsgüterschutz des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 PAG-E) erforderlich sind. Nicht zulässig ist hingegen der Abgleich und die Rückmeldung mit Bagatelldelikten und Straftaten, die in keinerlei Zusammenhang zum Personenschutz stehen (z.B. Insolvenzverschleppung, Geldfälschung etc.).
Aus diesem Grund wurde Art. 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b) PAG-E bereits überarbeitet und die Datenerhebung zu Zwecken des Personenschutzes auf die „*Gefahrenabwehr für ein in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut*“ beschränkt. Art. 32 PAG-E regelt jedoch nur die Zulässigkeit der **Datenerhebung**, **nicht** den **Datenabgleich** und die daran anschließende **Rückmeldung**. Aus diesem Grund sollte zumindest in der Gesetzesbegründung zu Art. 61 Abs. 1 PAG-E oder, falls dies für sinnvoller erachtet wird, in der Gesetzesbegründung zu Art. 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b) PAG-E auf vorstehende Beschränkungen hingewiesen werden.

b) Art. 61 Abs. 2 PAG-E:
Ich begrüße, dass Art. 61 Abs. 2 PAG-E unter das einschränkende Erfordernis einer ansonsten zu besorgenden Gefährdung oder wesentlichen Erschwerung der polizeilichen Aufgabenerfüllung gestellt wurde. In diesem Zusammenhang rege ich sogleich an, „wenn ansonsten…“ durch „wenn andernfalls…“ zu ersetzen, um einen Gleichlauf mit Art. 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG-E herzustellen.
Diese Einschränkung reicht jedoch noch nicht, da z.B. Gesichtsfelderkennungsmaßnahmen bei „Bagatellsachverhalten“ dadurch nicht ausgeschlossen wären. Der **Einsatz intelligenter Videoüberwachung** ist auf die Abwehr von Gefahren für bedeutende Rechtsgüter zu beschränken, um eine angemessene Eingriffsschwelle zu gewährleisten (s.o. unter I.14.c). Damit korrespondierend ist der abzugleichende Fahndungsbestand in Art. 61 Abs. 2 PAG-E auf Personen zu begrenzen, die schwerer Straftaten (§ 100a Abs. 2 StPO) verdächtig oder überführt sind oder von denen eine Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut (Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG-E) ausgeht. Art. 61 Abs. 2 PAG-E ist daher um folgenden zweiten Satz zu ergänzen: „[2]Sie sind jedoch

nur zur Aufklärung schwerer Straftaten und zur Abwehr von Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut zulässig.“

Zudem sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 61 Abs. 2 PAG-E darauf hingewiesen werden, dass es sich beim Abgleich von Bilddaten, die mittels intelligenter Videoüberwachung erhoben wurden, um eine automatisierte Entscheidungsfindung im Einzelfall (Art. 11 RLDSJ) auf der Grundlage besonderer Kategorien personenbezogener Daten (Art. 10 RLDSJ, Art. 30 Abs. 2 PAG-E) handelt, deren Verarbeitung geeignete Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person (Art. 11 Abs. 2 RLDSJ) voraussetzt. Zusätzlich sollte in der Gesetzesbegründung zu Art. 61 Abs. 2 PAG-E auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 11 Abs. 3 RLDSJ bzw. Art. 35 Abs. 2 BayDSG-E (Stand: 12.12.2017) mit der Folge der Unzulässigkeit der Datenverarbeitung hingewiesen werden.

40. Art. 62 PAG-E (Berichtigung, Löschung und Verarbeitungseinschränkung von Daten):

a) Art. 62 Abs. 3 PAG-E:

Nach Art. 62 Abs. 3 S. 1 PAG-E kann eine **Datenlöschung unterbleiben**, „*soweit und solange dies im Einzelfall nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist*“. Dieser Ausnahmetatbestand begegnet erheblichen Bedenken, da es hierfür keine Rechtsgrundlage gibt. Insbesondere ist zu beachten, dass Art. 16 Abs. 3 RLDSJ in diesem Bereich abschließend ist. In der Gesetzesbegründung zu Art. 62 Abs. 3 PAG-E (GesBegr. S. 150) heißt es nur: „*Hierdurch wird die alte Nr. 4 zu Nr. 3. Hierbei handelt es sich um eine künftig besonders restriktiv auszulegende Ausnahmeregelung.*“ Die Gesetzesbegründung erschöpft sich damit in einer Wiedergabe der Gesetzesbegründung zu § 58 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG n.F., der einen ähnlich lautenden Ausnahmetatbestand vorsieht. Des Bundesgesetzgeber begründet die Beibehaltung des § 58 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG n.F. (vormals § 20 Abs. 3 Nr. 3 BDSG) ebenfalls nicht überzeugend: „*Die Möglichkeit, von der Löschung wegen unverhältnismäßigen Aufwands abzusehen, ist als restriktiv auszulegende Ausnahmeregelung anzusehen. Im Grundsatz sollte die bei Verantwortlichen zum Einsatz kommende IT-*

Infrastruktur darauf ausgelegt sein, eine Löschungsverpflichtung auch technisch nachvollziehen zu können.“ (BT-Drs. 18/11325, S. 114 f.).
Auch wenn ein praktisches Bedürfnis für diese Ausnahmeregelung erkennbar ist, sollte die Vorschrift aus Rechtsgründen ersatzlos gestrichen werden.

b) Art. 62 Abs. 5 PAG-E:
Nach Art. 62 Abs. 5 S. 4 Nr. 1 PAG-E kann die **Unterrichtung** über die Antragsablehnung **unterbleiben**, wenn „*die Erfüllung polizeilicher Aufgaben durch die Auskunftserteilung gefährdet oder wesentlich erschwert würde*“. Letzterer Passus ist zu streichen, da Art. 16 Abs. 4 S. 2 lit. a, b RLDSJ eine solche Einschränkung nicht erlaubt und die bloße Erschwernis keine Mitteilungsverweigerung zur Folge haben kann.

41. Art. 63 PAG-E (Automatisiertes Abrufverfahren):
Die umfassende Protokollierungspflicht nach Art. 63 Abs. 2 PAG-E begrüße ich. Die in Art. 63 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PAG-E vorgesehene **Zweckbestimmung** sollte jedoch folgendermaßen beschränkt werden: „Verhütung oder Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die mit unzulässigen Datenverarbeitungen, insbesondere unberechtigten Datenabrufen, zusammenhängen und“
Mir ist bewusst, dass Art. 25 Abs. 2 RLDSJ die Verwendung von Protokolldaten für Strafverfahren zulässt. Gleichwohl sollte hierauf aus datenschutzrechtlichen Gründen verzichtet werden.

Art. 63 Abs. 3 S. 3 PAG-E regelt die Löschung der Protokolle. Aus für mich nicht nachvollziehbaren Gründen wurde die im Vorgängerentwurf vom 08.08.2017 enthaltene **Höchstfrist** von drei Jahren für die Aufbewahrung der Protokolle gestrichen. Stattdessen orientiert sich die Löschung der Protokolle nunmehr ausschließlich am Erforderlichkeitsmaßstab („*Soweit sie für Zwecke des Satzes 1 nicht mehr benötigt werden, sind sie zu löschen.*“). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und einheitlichen Verfahrensweise halte ich – wie bereits bei Art. 51 Abs. 2 S. 3 PAG-E (s.o. unter I.30.b) – eine Aufbewahrungsfrist von höchstens drei Jahren (zum Ende des Kalenderjahres) jedoch für sinnvoll. Art. 51 Abs. 2 S. 3 PAG-E sollte daher (wieder) lauten: „Soweit sie für Zwecke des Satzes 1 nicht mehr benötigt werden, spätestens

aber nach Ablauf des dritten Kalenderjahres, das dem Jahr der Protokollierung folgt, sind sie zu löschen."

42. Art. 64 PAG-E (Errichtungsanordnung für Dateien; Datenschutz-Folgenabschätzung):

a) Art. 64 Abs. 1 PAG-E:
Art. 64 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 PAG-E sieht für die Erstellung von **Errichtungsanordnungen** vor, dass „*Angaben nach Abs. 2 Satz 4 Halbsatz 2*" aufzunehmen sind. Art. 64 Abs. 2 S. 4 PAG-E enthält jedoch nur einen zusammenhängenden Satz. „Halbsatz 2" ist daher in Art. 64 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 PAG-E zu streichen (Redaktionsversehen).

a) Art. 64 Abs. 2 PAG-E:
Demgegenüber führt Art. 64 Abs. 2 S. 5 PAG-E zur **Datenschutz-Folgenabschätzung** Folgendes aus: „*Ist zugleich eine Errichtungsanordnung nach Abs. 1 erforderlich, so ist vor deren Erstellung eine entsprechende Folgenabschätzung vorzunehmen; die Angaben nach Satz 4 sind in die Errichtungsanordnung aufzunehmen.*" Der letzte Halbsatz des Art. 64 Abs. 2 S. 5 PAG-E ist überflüssig. Denn dass die Errichtungsanordnung die „Angaben nach Satz 4" zu enthalten hat, sieht bereits Art. 64 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 PAG-E vor (siehe zuvor). Der zweite Halbsatz des Art. 64 Abs. 2 S. 5 PAG-E ist daher zu streichen.

Zudem empfehle ich, in der Gesetzesbegründung zu Art. 64 Abs. 2 PAG-E – neben der bereits erwähnten Möglichkeit des Trackings – weitere konkrete Beispiele für Datenverarbeitungsvorgänge zu benennen, die eine Datenschutz-Folgenabschätzung erfordern.

43. Art. 65 PAG-E (Auskunftsrecht):

a) Art. 65 Abs. 1 PAG-E:
In Art. 65 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 PAG-E, der den **Inhalt der Auskunft** bestimmt, sollten die „Empfänger" noch um „oder Kategorien von Empfängern" ergänzt werden. Zwar

ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zu Art. 65 Abs. 1 PAG-E (GesBegr. S. 156), dass die Kategorien der Übermittlungsempfänger anzugeben sind, wenn die einzelnen Empfänger nicht benannt werden können. Allerdings sollte dies ausdrücklich im Gesetzestext geregelt werden, da auch Art. 14 Hs. 2 lit. c RLDSJ diese Möglichkeit explizit vorsieht.

Davon abgesehen freue ich mich, dass auf meine Forderung hin in der Gesetzesbegründung zu Art. 65 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 PAG-E (GesBegr. S. 156) ergänzt wurde, dass unter die Empfänger auch solche in Drittstaaten und internationalen Organisationen fallen. Denn diese Vorgabe ergibt sich nicht nur aus ErwGr. 43 S. 2 RLDSJ, sondern sogar aus Art. 14 Hs. 2 lit. c RLDSJ selbst.

b) Art. 65 Abs. 2 PAG-E:
Nach Art. 65 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG-E kann die **Auskunftserteilung unterbleiben**, wenn „*die Erfüllung polizeilicher Aufgaben durch die Auskunftserteilung gefährdet oder wesentlich erschwert würde*“. Letzterer Passus ist zu streichen, da Art. 15 Abs. 1 lit. a, b RLDSJ eine solche Einschränkung nicht erlaubt und die bloße Erschwernis keine Auskunftsverweigerung zur Folge haben kann (siehe hierzu bereits oben zu Art. 62 Abs. 5 S. 4 Nr. 1 PAG-E unter I.40.b).

Weiterhin ist in Art. 65 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG-E der Passus „und Ordnung“ zu streichen, da Art. 15 Abs. 1 lit. c RLDSJ eine Einschränkung des Auskunftsrechts nur zum Schutz der „öffentlichen Sicherheit“, nicht aber der öffentlichen Ordnung gestattet. In Niedersachen sieht die Polizeirechtsreform der Landesregierung sogar die durchgängige Streichung des Schutzguts der „öffentlichen Ordnung“ im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (SOG) und dessen Umbenennung in Niedersächsisches Gesetz über die Abwehr von Gefahren (NGefAG) vor (siehe Nds LT-Drs. 17/6232 vom 03.08.2016).

44. Art. 92 PAG-E (Verfahren und Zuständigkeit für gerichtliche Entscheidungen u.a.):
Art. 92 Abs. 3 S. 1 PAG-E sieht vor, dass Maßnahmen, die einem Richtervorbehalt unterliegen und bei denen von der Eilfallkompetenz Gebrauch gemacht wurde, diese

unverzüglich **richterlich zu bestätigen** sind. Nach Art. 92 Abs. 3 S. 2 PAG-E gilt dies „*außer in Fällen des Art. 41 Abs. 1 nicht, wenn die Maßnahme bereits vorher erledigt*“ ist. Der letzte Satz ist zwingend zu streichen, da andernfalls der Richtervorbehalt bei zahlreichen Maßnahmen leerliefe. So könnte etwa bei Gefahr im Verzug z.B. kurzzeitig eine Quellen-TKÜ (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 S. 1 PAG-E) oder Online-Durchsuchung (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 S. 1 PAG-E) durchgeführt werden, die Einholung der richterlichen Bestätigung jedoch dann hinfällig werden, wenn die Maßnahme – jedenfalls vor Ablauf der Drei-Tages-Frist des Art. 92 Abs. 3 S. 3 PAG-E – abgebrochen wird. Die Gesetzesbegründung (GesBegr. S. 169) zu Art. 92 Abs. 3 PAG-E führt zwar aus, dass „*die Pflicht zu Einholung einer richterlichen Bestätigung … nur in den Fällen [entfällt], in denen sich die aufgrund Eilanordnung getroffene Maßnahme bereits erledigt hat und nicht mehr fortwirkt.*“. Fraglich ist allerdings, was unter „nicht mehr fortwirkt“ zu verstehen ist. Dieser Passus, überdies nur in der Gesetzesbegründung, ist viel zu schwammig, um eine sinnvolle Begrenzung zu bewirken. Auch in Fällen, in denen für die Sichtung kernbereichsrelevanter Daten von der Eilfallkompetenz Gebrauch gemacht wird (siehe Art. 41 Abs. 5 S. 6, 7 PAG-E), würde den Vorgaben des *BVerfG* im BKAG-Urteil nicht Rechnung getragen. Die Gesetzesbegründung zu Art. 41 Abs. 5 PAG-E (GesBegr. S. 107) führt hierzu lapidar aus: „*Die Entscheidung der unabhängigen Stelle ist dann aufgrund des in Satz 7 enthaltenen Verweises nach Art. 92 Abs. 3 unverzüglich nachzuholen; dies gilt nur dann nicht, wenn die Gefahrenlage noch vor Ablauf der in Art. 92 Abs. 3 Satz 2 enthaltenen Dreitagesfrist vollständig beseitigt wurde bzw. keinerlei Maßnahmen, die sich auf die Weiterverarbeitung der erlangten Daten stützen, mehr andauern.*“

Zwar wurde auf meine massive Kritik hin die Wohnraumüberwachung (Art. 41 PAG-E) als Rückausnahme vorgesehen. Allerdings verstößt der Erledigungssatz für Fälle des Bodycam-Einsatzes in Wohnungen (Art. 33 Abs. 4 S. 2 PAG-E) weiterhin gegen **Art. 13 Abs. 4 GG**, insbesondere dann, wenn etwaige Bildaufnahmen bereits gelöscht wurden und die Maßnahme daher nicht mehr „fortwirkt“. Denn Art. 13 Abs. 4 GG sieht zwingend eine richterliche Anordnung und bei Eilfällen eine richterliche Bestätigung vor (Art. 13 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 GG: „*eine richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen*“). Diese Vorgaben können durch einfachgesetzliche Reglungen nicht umgangen werden.

Zudem begegnet die Regelung des Art. 92 Abs. 3 S. 2 PAG-E unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes nach **Art. 19 Abs. 4 GG** erheblichen Bedenken.

./.

So prüft kein Richter in Fällen, in denen etwa die Polizei eine Postsendung bei Gefahr im Verzug gemäß Art. 35 Abs. 1, 2 PAG-E von einem namentlich nicht näher bekannten Absender (z.B. Brief mit Absender „Dein Schatz“) sicherstellt und nach Öffnung gemäß Art. 35 Abs. 6 Nr. 2 PAG-E unverzüglich weiterleitet, die Zulässigkeit der Postsicherstellung. Denn aufgrund der Eilfallanordnung entfällt die vorherige richterliche Prüfung. Ebenso entfällt wegen der unverzüglichen Postweiterleitung die nachträgliche Bestätigung durch den Richter, da die Maßnahme dann nicht mehr fortwirkt. Darüber hinaus ist es dem Absender nicht möglich, beim zuständigen Verwaltungsgericht – als „letzten Strohhalm“ – eine Fortsetzungsfeststellungsklage zu erheben, da er von der Postsicherstellung gemäß Art. 50 Abs. 1 S. 6 PAG-E (unverhältnismäßiger Identifizierungsaufwand) regelmäßig nicht benachrichtigt wird und daher keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt.
Damit wird ein rechtsfreier Raum geschaffen, der sich kaum mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbaren lässt. Das rechtsstaatliche Gebot wirkungsvollen Rechtsschutzes verlangt aufgrund seiner Vorbehaltlosigkeit, dass ausnahmslos jede Maßnahme öffentlicher Gewalt einer – zumindest einmaligen – gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein muss (*Enders*, in: BeckOK GG, 34. Ed.,
Stand 15.08.2017, Art. 19 Rn. 57). Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet bekanntermaßen nur Schutz durch den Richter, nicht aber gegen den Richter (BVerfGE 15, 275, 280; 107, 395, 403; 138, 33, 39). Doch gerade der Zugang zur gerichtlichen Überprüfung wird durch Art. 92 Abs. 3 S. 2 PAG-E in bestimmten Fällen unmöglich gemacht.

Des Weiteren ist die in Art. 92 Abs. 3 S. 3 PAG-E vorgesehene **Frist** von „drei Werktagen“ in eine solche von „drei Tagen“ abzuändern. Andernfalls führt die Regelung unter Umständen zu Fristen von bis zu fünf Tagen, wenn eine Maßnahme beispielsweise freitags angeordnet wird. Dies überdehnt jedoch den Ausnahmecharakter der Eifallregelungen. Auch die Strafprozessordnung geht z.B. bei der Beschlagnahme von nur einer Drei-Tage-Frist aus (siehe § 98 Abs. 2, § 111q Abs. 4 StPO).

45. Art. 94a Abs. 1 PAG-E (Übergangsbestimmungen):
Art. 94a Abs. 1 PAG-E enthält eine Übergangsbestimmung für die **Kennzeichnungsregelungen** der Art. 30 Abs. 2 S. 2 und Art. 48 Abs. 5 PAG-E. Meinen in der Stellungnahme vom 08.09.2017 (S. 56) hierzu geäußerten Bedenken wurde zwar nun-

mehr insofern Rechnung getragen, als die Übergangsbestimmung des Art. 94a Abs. 1 PAG-E gemäß Art. 95 Abs. 2 Nr. 3 PAG-E mit Ablauf des 25.05.2028 außer Kraft tritt. Dies genügt allerdings nicht, um den Kennzeichnungspflichten und der damit einhergehenden Trennbarkeit der Daten ausreichend Rechnung zu tragen. Denn nach der Rechtsprechung des *BVerfG* (BVerfGE 125, 260, 333 – Vorratsdatenspeicherung; BVerfGE 109, 279, 379 f. – akustische Wohnraumüberwachung; BVerfGE 100, 313, 360, 394 f. – Telekommunikationsüberwachung) hat der Gesetzgeber für personenbezogene Daten, die durch verdeckten Eingriff in besonders geschützte informationelle Rechtspositionen erhoben wurden, in dem hierzu ermächtigenden Gesetz sicherzustellen, dass diese als solche gekennzeichnet werden. Die Einhaltung des Zweckbindungsgrundsatzes lässt sich nur gewährleisten, wenn auch nach der Erfassung erkennbar bleibt, dass es ich um Daten handelt, die aus verdeckten Eingriffen stammen.

Vor diesem Hintergrund begegnet es bereits erheblichen Bedenken, dass die Kennzeichnungspflicht nicht von Beginn an auf Altdatenbestände angewendet werden soll. Dies umso mehr als aufgrund der Mitziehklausel (Art. 55 Abs. 2 S. 6 PAG-E) Altdaten unter Umständen sehr lange gespeichert sein können. Unvertretbar ist jedoch die Fortführung der bisherigen Rechtslage für Datenerhebungen. Mit Inkrafttreten des PAG ist die Kennzeichnungspflicht zumindest bei Schaffung neuer Datenbestände umzusetzen.

Art. 94a Abs. 1 PAG-E ist daher ein zweiter Satz anzufügen: „[2]Dies gilt jedoch nicht für die Erhebung von Daten.“

46. Art. 95 PAG-E (Inkrafttreten; Außerkrafttreten):

a) Art. 95 Abs. 1 PAG-E:

In Art. 95 Abs. 1 PAG-E wird – ebenso wie in § 7 PAG-Neuordnungsgesetz-Entwurf – für den **Zeitpunkt des Inkrafttretens** bislang kein konkretes Datum genannt. Im Entwurf der Ministerratsvorlage (S. 8) für die erste Befassung des Ministerrats mit dem PAG-Neuordnungsgesetz am 28.11.2017 wird jedoch ausgeführt, dass „*das Inkrafttreten der Gesetzesänderungen…, unbeschadet bestimmter einzelner Über-*

gangsregelungen im PAG, vom Grundsatz gekoppelt an das geplante Inkrafttreten des BayDSG“ ist. Das BayDSG tritt allerdings – ebenso wie die DSGVO, das novellierte BDSG und BKAG – erst am 25.05.2018 in Kraft. Rein vorsorglich weise ich darauf hin, dass Art. 63 Abs. 1 RLDSJ – abweichend davon – bereits den 06.05.2018 als Anwendungszeitpunkt vorsieht und den Mitgliedstaaten diesbezüglich keinen Umsetzungsspielraum eröffnet (siehe Art. 63 Abs. 1 S. 2 RLDSJ: „*Sie wenden diese Vorschriften ab dem 6. Mai 2018 an.*“).

b) Art. 95 Abs. 3 PAG-E:

Da die Polizei mit Einführung der intelligenten Videoüberwachung „technisches Neuland“ betritt, ist die Regelung des Art. 33 Abs. 5 PAG-E drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten einer umfassenden **Evaluation** zu unterziehen. Art. 95 PAG-E ist daher um einen dritten Absatz zu ergänzen: „(3)[1]Die Landesregierung evaluiert die Anwendung von Art. 33 Abs. 5 auf wissenschaftlicher Grundlage unter Mitwirkung einer oder eines unabhängigen Sachverständigen drei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes und berichtet hierüber dem Landtag. [2]Die Polizei erhebt hierzu statistische Daten und stellt diese dem Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr spätestens drei Monate nach Ablauf des Evaluierungszeitraums zur Verfügung. [3]Sofern sich aus der Sicht des Staatsministeriums gesetzgeberische Maßnahmen empfehlen, soll der Bericht einen Vorschlag enthalten.“

II. Novellierung des Polizeiorganisationsgesetzes (POG-E)

Zu **Art. 12, 13 POG-E (Zentrale Datenprüfstelle)** ist Folgendes anzumerken:

Ich begrüße sehr, dass meine Anregungen zur Ausgestaltung und zum Verfahren der Zentralen Datenprüfstelle weitgehend aufgegriffen und nachvollziehbar umgesetzt wurden. Zum **Strafverfolgungszwang**, dem Polizeibeamte grundsätzlich unterliegen, möchte ich jedoch noch Folgendes ausführen:

Art. 12 Abs. 3 S. 4 POG-E sieht vor, dass „*Der Leiter und die Bediensteten … im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Zentrale Datenprüfstelle keine darüber hinausgehenden Aufgaben wahr[nehmen]*“. Dieser Passus lässt anklingen, dass die Bediensteten der Zentralen Datenprüfstelle wohl keinen anderen Aufgaben, insbesondere keiner Strafverfolgungstätigkeit nachgehen. Zur Klarstellung dieser Aufgabenbeschränkung sollte allerdings zumindest die **Gesetzesbegründung zu Art. 12 POG-E** (GesBegr. S. 179) entsprechend ergänzt werden. Andernfalls sind die Bediensteten der Zentralen Datenprüfstelle, bei denen es sich mehrheitlich um Polizeivollzugsbeamte handeln wird (siehe Entwurf der Ministerratsvorlage zum PAG-Neuordnungsgesetz, S. 10 oben), der Gefahr ausgesetzt, aufgrund des Legalitätsprinzips (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 S. 1 StPO) wegen Strafvereitelung im Amt nach § 258a StGB belangt zu werden, falls sie im Zuge ihrer Tätigkeit Kenntnis von strafrechtlich relevanten Sachverhalten erhalten, jedoch keine Ermittlungen aufnehmen. Gleiches gilt für die nach Art. 12 Abs. 4 POG-E zur Unterstützung herangezogenen Dienstkräfte. Die Regelung des Art. 12 Abs. 4 S. 3 POG-E, dass die „*eingesetzten Dienstkräfte … hinsichtlich der ihnen bekannt gewordenen Umstände auch ihren Dienststellen gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet*“ sind, genügt insoweit nicht.

III. Novellierung des Sicherheitswachtgesetzes (SWG-E)

Zu **Art. 5 SWG-E (Identitätsfeststellung)** ist schließlich noch Folgendes anzumerken:
In Art. 5 S. 1 SWG-E ist die bisherige Formulierung („und zum Schutz privater Rechte“) beizubehalten, da der **Schutz privater Rechte** – anders als in der Gesetzesbegründung zu Art. 5 SWG-E angenommen (GesBegr. S. 181) – kein Unterfall der Gefahrenabwehr, sondern eine Erweiterung des polizeirechtlichen Aufgabenbereichs und Instrumentariums darstellt (siehe hierzu bereits meine Ausführungen zu Art. 2 Abs. 2 PAG-E unter I.1.).

Hinsichtlich der mit dem **„Sofortpaket“** (Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24.07.2017, GVBl. S. 388) eingeführten Befugnisse ist Ihnen meine kritische Haltung bereits bekannt.

Für etwaige Rückfragen stehe ich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Thomas Petri

Julius-Maximilians-
UNIVERSITÄT
WÜRZBURG
Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Rechtphilosophie

Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

97070 Würzburg
Domerschulstraße 16
Telefon: (0931) 31-8 82335
E-Mail: Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de

An den Vorsitzenden des Ausschusses
für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport
MdL Dr. Florian Herrmann
Maximilianeum
81627 München
per Mail

Würzburg, den 20.3.2018

Sachverständige Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen der Bayerischen Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Dr. 17/20763)

I. Ausgangssituation

Nachdem das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 16. April 2016 – unter grundsätzlicher Bestätigung der legitimen Aufgabe der Bekämpfung des internationalen Terrorismus – das BKA-Gesetz gleichwohl in Teilen für verfassungswidrig erklärt hatte und dem Gesetzgeber zahlreiche – nach Ansicht der abweichenden Meinung der Richter Eichberger und Schluckebier zu weitgehende –

- vgl. ferner zur Kritik im Schrifttum nur: *Gärditz*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., 2017, S. 988 ff.; *Lindner/Unterreitmeier*, DÖV 2017, 90 (92) -

Vorgaben für die Neukonzeption des BKA-Gesetzes gemacht hat, nimmt der jetzt vorliegende Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung die Vorgaben des Gerichts auf und setzt diese in verfassungskonformer Weise um.

In Ansehung der Tatsache, dass der Gesetzentwurf sich nicht nur mit der Aufgabe konfrontiert sah, eine Vielzahl von kleinteiligen verfassungsgerichtlichen Vorgaben umzusetzen, sondern zudem auch – das konzeptionell völlig andere europäische Datenschutzrecht implementieren muss, und der Entwurf dies zum Anlass nimmt, das Polizeirecht insgesamt zu novellieren, will sich die nachfolgende Stellungnahme auf einige wenige Bereiche beschränken. Dies gilt zum einen für die Kategorie der „drohenden Gefahr“, betrifft zum anderen die Novellierung des Verfassungsschutzgesetzes.

II. Die Staatsaufgabe Sicherheit

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Wie spätestens – allerdings sind auch zuvor eine Vielzahl von beabsichtigten Terroranschlägen entweder aufgrund der Aufmerksamkeit der Sicherheitsbehörden oder des Dilletantismus der Täter verhindert worden – der Terroranschlag in Berlin im Dezember 2016 gezeigt hat, dürfte es kaum mehr nur um gefühlte Bedrohungslagen gehen; es existiert vielmehr eine nicht mehr nur theoretische Bedrohung bisher ungeahnten Ausmaßes, die den Staat in der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten zwingt, im Interesse einer effektiven Terrorabwehr Grundrechte zu beschränken, um so die ihm anvertrauten Bürger zu schützen.

Zwar erkennt die durch das Grundgesetz konstituierte wertgebundene Ordnung den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als obersten Zweck allen Rechts an

- vgl. dazu nur aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *BVerfGE* 12, 45 (51); 28, 175 (189); 33, 1 (10 f.); 37, 57 (65) -

und beschränkt daher den Zweck des Staates auf die Wahrung des Gemeinwohls;

- *BVerfGE* 42, 312 (332) -

gleichwohl setzt die Verfassung die Existenz des Staates und seiner Handlungsfähigkeit voraus. Dies bedeutet, dass der Staat auch und gerade unter den Vorzeichen terroristischer Bedrohungen eine Balance von Freiheit und Sicherheit herstellen muss,

- Zum prekären Verhältnis von Freiheit und Sicherheit siehe ausführlich *Schwarz*, Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat, in: Blaschke/Förster/Lumpp/ Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, Berlin 2005, S. 29 ff. -

die maßgeblich auch durch die Aussage geprägt wird, dass das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer den vorrangigen Schutz des Staates verdient.

- Ausführlich und m.w.N. *Hillgruber*, in: JZ 2007, 209 (211 ff.) -

In der Sache geht es darum, dass das Grundrecht auf Freiheit die Gewährleistung von Sicherheit durch den Staat bedingt. Das damit umschriebene Problem lässt sich auch mit dem plakativen Stichwort der Freiheitsgewährleistung durch Freiheitsbeschränkung benennen.

- *BVerfGE* 49, 23 (56 f.): „*Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet*.“ -

Dabei darf nicht geleugnet werden, dass der mit der tatsächlichen Eskalation der Bedrohungslage

- insoweit ist es auch verfehlt, die Veränderung der Realität auszublenden, wie dies beispielsweise im Schrifttum geschieht, wenn von partiell „eingebildeten Bedrohungen“ ausgegangen wird, so beispielsweise früher *Waechter*, DVBl. 1999, S. 809 ff. -

gestiegene Informationsbedarf der Sicherheitsbehörden dazu führt, dass sich Eingriffsbefugnisse immer weiter in das Vorfeld von Gefahren ausdehnen, dass also der herkömmliche Gefahrenbegriff nur bedingt tauglich ist, den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts gerecht zu werden. Gefahrenabwehr wird vor diesem Hintergrund zur Gefahrenvorsorge, wobei zu konstatieren ist, dass sich die Befugnisse zur Gefahrenvorsorge überaus dynamisch entwickeln. Dies bringt für das Verfassungsrecht die Frage mit sich, wie diese Dynamik sich in das System des Schutzes grundrechtlicher Freiheit einfügen lässt, da jedenfalls nach allgemeiner Ansicht gerade in diesem Bereich – anders als bei der klassischen Gefahrenabwehr oder bei der Verfolgung bereits begangener Straftaten – klassische rechtsstaatliche Begrenzungsansätze nur bedingt zur Zielverwirklichung tauglich erscheinen.

- ausführlich zu entsprechenden Veränderungen im Schrifttum: *Schoch*, Der Staat 43 (2004), S. 347 (362 f.) -

Es sei in Erinnerung gerufen: Die Erweiterung strafprozessualer oder gefahrenabwehrrechtlicher – Befugnisse ist kein Selbstzweck im Sinne von bloßem Aktionismus, sondern Reaktion (in den 70er Jahren auf die Terrorismusgefahr seitens der RAF, später auf das Phänomen der Organisierten Kriminalität und seit dem 11. September 2001 auf einen global agierenden, aber lokal organisierten Terrorismus). Dabei ist der Rechtsstaat gefordert, wenn er, um neuen Herausforderungen gerecht zu werden, das überkommene rechtliche Instrumentarium behutsam fortentwickelt.

Dementsprechend sei auch vor Diffamierungstendenzen gewarnt, die staatliche Institutionen wider besseres Wissen bezichtigen, Bürgerrechte ohne Not auf dem Altar der Sicherheit opfern zu wollen. Das Grundgesetz misst auch und gerade dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung eine zentrale Bedeutung zu. Dies belegt auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn es der zu gewährleistenden Sicherheit der Bevölkerung den gleichen Rang zubilligt wie anderen hochwertigen Verfassungsgütern.

- *BVerfGE* 49, 24 (46 f.); 115, 320 (346, 357); 120, 274 (319); 133, 277 (333); zuletzt auch *BVerfG*, Urt. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

Dies gilt umso mehr angesichts einer veränderten Bedrohungslage und einer veränderten Bedrohungsqualität; der Staat ist zur Risikovorsorge und Risikominimierung verpflichtet.

- zum verfassungsrechtlichen „*…Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge…*“ vgl. nur *BVerfGE* 49, 89 (139) -

Insoweit ist der Schutz der Bevölkerung im Vorfeld vor der Begehung schwerster Straftaten ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Wer dem Staat präventive Mittel –

und dies erfasst auch Vorfeldmaßnahmen – aus der „*grundrechtsgebundenen*“ Hand nehmen will, läuft Gefahr, den Staat und die Gemeinschaft der rechtstreuen Bürger wehrlos gegenüber Bedrohungen zu machen, die die Werte einer freiheitlich verfassten Gemeinschaft negieren.

Gerade wegen der zunehmenden Nutzung elektronischer und digitaler Informationsmittel in nahezu allen Lebensbereichen wäre der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sowie des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder erheblichen Gefährdungen ausgesetzt, wenn nicht auch den Sicherheitsbehörden die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre informationstechnische Handlungsfähigkeit den aktuellen Rahmenbedingungen anzupassen.

> - *BVerfGE* 115, 320 (360): „*Die Verfassung hindert den Gesetzgeber nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen (…) 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.*“ -

Von einer solchen grundlegenden Verschiebung kann jedoch mit Blick auf die neu eingeführten Befugnisse im Polizeirecht keine Rede sein. Moderne Kommunikationstechniken werden bei der Begehung und Vorbereitung unterschiedlichster Straftaten zunehmend eingesetzt und tragen so zur Effektivierung krimineller Handlungen bei. Das Schritthalten der Strafverfolgungsbehörden kann daher nicht lediglich als sinnvolle Abrundung des Arsenals kriminalistischer Ermittlungsmethoden bzw. Aufklärungsmittel im Vorfeld konkreter Straftaten begriffen werden, welche die weiterhin wirkungsvollen herkömmlichen Ermittlungsmaßnahmen ergänzt. Es ist vielmehr vor dem Hintergrund der Verlagerung herkömmlicher Kommunikationsformen hin zum elektronischen Nachrichtenverkehr einschließlich der anschließenden digitalen Verarbeitung und Speicherung als notwendiges Instrument zur Herstellung einer gewissen „technischen Parität“ zu sehen.

> - zum vorstehenden siehe nur *BVerfGE* 115, 166 (193); siehe zuletzt auch *BVerfG*, Urt. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

Es wäre in der Tat eine bemerkenswerte Verdrehung eines grundgesetzlichen Freiheitsverständnisses, „*…wollte man dem Staat verbieten, terroristische(n) Bestrebungen (…) mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten.*“

> - *BVerfGE* 49, 24 (56) -

Mit Blick auf die zentralen Aufgaben der Polizei und die ihr zur Verfügung stehenden Eingriffsbefugnisse bedeutet dies auch, dass die grundrechtlichen Kautelen jedenfalls auch im Lichte der Bedeutung der Polizei für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgelegt werden müssen. Es dürfte nämlich kaum „*…der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuhalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrages nötig sind*.“

- *BVerfGE* 30, 1 (19 f.) -

Insoweit kommt insgesamt der Gewährleistung von Sicherheit eine verfassungsrechtliche Wertigkeit zu, die sich auch und gerade bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der hier in Rede stehenden Grundrechtseingriffe entfalten muss.

- *BVerfGE* 115, 320 (357); 120, 274 (319); 133, 277 (333), *BVerfG*, Urt. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

2. Rechtsstaatliche Kautelen

Datenschutzrelevante Grundrechtsgarantien bedürfen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts organisations- und verfahrensrechtlicher Sicherungen; dies verwirklichen zum einen Auskunftsansprüche.

- *BVerfGE* 120, 351 (359 ff.); in Sonderheit zu behördlichen Benachrichtigungspflichten bei heimlichen Datenerhebungen vgl. nur *BVerfGE* 100, 313 (361, 364); 109, 279 (363 f.); 118, 168 (208 ff.) -

Der Gesetzentwurf sieht ein abgestuftes System von Benachrichtigungen der Betroffenen bei Zugriffen auf ihre Daten vor und genügt damit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben in vollem Umfang.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann sich im Einzelfall aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ein Anspruch auf Benachrichtigung über die Erhebung personenbezogener Daten ergeben, wenn diese Form der Kenntnisgewähr Voraussetzung für die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes ist,

- *BVerfGE* 100, 313 (364); 109, 279 (364); 120, 351 (362); 125, 260 (335) -

da ohne nachträgliche Kenntnis die Betroffenen weder die Unrechtmäßigkeit der Datenverwendung noch etwaige Rechte auf Löschung, Berichtigung oder ähnliches geltend machen könnten.

Der Gesetzgeber hat sich – frei von verfassungsrechtlichen Bedenken – für ein Konzept entschieden, wonach Daten jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen auch „ohne Wissen des Betroffenen“ erhoben werden dürfen. Dies hat auch seinen guten Grund. Denn Ermittlungen sind regelmäßig von einer beachtlichen Dynamik gekennzeichnet und beschleunigt zu führen. Aufwände, die verfahrenssichernden und rechtsschützenden Zwecken nicht zwingend *zeitnah* geschuldet sind, sollen *zunächst* in Grenzen gehalten werden. Der Gesetzgeber hat dementsprechend eine differenzierte Regelung über die Benachrichtigung getroffen, die eine vorherige Benachrichtigung nicht vorschreibt. Zudem hat er mit der Gestattung, zunächst auch ohne Wissen des Betroffenen Verkehrsdaten zu erheben, erkennbar eine Typisierung vorgenommen, die darauf zurückgeht, dass zumeist der Untersuchungszweck, das Nichtbekanntsein des Aufenthaltsortes des Betroffenen oder die notwendige Beschleunigung der Sachaufklärung einer Vorab-Benachrichtigung entgegenste-

hen. Das ist ersichtlich nicht unangemessen, dem Betroffenen zumutbar und infolgedessen dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen unbenommen.

Es sei im Übrigen der Hinweis gestattet, dass sogar eine fehlende Benachrichtigungspflicht in Ansehung der geringen Eingriffsintensität von Verfassungs wegen unproblematisch sein dürfte, weil jedenfalls eine Rechtsschutzmöglichkeit gegenüber den abschließenden behördlichen Entscheidungen besteht.

- *BVerfG*, NJW 2012, 1419 (1430, Rdnr. 186) -

Im Übrigen ist der Rechtsordnung auch keine generelle Informationsverpflichtung durch Benachrichtigungen zu entnehmen, wie sich in Sonderheit den Bestimmungen der Strafprozessordnung entnehmen lässt. So ist im Fall der Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO eine Benachrichtigung des Beschuldigten nicht in jedem Fall der Einstellung, sondern nur unter den dort genannten Voraussetzungen vorgesehen. Auch die Benachrichtigungspflichten in § 100 StPO gehen von einem abgestuften System der Benachrichtigungspflichten aus, für die insbesondere die Eingriffsintensität der Maßnahme (Verpflichtung zur Benachrichtigung „erheblich mitbetroffener Personen“) entscheidend sind.

- *BVerfG*, NJW 2012, 833 (838, Rdnr. 227 f.) -

Insgesamt ist daher der Gesetzgeber nicht in jedem Fall verpflichtet, Regelungen über eine Benachrichtigungspflicht zu treffen. Dass er sie getroffen hat, ist schon verfassungsrechtlich nicht erforderlich, mag rechtspolitisch aber eine gewisse Befriedungsfunktion zu entfalten. Im Übrigen sei aber auch der Hinweis gestattet, dass Benachrichtigungspflichten zur Kompensation der Heimlichkeit oder Nichterkennbarkeit eines informatorischen Eingriffs nur sehr bedingt tauglich sind, etwaige Defizite zu kompensieren, da die ex-post-Information nicht die Möglichkeit zur effektiven Abwendung der Grundrechtsgefährdung bzw. des Grundrechtseingriffs eröffnet.

Eine weitere Möglichkeit zur Kompensation – hier unterstellter – bestehender Rechtsschutzdefizite stellt der Richtervorbehalt dar. Dabei handelt es sich um eine traditionelle prozedurale Vorkehrung gegenüber Datenerhebungen, die kompensieren soll, dass die überwachte Person – mangels Kenntnis des Grundrechtseingriffs – selbst über keinen primären, präventiven Abwehrrechtsschutz verfügt.

- *BVerfGE* 103, 142 (152); 107, 299 (325); 109, 279 (359); 120, 274 (322) -

Wenngleich ein Richtervorbehalt ausdrücklich nur für Maßnahmen bei Art. 13 GG vorgesehen ist, so geht da Bundesverfassungsgericht gleichwohl in ständiger Rechtsprechung von einem abgestuften Konzept grundrechtsübergreifend wirkender Richtervorbehalte aus. So hatte das Gericht beispielsweise in der GPS-Entscheidung

- *BVerfGE* 112, 304 (318) -

einen Richtervorbehalt eingefordert, obwohl die betroffenen Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG einen solchen Vorbehalt nicht vorsehen. Dieser Ansatz wurde bei Eingriffen in das Recht

auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ausgebaut und ein grundsätzlicher Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung postuliert.

- BVerfGE 120, 274 (331*) -*

Auch in dieser Hinsicht begegnet der Gesetzentwurf keinen durchgreifenden Bedenken, verwirklicht er vielmehr die vom Bundesverfassungsgericht geforderten Grundrechtssicherungen.

III. Die Eingriffsschwelle der „drohenden Gefahr“

Soweit der Gesetzentwurf für eine Vielzahl polizeilicher Maßnahmen auf die Eingriffsschwelle der „drohenden Gefahr“ abstellt, greift er damit eine in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geradezu vorgezeichnete Linie auf. Im Übrigen dürfte von zentraler Bedeutung sein, dass die drohende Gefahr bei Lichte besehen auch als eine der „konkreten“ Gefahr anverwandte Kategorie begriffen werden kann.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht die Kategorie der drohenden Gefahr auch nicht auf bestimmte, nur geringfügige Eingriffsbefugnisse beschränkt hat; vielmehr verlangt das Gericht nur eine an der Gewichtigkeit des zu schützenden Rechtsgutes orientierte Eingriffsschwelle. Ob dieser vom Bundesverfassungsgericht geforderte und mit dem Gesetzentwurf weitgehend realisierte Wechsel hin zu einer rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bisherigen Straftatkataloge überzeugend ist, mag man mit guten Gründen bezweifeln, war doch das Bayerische Polizeirecht traditionell durch den Ansatz geprägt, die Unversehrtheit der Rechtsordnung zu gewährleisten.

Mit der Schaffung der Kategorie der „drohenden Gefahr“ versucht der Gesetzgeber dem Gedanken Rechnung zu tragen, dass letzten Endes auch das Recht ein Seismograph für Veränderungen der politischen Wirklichkeit ist. So ist das Strafrecht regelmäßig – wie die Entwicklung seit den 70er Jahren zeigt – der jeweiligen terroristischen Bedrohungslage angepasst worden und hat sich damit zu einem Sicherheitsrecht entwickelt. Vergleichbares gilt auf Bundesebene für die Strafprozessordnung und auf Landesebene für die Polizeigesetze der Länder.

Dieser Ansatz entspricht auch der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG, wenn es dort betont, dass der Gesetzgeber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt sei, die dem „tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren“ entsprechen. Vielmehr könne er die Grenzen auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziere. So könne eine hinreichend konkrete Gefahr auch dann bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lasse, gleichwohl aber bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. So könne der Gesetzgeber beispielsweise in Bezug auf terroristische Straftaten auch darauf abstellen, ob das indivi-

duelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie „in überschaubarer Zeit“ Straftaten begehen wird. Letzten Endes geht es darum, eine sachgerechte Abwägung zwischen der notwendigen Eintrittswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit von der Schwere des drohenden Schadens vorzunehmen.

- dazu *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (59)-

IV. Die Novellierung des Verfassungsschutzgesetzes

1. Allgemeine Aussagen

Die Auswirkungen der BKAG-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die in Aussicht genommene Gesetzgebung zum Recht der Nachrichtendienste setzt zunächst voraus, die strukturellen Unterschiede zwischen dem Polizeirecht i.w.S. (Gefahrenverhütung, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung) einerseits und dem Recht der Nachrichtendienste andererseits zu identifizieren.

Mit Blick auf die zentrale Aufgabe des Verfassungsschutzes und die ihm zur Verfügung stehenden Eingriffsbefugnisse bedeutet dies auch, dass die grundrechtlichen Kautelen jedenfalls auch im Lichte der Bedeutung des Verfassungsschutzes für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgelegt werden müssen. Es dürfte nämlich kaum „*…der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuhalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrages nötig sind*.“

Insoweit kommt insgesamt der Gewährleistung von Sicherheit eine verfassungsrechtliche Wertigkeit zu, die sich auch und gerade bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der hier in Rede stehenden Grundrechtseingriffe entfalten muss. Die Aufgabenstellung des Verfassungsschutzes hat also Frühwarnfunktion. Daher erfolgt die Beobachtung extremistischer Bestrebungen zumeist schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr. Die Maßnahmen werden deshalb schon zum Zeitpunkt des Planens von Straftaten eingesetzt. Wegen der noch fehlenden Verwirklichung einzelner Tatbestandselemente wird die Tatsachenlage häufig durch hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt. Die beobachteten Tätigkeiten können in harmlosen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat werden soll. Die Verfassungsschutzbehörde muss deshalb unter erheblicher Unsicherheit arbeiten, die größer ist als üblicherweise bei der Tätigkeit von Polizei- oder Strafverfolgungsbehörden und die trotz der Sachkunde und beruflichen Erfahrung ihres Personals nicht ausgeräumt werden kann. Der Verfassungsschutz befindet sich damit vor der Schwierigkeit, entweder Wichtiges zu übersehen und damit seine Aufgabe zu verfehlen oder Maßnahmen auf Indizien zu stützen, die eventuell zu schwach sind, um einen schweren Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Insoweit wird im Schrifttum zunächst zwar zutreffend erkannt, dass die von den Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder zu beobachtenden Bestrebungen nicht zwingend mit einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit gleichgesetzt werden können, da sie auch solche Sachlagen erfassen, in denen noch nicht

angenommen werden kann, dass sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu irgendeiner Rechtsgutsverletzung führen werden. Aber gerade auch in diesen Situationen darf der Staat nicht darauf verzichten, den ihm obliegenden Schutzauftrag zu erfüllen.

Eine zutreffende Würdigung der möglichen Eingriffsbefugnisse des Verfassungsschutzes setzt zunächst voraus, dass man sich der Besonderheiten der von ihm wahrzunehmenden Aufgaben vergewissert. Soweit nämlich als zentrale Argumente gegenüber (in Sonderheit heimlichen) Eingriffsbefugnissen vorgebracht wird, diese führten zu unkontrollierbaren, kumulativen Grundrechtseingriffen von erheblicher Intensität mit einer gleichermaßen erheblichen Streubreite, da eine Vielzahl potentiell Betroffener erfasst werden könne, greift dieser Befund schlichtweg zu kurz und übersieht zudem, dass die Rechtslage nicht nur dadurch zu charakterisieren ist, dass Grundrechtseingriffe im Gefahrenvorfeld an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts anknüpfen und zudem eine Nähebeziehung des Betroffenen zur abzuwehrenden Gefahr voraussetzen.

Zwar mag es zutreffend sein, dass im „klassischen" Polizeirecht intensive Grundrechtseingriffe erst ab einer bestimmten Verdachts- bzw. Gefahrenstufe zulässig sind; dies setzt aber auch eine Funktionsbestimmung voraus, die sich grundlegend von der Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden unterscheidet. Danach sind die Ämter für Verfassungsschutz im Wesentlichen auf die Sammlung und Auswertung von Informationen über verfassungsfeindliche Bestrebungen und geheimdienstliche oder sicherheitsgefährdende Aktivitäten beschränkt; „polizeiliche Befugnisse" – also Eingriffsbefugnisse über den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel hinaus, stehen ihnen ausdrücklich nicht zu. Daraus folgt auch, dass zwischen Polizei und Verfassungsschutz weder ein Konkurrenz- noch ein Ergänzungsverhältnis besteht; die Polizei ist vielmehr auf die Abwehr bestimmter, im Einzelnen durch den Gesetzgeber näher zu definierenden Gefahren und die Aufklärung strafbarer Handlungen bei tatsächlichen Anhaltspunkten beschränkt, während dem Verfassungsschutz die Beobachtung bzw. das Ausspähen von abstrakt staatsgefährdenden „Bestrebungen" zukommt. Dies mag bei Lichte besehen zu dem – allerdings zu kurz greifenden – Befund führen, sowohl die Polizei als auch der Verfassungsschutz seien beispielweise für die Terrorismusbekämpfung zuständig. Entscheidend ist aber, dass der Verfassungsschutz langfristig die strukturelle Entwicklung des Terrorismus beobachtet, während der Polizei die Abwehr konkreter Gefahren und die Strafverfolgung obliegen. Dementsprechend ist die polizeiliche Tätigkeit auch nicht – primär – auf Vorfelduntersuchungen und die Analyse von terroristischen Phänomen beschränkt; die der Polizei eingeräumten Befugnisse zielen vielmehr auf die Verhinderung der unmittelbaren Tatausführung und die Beweissicherung ab. Dies bedeutet aber auch, dass– anders als beim Verfassungsschutz – nicht die Langzeitbeobachtung terroristischer Bestrebungen im Vordergrund steht, sondern vielmehr die Verhinderung konkret bevorstehender terroristischer Aktivitäten.

Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass mit der Gewinnung struktureller Vorfelderkenntnisse zur Aufklärung von Bestrebungen in aller Regel gerade keine unmittelbaren Sanktionen und Konsequenzen für die Betroffenen verbunden sind, diese sogar kraft Gesetzes grundsätzlich ausgeschlossen sind. Demgegenüber ist die Polizei im Bereich der Repression nach Maßgabe des

Legalitätsprinzips verpflichtet, im Bereich der Prävention nach Maßgabe des Opportunitätsprinzips berechtigt, gegen verdächtige Personen vorzugehen. Diese nachteiligen Folgen sind aber deutlich eingriffsintensiver als bloße Vorfelduntersuchungen.

Die Unterschiede zwischen dem herkömmlichen Polizeirecht und den Befugnissen des Verfassungsschutzes lassen sich aber auch anhand eines anderen Kriteriums verdeutlichen. Wenn auf die Parameter der „Verdachtslosigkeit" einerseits und der „Streubreite" des Eingriffs andererseits als Argument für die Verfassungswidrigkeit einer möglichen Befugniserweiterung des Verfassungsschutzes abgestellt wird, so vermag dies nicht zu überzeugen.

So setzen heimliche Maßnahme des Verfassungsschutzes – und dies gilt auch für den Einsatz technischer Überwachungsmittel – selbst erhebliche Vorfeldaktivitäten voraus, die mit dem herkömmlichen Instrumentarium des Verfassungsschutzes darauf abzielen, den Kreis derer maßgeblich zu begrenzen, die überhaupt für eine entsprechende Maßnahme in Betracht kommen. Insoweit muss der Verfassungsschutz schon auf einer vorgelagerten Ebene Erkenntnisse sammeln, die den späteren Grundrechtseingriff rechtfertigen können. Das aber bedeutet, dass derjenige, der von entsprechenden Überwachungsmaßnahmen erfasst wird, in der Regel, nachdem durch entsprechende Vorfeldmaßnahmen der Kreis der potentiellen Gefährder eingegrenzt wurde, auch einen entsprechenden Anlass dazu gegeben hat. Insoweit ist auch die sog. „Online-Durchsuchung" gerade kein „Verdachts-" oder „Verdächtigengewinnungseingriff", da vor ihrem Einsatz bereits konkrete Anhaltspunkte eruiert wurden, die auf potentielle Gefahren hindeuten können. Damit kann aber auch dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass bei dieser Maßnahme jedenfalls von Anfang an keine sehr große Ausgangsmenge von Personen betroffen sein wird. Die „Online-Durchsuchung" ist kein verdachtsloser Grundrechtseingriff.

Im Ergebnis handelt es sich daher bei entsprechenden Regelungen, die zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen ermächtigen, auch nicht um Bestimmungen, die zu grundrechtseingreifenden Ermittlungen „ins Blaue hinein" ermächtigen.

Etwas weiteres gilt es zu berücksichtigen: Wenn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs entscheidend auf die Art und Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung einerseits und den intendierten Rechtsgüterschutz andererseits abzustellen ist, dann zeigt sich auch bei diesem Bewertungsmaßstab der entscheidende Unterschied zwischen polizeirechtlichen Befugnisnormen und den Eingriffsbefugnissen des Verfassungsschutzes. Letztere dienen unstreitig dem Schutz von Rechtsgütern höchsten Ranges; sie verzichten aber auch nicht a priori auf das erforderliche Kriterium der Erfolgseignung, sondern schränken durch entsprechende Vorfeldermittlungen den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Fälle ein, in denen eine gewisse Nähe der zu überwachenden Personen zur fraglichen Rechtsgutbedrohung gegeben ist. Dieses Procedere entspricht im Übrigen auch der ständigen Rechtsprechung, wonach mit zunehmendem Gewicht der bedrohten Rechtsgüter geringere Anforderungen an die Schadensnähe und damit insgesamt an die maßgebliche Gefahrenschwelle als Eingriffskriterium gestellt werden dürfen.

Insgesamt zeichnen sich daher die dem Verfassungsschutz eingeräumten Eingriffsbefugnisse durch eine geringere Eingriffsintensität aus als sie beispielsweise Maßnahmen auf präventiv-polizeilicher Grundlage oder sogar repressiven Eingriffen zu Eigen sind. Der Verfassungsschutz betreibt Risikovorsorge und nimmt daher eine genuine Staatsaufgabe in verhältnismäßiger Weise wahr.

2. Konkrete Folgerungen

a. Allgemeine Aussagen

Zunächst ist zu betonen, dass in Ansehung des Streitgegenstandes das BKAG-Urteil keinerlei Bindungswirkung für den Gesetzgeber im Bereich der Nachrichtendienste entfaltet. Zwar lässt die Entscheidung, die zusammenfassend – wenngleich auch nicht immer konsistent – die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sicherheitsrecht in den letzten 15 Jahren enthält, in Ansätzen erkennen, welche Maßstäbe für das Gericht von besonderer Bedeutung sind; indes sollte der Gesetzgeber – anders als bei der Novellierung des Polizeirechts – sich seiner Gestaltungsspielräume durchaus bewusst sein und diese auch „offensiv“ nutzen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im BKAG-Verfahren beschränkt – wie die Sondervoten *Eichberger* und *Schluckebier* eindrücklich belegen – unter Rückgriff auf Verhältnismäßigkeitserwägungen in kaum mehr zu billigender Weise die Prärogative des Gesetzgebers. Zu Recht ist in diesem Zusammenhang von einem „rechtsstaatlichen Overkill“ (*Gärditz*) gesprochen worden, der den Gedanken plausibel erscheinen lässt, dass das Bundesverfassungsgericht die Schranken der Gewaltenteilung nicht nur berührt, sondern substantiell überschritten hat.

Immerhin scheint – wenn auch nicht immer konsequent durchgehalten – das Bundesverfassungsgericht die – oben skizzierten – Unterschiede zwischen nachrichtendienstlicher und polizeilicher Aufgabe selbst anzuerkennen und geht daher auch von niedrigeren Eingriffsschwellen für nachrichtendienstliche Aufklärungsmaßnahmen aus. Vor diesem Hintergrund dürften nachrichtendienstliche Erforschungseingriffe auch grundsätzlich einem legitimen Ziel dienen und sich insgesamt auch als verhältnismäßig erweisen.

Kritik verdient die Entscheidung zum BKAG – wie generell die Rechtsprechung des Ersten Senats – auch unter dem Aspekt der fehlerhaften Annahme, dass die grundrechtliche Handlungsfreiheit schon dann eingeschränkt werde, wenn der Betroffene nicht abschätzen könne, welche Folgen sein Verhalten für ihn haben werde. Dies ist eine oft wiederholte Behauptung, die mangels empirischer Belegbarkeit nicht durch die Häufigkeit der Wiederholung besser wird.

Das Gericht hat zudem – wenngleich auch dies nicht unumstritten – als Ausdruck prozeduralen Grundrechtsschutzes eine Vielzahl von Verfahrensanforderungen aufgestellt, die dem - fehlerhaften – Gedanken einer eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahme geschuldet sind. Dies gilt in Sonderheit für Richtervorbehalte, die als präventive Kontrolle zur Kompensation des Grundrechtsein-

griffs beitragen sollen. Ob dies bei Vorfeldmaßnahmen, die ohnehin nur das Ergebnis weiterer vorgelagerter Informationsgewinnungen sind, auch geboten ist, dürfte höchst zweifelhaft sein.

Auch mit Blick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung geht das Gericht in der Zwischenzeit – was ein bemerkenswerter Erkenntniszugewinn ist – davon aus, dass ein unbeabsichtigtes Eindringen in diesen Kernbereich nicht a priori ausgeschlossen werden kann; unbeschadet der Tatsache, dass der gezielte Eingriff unzulässig ist, bedarf es im Übrigen auch entsprechender verfahrensrechtlicher Kautelen.

Auch die Ausführungen im BKAG-Urteil zum Gedanken der Transparenz sind nicht frei von Bedenken, besteht hier doch die Gefahr, dass die Aufgabenwahrnehmung durch entsprechende Berichtspflichten eingeschränkt werden kann. Gleichwohl dürften nachträgliche, die Informationsverarbeitung nicht gefährdende Informationen über Observationsmaßnahmen von Verfassungs wegen unbedenklich sein. Ob demgegenüber auch eine allgemeine Unterrichtung in Form regelmäßiger Berichte – jenseits der ohnehin erfolgenden Berichte gegenüber dem Bundestag und damit gegenüber der Öffentlichkeit – von Verfassungs wegen geboten ist, erscheint zweifelhaft, da sie geeignet wäre, die Aufgabenwahrnehmung durch einen partiell interessengesteuerten Diskurs zu deligitimieren.

b. Konkrete Folgerungen

Der Gesetzentwurf ist sich bei der Neuregelung der Befugnisse des Verfassungsschutzes in verfassungskonformer Weise der Unterschiede zwischen polizeilichen Befugnissen einerseits und nachrichtendienstlichen Befugnissen andererseits bewusst macht dies auch deutlich.

Dessen ungeachtet wird man dem Bundesverfassungsgericht folgen (müssen), wenn es auch im Bereich des vorgelagerten Rechtsgüterschutzes bei Observationsmaßnahmen von relevanten Grundrechtseingriffen ausgeht, da die so gewonnenen Erkenntnisse später Grundlage aktioneller Maßnahmen sein können. Allerdings ist nochmals darauf hinzuweisen, dass den Verfassungsschutzbehörden ausschließlich informationelle Befugnisse zustehen, während aktionelle Maßnahmen gerade nicht zum Aufgabenwahrnehmungsspektrum gehören. Vor diesem Hintergrund erweist sich jede nachrichtendienstliche Tätigkeit im Ergebnis als Vorsorgemaßnahme, die gerade darauf abzielt, drohenden Gefahren für herausragende Schutzgüter wirksam zu begegnen. Dies trägt auch dem Gedanken eines – verfassungsrechtlich ohnehin umstrittenen – Trennungsprinzips Rechnung, wonach die Nachrichtendienste auf die Aufgabe der verdachtsgewinnenden Lageaufklärung und die Polizei auf die Verdachtsverdichtung und die ggf. erforderliche Konzentration beschränkt sind. Dies ist vor allem unproblematisch, weil der Verfassungsschutz gerade nicht jede Information weiterleitet, sondern eben nur die relevanten Informationen seiner Aufklärungsarbeit.

Vor diesem Hintergrund erscheinen auch Anforderungen an eine umfassende Kontrolle im Vorfeld als überzogen; soweit kernbereichsrelevante Informationen in Rede stehen, dürfte auch eine Nachkontrolle ausreichend sein. Dies gilt auch für Benachrichtigungspflichten, die soweit nicht die Art. 10 und 13 GG berührt sind, durchaus restriktiv gehandhabt werden dürfen. Soweit aus den Erhebun-

gen der Daten keine weiteren Maßnahmen folgen, scheint eine Mitteilungspflicht von Verfassungs wegen überzogen.

gez. Kyrill-A. Schwarz

RECHTSANWÄLTE

WÄCHTLER
UND KOLLEGEN

HARTMUT WÄCHTLER . ANNEMARIE GAUGEL . THOMAS HESSEL . HUBERT HEINHOLD
DIRK ASCHE . KATHARINA CAMERER . ANNA TOTH . MATHES BREUER

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

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

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

München, den 20.03.2018

Unser Aktenzeichen:
Bitte stets angeben!
-- d --

Sehr geehrter Herr Dr.Herrmann,

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

Allgemeine Überlegungen:

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

- Identitätsfeststellung, Art 13

- Erkennungsdienstliche Massnahmen, Art 14

- Zwangsweise Durchsetzung einer Vorladung, Art. 15 III

- Kontaktverbot, Art. 16 II, S.1 Nr.1

- Aufenthaltsverbot und Verbannung (Aufenthaltsgebot), Art.16 II S.1 Nr.2
- Meldeanordnung, Art.16 II S.2
- Gewahrsam (Vorbeugehaft), Art.17
- Durchsuchung von Sachen an Kontrollstellen, Art.22 I Nr.6
- Betreten und Durchsuchung von Wohnungen, Art.23 I S.1 Nr.3
- Sicherstellung von Daten, Art.25
- Pfändung von Konten und Vermögensrechten, Art.25 II
- Übersichtsaufnahmen von öffentlichen Veranstaltungen, Art.33 I Nr.2
- Einsatz von Bodycams ab öffentlichen Orten, Art.33 IV S.1
- Einsatz von Bodycams in Wohnungen, Art.33 IV S.2
- Einsatz „intelligenter Videoüberwachung“, Art.33 Abs.V
- Gezielte Überwachung einer Person durch intelligente Videoüberwachung, Art.33 V S.2
- elektronische Fußfessel, Art.34
- Postsicherstellung und ggf. Postöffnung, Art.35
- Längerfristige Observation von Verdächtigen und mutmaßlichen Kontakt-personen, Art.36 I Nr.1
- Verdeckter Kamera-Einsatz außerhalb von Wohnung, Art.36 I Nr.2a
- Verdeckter Einsatz technischer Mittel zur Standortfeststellung, Art.36 I Nr.2b

- Verdeckter Einsatz technischer Mittel zum Abhören oder Aufzeichnen von Gesprächen außerhalb von Wohnungen. Art.36 I Nr.2c
- Einsatz verdeckter Ermittler (VE), Art.37
- Einsatz von V-Personen , Art.38
- Automatisierte Kennzeichenerfassung, Art.39
- Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Art.40
- Wohnraumüberwachung, Art.41
- Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) incl. Quellen –TKÜ, Art.42 I und II
- Unterbrechung der Telekommunikation, Art.42 V. S.1
- Unterbrechung des Zugangs zu Rundfunk und TV, Art.42

- Auskunft bei Dienstanbietern über Telekommunikationsverkehrsdaten, Art.43II,1

- Auskunft über Vorratsdaten, Art.43 II S.2

- Online-Durchsuchung, Art.45

- Geheimes Betreten von Wohnungen zum Zweck der Online-Durchsuchung,

Art.45, III S.5

- Rasterfahndung, Art.46

- Einsatz von Drohnen, Art.47

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

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

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

Mögliche rechtsstaatliche Sicherungen könnten sein:

- eine möglichst präzise und jedenfalls die Verhältnismässigkeit der Mittel beachtende Eingriffsschwelle;

- eine externe, am besten durch unabhängige Richter wahrgenommene Kontrolle der vorgesehenen Massnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit den im GG und der EMRK garantierten Grund- und Menschenrechten sowie ihrer Notwendigkeit und Angemessenheit bzgl. der betroffenen Person und die Schlüssigkeit der über sie angestellten Gefahrenprognose;

- die Möglichkeit der betroffenen BürgerInnen, sich umfassend über die gegen sie vorliegenden Vorwürfe zu informieren und sich effektive dagegen zu verteidigen und zwar wenn möglich bevor die Massnahmen gegen sie ergiffen werden, jedenfalls aber mit professionellem Beistand immer dann, wenn in wesentliche Rechte eingegriffen wird wie Freiheit, Eigentum und die Grundrechte der Unverletzlichkeit der Wohnung, der Kommunikationsfreiheit, der informationellen Selbstbestimmung und der Intimsphäre.

a. Die Eingriffsschwelle der drohenden Gefahr

Der bisher auch im bayerischen Polizeirecht übliche Begriff der konkreten Gefahr als Voraussetzung polizeilicher Eingriffe wurde durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 01.08.2017 (Drs.17/16299) zunächst nur für die dort genannten Massnahmen durch den neuen Begriff der drohenden Gefahr ersetzt. Ich habe bei der Anhörung vom 17.0517 dazu ausführlich Stellung genommen. Durch das PAG-E wird dieser Begriff für eine Vielzahl einschneidender polizeilichet Massnahmen verallgemeinert. In 21 der oben aufgeführten 35 polizeilichen Einzelmassnahmen wird der Begriff der drohenden Gefahr als Eingreifvoraussetzung genannt, er ist damit zentral für das PAG-E. Unabhängig davon, wie man die Berechtigung dieser genuin bayerischen Begriffsbildung im Polizeirecht einschätzt besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass die Schwelle des polizeilichen Eingreifens damit gesenkt wird. Eine nur drohende Gefahr ist weniger als eine konkrete Gefahr. Die früher auch im PAG genannte kokrete Gefahr ist nach der Rspr. des BVerfG dadurch gekennzeichnet ist, dass

"*im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch bestimmte Personen verursacht wird. Die konkrete Gefahr wird durch drei Kriterien bestimmt: den Einzelfall, die zeitliche Nähe des Umschlagens einer Gefahr in einen Schaden und den Bezug auf individuelle Personen als Verursacher" BVerfGE 120,274,328 f*

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

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

"*tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr" (a.a.0. S.328),*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc. Rechtsschutz und rechtliches Gehör

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

München, den 21.03.2018

Hartmut Wächtler
Rechtsanwalt

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

Einleitend ist zusammenfassend zu sagen, dass der Entwurf des BayPAG (PAG-E) den von der RL vorgegebenen Schutz der personenbezogenen Daten des Bürgers auf das Mindestmaß beschränkt. Der bayerische Gesetzgeber beabsichtigt nur das zu tun was er meint aufgrund der RL bzw. der Vorgaben des nationalen Rechts und des BVerfG tun zu müssen. Er will die Grenzen des Möglichen ausreizen.
Speziell in Bezug auf die von der RL vorgegebenen Schutzstandards der personenbezogenen Daten der BürgerInnen gelingt ihm dies nicht immer. Beim Versuch an die Grenzen zu gehen werden diese teilweise überschritten.
Folgende Beispiele (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) sollen dies verdeutlichen:
Art. 30 Abs. 2 PAG-E: - betrifft die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (gemeint sind damit besonders sensible Daten wie sie in Art. 10 RL genannt werden)

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

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

„Die Verarbeitung ist zulässig

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

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

Schutz der personenbezogenen Daten der BürgerInnen zu gewährleisten. Auch wäre es zu begrüßen, wenn auch bei Nr. 2 a die bedrohten Rechtsgüter eingeschränkt würden.
Von „Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen“ ist überhaupt keine Rede mehr.
Art. 30 Abs. 2 S 2 PAG verlangt lediglich: „Solche Daten sollen besonders gekennzeichnet und der Zugriff darauf besonders ausgestaltet werden, wenn und soweit dies der Schutz des Betroffenen erfordert.“
Von Garantien kann hier nicht gesprochen werden. Überdies ist die Vorschrift lediglich eine Soll-Vorschrift. Das ist völlig unzulänglich und wird der RL nicht gerecht. Mindestens sollte bestimmt werden, wie der besondere Zugriff ausgestaltet werden kann und wie Verstöße hiergegen effektiv verhindert werden sollen.

Art. 31 Abs. 3 S. 2 PAG-E: (zugleich Antwort auf Frage 1 a)
Die Vorschrift ist missverständlich, da sie von allgemeiner und jedermann zugänglicher Information handelt. Die RL (Art. 12 ff) verstehe ich so, dass ein Betroffener im Einzelnen zu informieren ist (mit den dort genannten Ausnahmen). Wer nicht informiert ist, kann seine Rechte nicht ausüben. Es ist wünschenswert eine Informationspflicht des Einzelnen bereits hier explizit aufzunehmen-

Art. 31 Abs. 4 Satz 4 PAG: (zugleich Antwort auf Frage 1 a)
Die dort genannte Ausnahme für die Unterrichtung eines Betroffenen sieht die RL schlicht nicht vor. Sie ist zu streichen.
Art. 54 Abs. 2 S 2. PAG:
betrifft die bekannte Problematik, dass Daten nur zu löschen sind, wenn der Verdacht wegfällt. Aber wann fällt ein Verdacht schon komplett weg? Nach der deutschen Rspr. kann durchaus ein restverdacht bleiben, wenn das Strafverfahren nach § 170 StPO eingestellt wird oder sogar ein Freispruch erfolgt. Art. 4 Abs. 1 lit c, d, Art. 6 und 7 Abs.2 RL ist durchaus so zu lesen , dass Datensparsamkeit zu herrschen hat und klar gekennzeichnet werden muss, dass lediglich ein Verdacht vorliegt (der oftmals vom Betroffenen unmöglich auszuräumen sein wird).

Art. 54 Abs. 5 PAG:
Ist als reine Sollvorschrift mE unzureichend. Art. 7 Abs 2 RL erfordert eine zwingende Vorschrift.

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

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

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

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